

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PROGRAMA DE DOUTORADO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

EDUARDO FERNANDO APPIO

Florianópolis

2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

Doutorando: Eduardo Fernando Appio

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori

Florianópolis, 20 de outubro de 2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

Tese submetida à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Doutorando: Eduardo Fernando Appio

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori

Florianópolis

2004

EDUARDO FERNANDO APPIO

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Esta tese foi julgada e aprovada para a obtenção do grau de Doutor em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Florianópolis, 20 de outubro de 2004.

Profa. Dra. Olga Maria Aguiar de Oliveira
Coordenadora do Curso de Pós-Graduação

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Orientador

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Universidade do Vale do Itajaí (Univali)

Profa. Dra. Patrícia Kegel

Universidade Regional de Blumenau (Furb)

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois

Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

A tese trata das relações entre a atividade judicial e a democracia no Brasil contemporâneo, numa perspectiva do direito constitucional. Neste sentido, aborda-se o controle judicial das políticas públicas no país, uma vez que os juízes brasileiros têm desenvolvido atividades tradicionalmente exercidas pelos membros dos demais poderes. Pode-se falar, portanto, do exercício de atividades legislativas e administrativas dos juízes brasileiros. Uma vez que a democracia, historicamente, tem sido associada à representação popular, a tese sustenta que, quando se considera o caráter normativo da Constituição brasileira de 1988, o argumento contra-majoritário não pode constituir-se em obstáculo da intervenção judicial em sede de políticas públicas. O equilíbrio entre as concepções substancial e procedimental da democracia revela-se possível a partir de uma análise das construções teóricas que têm sido desenvolvidas nos últimos anos na Europa e nos Estados Unidos, conquanto este discurso seja compreendido numa perspectiva periférica. Autores como Habermas, Ronald Dworkin e John Hart Ely argumentam sobre os limites da intervenção judicial no Estado Democrático de Direito, uma vez que há muitos anos a relação entre a intervenção judicial e a democracia tem sido objeto de profícuos debates. Por fim, conclui-se que o controle judicial da formulação de políticas públicas dependerá de uma concepção procedimental, para a qual as instâncias de democracia participativa contribuem decisivamente. No que respeita ao controle judicial da execução de políticas públicas já existentes, impende considerar a observância do princípio da isonomia, no que resulta a necessidade de adoção de uma perspectiva substancial da democracia e da Constituição.

ABSTRACT

This thesis analyses the relation between judicial activity and democracy in Brazil from a constitutional perspective. The present work studies judicial control of public policies based on the premise that Brazilian judges have been developing activities which are traditionally managed by the other branches of government.. This thesis will sustain that the majority opinions against the pro-active behavior of Brazilian judges – based on lack of popular representation – cannot obstacle judicial intervention in determining public policies due to the normative scopes of the Brazilian 1988 Constitution. The work sustains that the correct balance between substantial and procedural concepts of democracy is possible in accordance to theoretical studies made in the past years in Europe and in the United States and also in sight of the Latin American perspective. Authors like Habermas, Ronald Dworkin and John Hart Ely present convincent arguments about limitations on judicial intervention in a Government under the Constitution State. Such authors refer that relations between judicial interventions and democracy have been discussed thoroughly in those countries. The thesis concludes that judicial control of public policies depends on a procedural concept of democracy, for which other instances of participative democracy are determinant. The work also concludes that the equal protection clause demands the adoption by judges of a substantial perspective of the Constitution and democracy to control present public policies.

RESUMEN

La tesis trata de las relaciones entre la actividad judicial y la democracia en el Brasil contemporáneo, a partir de la perspectiva del Derecho Constitucional. En este sentido se aborda el control judicial de las políticas públicas en el país, puesto que los jueces brasileños han desenvuelto actividades tradicionalmente ejercidas por los miembros de los demás poderes. Se puede hablar, por lo tanto, del ejercicio de actividades legislativas y administrativas de los jueces brasileños. Una vez que la democracia, históricamente ha sido asociada a la representación popular, la tesis irá sostener que el argumento contra mayoritario no puede constituirse en obstáculo a la intervención judicial cuando se trata de políticas públicas y cuando se considera el carácter normativo de la Constitución brasileña de 1988. El equilibrio entre una concepción sustancial y procedimental de la democracia se revela posible a partir de un análisis de las elaboraciones teóricas que han sido desenvueltas en los últimos años en Europa y en los Estados Unidos con el cuidado de comprender este discurso desde una perspectiva periférica. Con este sentido, autores como Habermas, Ronald Dworkin y John Hart traen argumentos convincentes al respecto de los límites de la intervención judicial en el Estado Democrático de Derecho, pues que hace muchos años, la relación entre la intervención judicial y la democracia han sido tema de proficuos debates en esos países. Por fin, se llega a la conclusión de que el control judicial de la formulación de políticas públicas dependerá de una concepción procedimental de la democracia para la cual, las instancias de la democracia participativa contribuyen decisivamente. Ya, en el control judicial de ejecución de políticas públicas ya existentes, se hace necesario considerar la obediencia al principio de la *isonomia* del cual resulta la necesidad de adopción de una perspectiva sustancial de la democracia y de la Constitución.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
-----------------	----

CAPÍTULO 1

O ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 O ESTADO LIBERAL.....	31
1.1.1 O Contratualismo	44
1.1.1.1 Origem e concepção do contratualismo	44
1.1.1.2 Thomas Hobbes: O Leviatã	45
1.1.1.3 Montesquieu: O Espírito das leis – o princípio da separação dos Poderes... ..	50
1.1.1.4 Rousseau: O Contrato Social	53
1.1.1.5 John Locke: Segundo Tratado sobre o Governo	58
1.1.1.6 Sieyès: O que é o Terceiro Estado?	64
1.2 O ESTADO SOCIAL.....	68
1.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL.....	73
1.3.1 O papel da Constituição na vida política do Brasil.....	74
1.3.2 Limitação da atividade do Poder Legislativo	75
1.3.3 Positivação dos direitos e garantias fundamentais	77
1.3.3.1 Os direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas	78
1.3.3.2 Características dos direitos fundamentais	83

1.3.3.3 Direitos fundamentais sociais	86
1.3.4 Fixação de objetivos do Estado	90
1.3.5 A importância dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito	91
1.3.6 Constituições sintéticas X Constituições analíticas: a quem incumbe o poder de reforma da Constituição?.....	98
1.3.7 O controle de constitucionalidade	101
1.3.7.1 Judicialização da Política. Quem deve ser o guardião da Constituição da República?.....	107
1.3.7.2 O normativismo de Kelsen.....	107
1.3.7.3 O decisionismo de Carl Schmitt.....	111
1.4 A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	119
1.4.1 Origem histórica do conceito de cidadania e a democracia representativa.....	119
1.4.2 Perspectiva contemporânea da cidadania	121
1.4.3 A importância da democracia participativa no Estado Democrático de Direito no Brasil	128
1.4.4 A globalização econômica e seu efeito desintegrador da cidadania	133
1.4.5 A crise do Estado-providência e a democracia.....	140
1.4.6 Concepção formal e substancial de democracia	143

CAPÍTULO 2

A FUNÇÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 OS JUÍZES E A DEMOCRACIA	151
------------------------------------	-----

2.2	OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN.....	153
2.3	JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE HABERMAS.....	160
2.4	OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE JOHN ELY	169
2.5	ARGUMENTOS DE FUNDAMENTAÇÃO E ADEQUAÇÃO: LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DE KLAUS GÜNTHER	180
2.6	UMA JURISPRUDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA: A CONCEPÇÃO DE ROBERT ALEXY.....	185
2.7	JUSTIÇA DISTRIBUTIVA X JUSTIÇA CORRETIVA.....	188
2.8	INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS PELOS JUÍZES.....	195
2.9	A função política da atividade judicial	201
2.9.1	Governabilidade e intervenção judicial: os juízes governam?	207

CAPÍTULO 3

AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONTROLÁVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1	CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	214
3.2	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E NEOLIBERALISMO.....	220
3.3	A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS (<i>Political Questions Doctrine</i>)	224
3.4	AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO CONTEMPORÂNEO	227
3.5	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	231
3.6	CONTROLE JUDICIAL DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	235
3.6.1	Argumentos jurídicos contrários a uma intervenção do Poder Judiciário	237

3.6.2 O Judiciário como Superpoder	241
3.6.3 A democracia participativa e o processo de formulação de políticas públicas	243
3.6.4 Conselhos deliberativos e atividade administrativa: a democracia participativa	246
3.7 CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	256
3.7.1 Programas sociais não previstos na Constituição e na lei	257
3.7.2 Política social prevista de modo específico na Constituição: execução de decisões judiciais que determinam o aumento das despesas públicas.....	259
3.7.3 Política social prevista em lei.....	261
3.7.4 Política social através de uma atuação negativa.....	263
3.7.5 Proteção de direitos fundamentais	263
3.7.5.1 O princípio da isonomia e a “reserva do possível”	265
3.7.5.2 A Lei Orçamentária Anual e a “reserva do possível”: a questão dos créditos suplementares	272
3.7.5.3 As políticas sociais como pressuposto do atendimento das necessidades individuais do cidadão.....	276
3.7.5.4 O direito fundamental à saúde.....	278
3.7.5.5 O direito fundamental à educação.....	286
3.8 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS	289
3.8.1 Construção de obra pública ou prestação de serviço previsto na lei orçamentária anual.....	292
3.8.2 Reajuste e revisão geral dos vencimentos: limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal	295
3.8.3 Controle das concessões de serviços públicos	299
3.8.3.1 Regime jurídico imposto aos serviços públicos	303
3.8.3.1.1 Consumidor x Usuário: quem ganha, quem perde?	309

3.8.3.1.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor	311
3.8.3.2 O poder normativo das agências reguladoras	316
3.8.3.2.1 Natureza jurídica, origem e função das agências reguladoras.....	319
3.8.3.2.2 Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras	322
3.8.3.2.3 Independência das agências reguladoras	327
3.8.3.2.4 A atividade legislativa das agências reguladoras e o princípio da separação dos Poderes da República	335

CAPÍTULO 4

A ATIVIDADE LEGISLATIVA E EXECUTIVA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	341
4.2 DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA E JUDICIAL	350
4.3 LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO	351
4.3.1 Distinção entre direitos subjetivos públicos e interesses juridicamente protegidos...	353
4.3.2 Requisitos específicos da atividade legislativa do Poder Judiciário	359
4.4 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA NORMATIVA.....	360
4.5 ATIVIDADE LEGISLATIVA ESPECÍFICA EM SUBSTITUIÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO.....	369
4.5.1 Atividade regulamentadora com eficácia externa	372
4.5.2 Omissão Normativa do Poder Legislativo e Ação Civil Pública	377
4.5.3 Atividade legislativa no controle genérico da execução das políticas sociais	380
4.6 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO	382
4.6.1 Discricionariedade administrativa e discricionariedade política: Atos administrativos x Atos políticos	384
4.7 O CONTROLE JUDICIAL DO CONTEÚDO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	388

4.7.1 Controle da discricionariedade administrativa	393
4.7.2 A vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionais	402
4.7.3 A questão dos conceitos jurídicos indeterminados	407
4.7.4 Discricionariedade e motivação dos atos administrativos	413
CONCLUSÃO	406
REFERÊNCIAS	427
APÊNDICE	443
A CONCESSÃO DE AUMENTO PARA SERVIDORES PÚBLICOS	443
B O CONTROLE DAS TARIFAS FIXADAS NO CONTRATO	446
C A MODICIDADE DAS TARIFAS E O EQUILÍBRIO DO CONTRATO PÚBLICO	448
D A DISCUSSÃO ACERCA DAS TARIFAS DE TELEFONIA NO BRASIL	452
E A DISCUSSÃO ACERCA DOS PEDÁGIOS NO BRASIL	457
F A DISCUSSÃO ACERCA DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL	461
G CONTROLE DA LIVRE CONCORRÊNCIA (CF/88, art. 170, IV)	465
H BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (renda mínima): POSIÇÃO DO STF	470

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da intervenção do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente afetas aos poderes Legislativo e Executivo no Brasil, como as de formular e executar políticas públicas, de natureza social e econômica. O problema central consiste em definir em que medida este controle judicial é compatível com a democracia no país. Com este intuito, propor-se-á que as decisões judiciais contramajoritárias, em sede de controle de políticas públicas, dependam de argumentos que envolvam a Moral, a Política e o Direito, não se podendo subsumir a democracia num modelo exclusivo de representação eleitoral. O debate público sobre o conteúdo e o momento mais adequado para a implantação de políticas públicas não é novo. Já Aristóteles sublinha a importância do processo de deliberação coletiva acerca dos meios através dos quais o bem será concretizado¹.

O estudo tratará, exclusivamente, a realidade do Brasil e enfocará um novo fenômeno político-constitucional que emerge dos tribunais, na atualidade: as relações entre a democracia e a atividade jurisdicional através da Constituição. Muito

¹ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**. 3. ed. Tradução de Mário Kury. Brasília: UnB, 1992. Livro III, 113a, p. 55. “Deliberamos não sobre os fins, mas sim, sobre meios, pois um médico não delibera para saber se deve curar, nem um orador para saber se deve convencer, nem um estadista para saber se deve assegurar a concórdia, nem qualquer outra pessoa delibera sobre a própria finalidade de sua atividade. Definida a finalidade, as pessoas procuram saber como e por que meios tal finalidade deve ser alcançada; se lhes parece que ela é resultante de vários meios, as pessoas procuram saber como e por que meio podem alcançá-la mais facilmente e realizá-la melhor; se é possível chegar a ela por um único meio, as pessoas procuram saber como ela poderá ser realizada por este meio, e por que meios este meio será alcançado, até chegarem à primeira causa, que é a última na ordem da descoberta”.

embora a exploração científica da participação do Poder Judiciário na revisão da atividade legislativa e administrativa não seja novidade, o controle judicial das políticas públicas o é, já que pelo impacto da obra de Adam Smith – especialmente em sua **Riqueza das Nações** – as decisões sobre política econômica ocupavam espaço preferencial na economia, mas eram pouco abordadas nas perspectivas do direito e da sociologia². Assim sendo, a determinação de compra de medicamentos especiais, a construção de obras públicas, a concessão de reajuste de vencimentos de servidores públicos, a fixação do valor de tarifas públicas e a edição de normas genéricas são exemplos paradigmáticos de uma nova realidade. A vasta gama de provimentos jurisdicionais vocacionados a interferir, de modo direto, nas funções desenvolvidas pelos demais poderes da República cresce diariamente, muito embora o fenômeno seja pouco estudado no país. O controle judicial das políticas públicas no Brasil surge, assim, como decorrência direta de vários fatores que, de forma desconcertada, criaram as condições para uma maior intervenção judicial. O fato de serem os juízes – através da interpretação constitucional – os responsáveis pela definição dos limites da própria jurisdição, representa um fator determinante na escolha do tema, na medida em que estes limites não podem depender exclusivamente da ideologia de cada um deles, sob pena de se inviabilizar um controle efetivo por parte da sociedade.

1.Objeto

² Cf. LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981. p. 7.

1.1 Tema

A intervenção do Poder Judiciário brasileiro na atividade dos demais Poderes através das ações civis públicas e de controle concentrado da constitucionalidade das leis

1.2 Delimitação do Tema

A atividade legislativa e administrativa do Poder Judiciário, através das ações civis públicas e de controle de constitucionalidade, no controle das políticas econômicas e sociais e o princípio da democracia representativa

1.3 Problema

Tendo como base a hermenêutica jurídica - como premissa de conhecimento do tema exposto - como instrumentar o jurista brasileiro, em especial os juízes, para o enfrentamento de um Estado brasileiro inserido num contexto de globalização econômica, especialmente em face da redução dos serviços sociais prestados pelo Estado, bem como nas limitações impostas pelo neoliberalismo no tocante à intervenção na economia privada? É possível construir um espaço de resistência em favor das conquistas sociais advindas do Estado-providência através das ações civis públicas e das ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis, especialmente através da ampliação da legitimidade ativa para estas ações, vinculando o princípio da democracia participativa?

1.4 Hipótese

O controle judicial das políticas públicas no Brasil representa um importante espaço de debate democrático acerca do papel do Estado brasileiro no século XXI, possibilitando superar os entraves de ordem dogmática à efetiva participação popular no processo de tomada das decisões governamentais, sendo possível a proteção dos direitos fundamentais do cidadão através de medidas judiciais que interfiram diretamente nas prerrogativas afetas aos demais Poderes. É possível combinar os instrumentos de democracia participativa com os correlatos à democracia representativa. Neste sentido, o processo de formulação das políticas públicas se ancora na necessidade de consulta à população, seja na forma direta, através dos conselhos deliberativos – como por exemplo os conselhos municipais de saúde e educação – seja na forma indireta, através da representação parlamentar. Já em sede de execução ou controle da aplicação das políticas públicas, avulta de interesse uma concepção substancial de democracia, segundo a qual os valores contidos na Constituição dependem da interpretação e construção judicial.

1.5 Variáveis

- 1.5.1 A crise do Estado contemporâneo brasileiro, à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988;
- 1.5.2 O papel do sistema constitucional brasileiro no processo de tomada de decisões políticas pelos governos eleitos e sua vinculação com os direitos fundamentais;
- 1.5.3 As ações civis públicas com instrumento de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil e a importância da ampliação do conceito de legitimidade ativa, buscando concretizar o princípio da democracia participativa;
- 1.5.4 As ações do controle concentrado de constitucionalidade e sua relação com as atividades desenvolvidas pelos governos eleitos, especialmente no tocante à judicialização de questões políticas, com a tônica no debate acerca do papel da jurisdição constitucional;
- 1.5.5 O controle das políticas públicas se revela como um importante instrumento para a consolidação da democracia no país, pois permite uma ampla discussão acerca das decisões que afetam todos os cidadãos brasileiros, uma vez que os governos eleitos se mostram incapazes de controlar as decisões tomadas pelos agentes econômicos;
- 1.5.6 A atividade legislativa do Poder Judiciário através das sentenças normativas, em sede de ação civil pública para a proteção dos direitos difusos e do controle concentrado da constitucionalidade das leis;

1.5.7 A atividade administrativa do Poder Judiciário, com especial ênfase no controle das políticas sociais e econômicas, sendo possível a adoção de medidas que substituam decisões administrativas dos governos eleitos, com base na própria Constituição, ainda quando tais medidas representam a alteração da lei orçamentária anual.

1.6 Relevância do tema

O tema escolhido é relevante, na medida em que não estão claros os limites da interferência judicial sobre o conteúdo das decisões dos governos eleitos no tocante à utilização dos recursos que compõem o erário público no Brasil. Muitas das decisões adotadas atualmente ofendem diretamente o princípio democrático, já que impõem aos governos eleitos e à sociedade decisões contra-majoritárias que não encontram qualquer apoio no texto da Constituição Federal de 1988.

Os efeitos sociais da adoção de um modelo econômico neoliberal não afetam somente as classes menos favorecidas da sociedade, pois atingem diretamente os interesses dos juízes brasileiros, através de mecanismos legais de contenção de gastos com pessoal – como a Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo – como pela reforma do sistema previdenciário público e do Poder Judiciário. O fato de serem os juízes parcela importante de um Estado brasileiro cuja atuação foi redesenhada pelo neoliberalismo econômico, também afeta o conteúdo das decisões judiciais e incentiva a transposição de limites tradicionalmente reconhecidos do Poder Judiciário. A emergência ao poder, no país, de um partido de esquerda que declara,

publicamente, não deter condições políticas que permitam colocar em prática seus postulados de justiça social é, também, um elemento adicional nesta nova sociedade. O crescimento do Ministério Público após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 representa, por fim, um relevante fator de judicialização de muitas questões políticas.

A própria dependência em que se encontra o Poder Executivo, de amplas maiorias parlamentares no Congresso Nacional brasileiro – tendo em vista as reformas que transformaram a Constituição de 1988 – implica redução da importância do papel tradicionalmente desenvolvido pelas oposições que recorrem à via judicial como forma de amplificar seus próprios programas. São inúmeros os fatores que separam a realidade política brasileira da mesma realidade em outros países, especialmente aqueles com longa tradição constitucional, como a Alemanha e os Estados Unidos onde, geralmente, nossos juristas vão colher subsídios para enfrentar o debate nacional. Os efeitos da globalização não afetam, de idêntica maneira, os cidadãos dos países centrais e os cidadãos dos países periféricos. Por conseguinte, as demandas levadas ao Poder Judiciário são de natureza diversa. Parte-se, portanto, da perspectiva de um país periférico, latino-americano, o qual sofre intensamente os efeitos sociais da adoção de um modelo neoliberal na economia.

O movimento pendular da história poderia inspirar idéias sobre a retomada do papel desempenhado pelo Estado-providência ao longo do século XX, mas a hegemonia desta nova religião, fundada na plena liberdade de mercado, parece advertir que há muito foi ultrapassado o *no returning point*. Neste contexto, a principal

característica do que se pode denominar uma sociedade pós-industrial é o absoluto ceticismo, a causa histórica da maioria das ideologias de natureza totalitária, razão pela qual se desconhece que tipo de democracia será reconhecida pelas gerações futuras.

Enfim, estão criadas as condições ideais para um decisionismo judicial no país sem que se conheçam, ao certo, as conseqüências deste processo histórico-político. Os riscos desse comportamento são os mesmos que os derivados de um populismo do Poder Executivo, muito em voga nos países da América Latina. Para um grande número, inclusive, o decisionismo do Poder Judiciário seria uma espécie de populismo dos juízes, reconhecidamente derivados da instabilidade política e dos impasses constitucionais com graves riscos para a democracia. A adoção de um modelo judicial ancorado num suposto realismo judiciário – sob o argumento de que, se cabe aos juízes decidir sobre o conteúdo da Constituição, também lhes cabe governar – é inaceitável em um regime democrático, pois significa render graças ao “império da força bruta”. A frustração coletiva decorrente de um Brasil contemporâneo, que vê cada uma das promessas sociais ser substituída por mais uma reforma da Constituição e pelo aumento do contingente policial, não pode legitimar uma atuação judicial arbitrária. Teorias de ruptura se justificam, unicamente, em sistemas em que a Constituição não possui qualquer normatividade. Conflitos familiares mal resolvidos facilmente se transformam em laboriosas teorias jurídicas de ruptura com o sistema vigente, através de uma revolução do Poder Judiciário. A professora Ingeborg Maus alerta para um processo de “divinização” dos juízes, no que pode ser considerada uma nova teocracia constitucional: o Judiciário exerceria a

função de superego da sociedade, através de um processo de infantilização dos cidadãos³.

Toda concentração de poder político é nociva. As democracias dos países periféricos, entretanto, só conseguem subsistir graças à concentração de poder político dos governos eleitos pois, caso contrário, o menor esforço do mercado financeiro poderia derrubar governantes escolhidos pelo voto da população. Este é um dos paradoxos da democracia brasileira contemporânea. A intervenção de juízes não-eleitos no processo de tomada de decisões governamentais é um fenômeno recente, mas que já começa a repercutir de forma importante na formulação e execução dos orçamentos públicos. A partir do momento em que os Estados contemporâneos se converteram abertamente ao neoliberalismo – que pode ser considerado uma nova religião estatal, com seus ícones e dogmas – é inconcebível que a democracia representativa seja o único instrumento de participação do cidadão na vida política do país⁴. A democracia participativa surge, assim, como um fenômeno diretamente associado a uma maior intervenção judicial, argumento válido no importante debate sobre a legitimidade dos juízes. Muito embora Habermas admita que uma democracia procedimental – através dos mecanismos de democracia participativa, por exemplo – dependa de “uma base social na qual os

³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos, CEBRAP** (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

⁴ Andrade critica o conceito restritivo de cidadania previsto na Constituição de 1988 a partir de um paradigma liberal. Sobre o tema, o autor ensina que “a cisão liberal entre esfera pública e esfera privada, em sua versão democrática, somente reconhece como instância de mediação entre ambas as esferas a representação política. A cidadania, enquanto direito à representação e, pois, à titularidade de direitos políticos, é o *status* que possibilita ao indivíduo, síntese de uma privacidade despolitizada, regressar ao plano da política e do público, sob formas predeterminadas. É o *status*, enfim, pelo qual é

direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social”, não se pode desprezar a importância da legitimidade do processo coletivo de formulação das políticas públicas no Brasil⁵. Esta legitimidade, buscada por Robert Alexy⁶ em uma fundamentação racional das decisões judiciais e por Ronald Dworkin⁷ em princípios morais, talvez esteja mais próxima do que se imagina, desde que se compreenda que o processo de decisão judicial não se resume a um ato isolado do juiz que, enclausurado em seu gabinete, decide qual é a política pública mais conforme à Constituição. Admitir o completo isolamento dos juízes em um oráculo constitucional implicaria verdadeira adesão a um modelo de aristocracia democrática. A decisão judicial apresenta-se apenas como um dos elos desta cadeia comunicativa que deve envolver diversos atores sociais. A legitimidade das decisões judiciais advém, portanto, da ampliação do debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais. Neste contexto, a visão totalizadora de um Poder Judiciário que assume a missão de unificar os discursos referentes ao conteúdo da Constituição, conferindo unidade a um fenômeno político nitidamente heterogêneo, soa como puro artificialismo. A Constituição é, justamente, o espaço das diferenças, da tolerância necessária à convivência dos diversos segmentos da população. Nem mesmo a Alemanha nacional-socialista teve êxito na missão de unificar os discursos e opiniões em torno de uma ideologia comum, pois somente com o uso da força é possível silenciar o

possível existir e se expressar no espaço público monopolizado pelo Estado”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 115)

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 33.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

debate constitucional. A triste experiência histórica de regimes totalitários que governavam a partir de um discurso único demonstra a importância da diferença e do respeito à opinião alheia. Apesar da determinação de juristas que despertaram para a importância do tema, a definição do objeto não tem sido clara na medida em que ora se aplica a teoria do controle dos atos administrativos – a partir do cabedal dogmático já existente – ora se busca no próprio direito constitucional as respostas para importantes questões: quais são os limites da jurisdição do juízes brasileiros? Ou ainda, até que ponto cabe falar de politização do Poder Judiciário com a qual, segundo Carl Schmitt⁸, os juízes não teriam nada a ganhar mas, ao contrário, tudo a perder?

Este novo fenômeno – o controle judicial das políticas públicas - deve ser estudado pelo direito constitucional, o ramo do Direito que permite tratar juridicamente as questões políticas. Trata-se de traduzir, para uma linguagem normativa, ideal, uma fascinante dinâmica que envolve as mazelas da reconstrução da democracia no país. A aplicação das teorias do direito administrativo, especialmente as que abordam o controle judicial dos atos discricionários, merece reservas que serão o objeto do estudo.

⁷ DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de S. Paulo**, Espaço Aberto, 26 abr. 1997.

⁸ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. O autor sustenta que a proposta de Kelsen, de criar um Tribunal Constitucional de natureza política na Alemanha, a partir da experiência norte-americana, é inviável. Primeiro, porque a Suprema Corte dos Estados Unidos não desempenha uma função política, mas a garantia dos direitos individuais, e segundo, porque a experiência da Suprema Corte “se desenvolveu no âmbito de um Estado anglo-saxão do tipo judicialista, que, como Estado sem Direito Administrativo, se mostra em evidente oposição aos Estados do continente europeu”.

A hipótese se insere, portanto, no direito constitucional e propõe uma abordagem inédita de um problema atual. Muito embora o princípio da separação dos poderes seja um dos pilares do constitucionalismo, o espaço destinado ao Poder Judiciário, no Brasil, foi ampliado, não por obra da doutrina ou de teorizações da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado. A plena normatividade da Constituição Federal não é um desejo coletivo. Muito pelo contrário: a maior parte da população brasileira, diante das precárias condições de vida impostas pela expansão do processo de exclusão social, sequer tem conhecimento dos direitos previstos na Constituição e da importância da respectiva normatividade. A parcela que tem acesso aos bens culturais, por sua vez, subestima o papel da Constituição, naquilo que Karl Loewenstein denomina a “erosão da consciência constitucional”⁹ diante das dificuldades práticas de fazer cumprir as promessas sociais e econômicas do constituinte de 1988. Apenas pequena parcela da sociedade brasileira, sobretudo os juristas, compreende a real importância do papel da Constituição no inconsciente coletivo nacional, pois reconhecem que o espírito de unidade nacional depende da superação de uma dogmática conformada pelo paradigma constitucional liberal. A participação direta da sociedade na formulação e execução das políticas públicas rompe com um dos pilares do neoliberalismo, pois sustenta um tratamento desigual do Estado frente à desigualdade dos cidadãos. A filosofia neoliberal, por sua vez, buscará uma proteção idêntica do Estado em relação aos seus cidadãos, pois a este incumbe assegurar a observância das regras do

⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Habitarte.

jogo¹⁰. O controle judicial das políticas públicas – sociais e econômicas – ocorre nos âmbitos administrativo e legislativo, pois surge como decorrência da inserção de direitos sociais no bojo das Constituições contemporâneas. O exercício destes direitos sociais demanda prestações de natureza normativa e material, do que resulta a intervenção direta dos juízes em áreas até então exclusivas dos demais poderes, com grande repercussão na lei orçamentária anual.

Não existe um método específico de abordagem do tema, pois a adoção de qualquer método pressupõe a possibilidade de uma análise ontológica do objeto que se pretende analisar, fenômeno completamente desmistificado pela hermenêutica filosófica. O tema será analisado numa perspectiva crítica¹¹, relacionando sujeito e objeto, rejeitando a possibilidade de aplicação de um método geral que tornaria possível conhecer a essência do ser, já que em relação às ciências do espírito a verdade depende de uma compreensão que envolva o ser interpretante. Heidegger inaugura a crítica sobre o problema ao afirmar que “a ontologia grega e sua história, que ainda hoje determina o aparato conceitual da filosofia, através de muitas filiações e distorções, é uma prova de que a presença se compreende a si mesma e o ser em

Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 226.

¹⁰ Arnaud recorda que “a justiça social é o contrário até da própria justiça; segundo Hayek, atributo da conduta humana... A expressão “justiça social” não é antiga, como observa Hayek, e não remonta a mais de um século. Ela corresponde a uma constatação: que a maneira pela qual as vantagens e os ônus são afetados pelo mecanismo do mercado é algumas vezes muito injusta. (ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre modernidade e globalização**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 121)

¹¹ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. “O pensar, diante da algo assim, dado como mundo ou estrutura social, pode limitar-se ao registro ou chegar à aceitação, através de formas de linguagem que vão da simples palavra designadora à consagração ou à apologia justificativa; pode também, dentro de uma escala correlata, substituir a aceitação e a apologia pela negação e pela contestação. Este ‘pode’ é que nos permite rotulá-lo com o nome de crítico, entendida a crítica aí como algo bastante amplo.”

geral a partir do mundo”¹². Ao abordar o problema do método, Gadamer recorda que “a experiência do mundo social histórico não se eleva a uma ciência com o processo indutivo das ciências da natureza”¹³. Sendo a linguagem o único ser que pode ser compreendido pela razão humana, o autor tem autoridade para afirmar que ela é a morada do ser. Através da filosofia da linguagem, é possível aperfeiçoar o processo de compreensão da hermenêutica constitucional, inserindo um dos principais protagonistas desta atividade – o juiz – num debate amplo acerca das funções ideológicas por ele desempenhadas quando remete às motivações vagas, amparado por um argumento constitucional. Neste contexto, uma jurisdição principiológica não dispensa, de forma alguma, uma detida motivação das decisões judiciais. Muito ao contrário, ela impõe ao juiz um desafio de profunda reflexão sobre o papel dos valores e princípios constitucionais, em face do qual a maioria dos julgadores não se sente suficientemente preparada já que, atualmente, juristas são produzidos da mesma forma que *chips* de computador, em grandes linhas de montagem industrial.

Somente as obras expressamente citadas em notas de rodapé constam das referências ao final do texto. Resumindo, a tese encerrará uma importante etapa do processo de construção de soluções para os novos problemas e um instrumento de ampliação do debate em torno da Constituição.

¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. 10. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 50. Para Vattino “(...) a dissolução da estabilidade do ser é apenas parcial nos grandes sistemas do historicismo metafísico do século XIX: aí, o ser não ‘está’, mas ‘se torna’, de acordo com ritmos necessários e reconhecíveis, que, portanto, ainda conservam certa estabilidade ideal. Nietzsche e Heidegger pensam-no, ao contrário, radicalmente, como evento, sendo portanto decisivo para eles, precisamente para falar do ser, compreender ‘em que ponto’ nós e ele próprio estamos”. (VATTINO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 9)

¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Merer. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 40.

2.0 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

Teorizar acerca dos limites impostos à intervenção judicial nos demais Poderes pela própria Constituição, visando consolidar as bases de uma dogmática voltada à concretização dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

2.2 Objetivos Específicos

- 2.2.1 Analisar o papel do Estado-providência nas sociedades ocidentais após a segunda guerra mundial, a partir dos objetivos assumidos através das Constituições dirigentes;
- 2.2.2 Analisar o papel da Constituição brasileira de 1988 em relação às políticas governamentais;
- 2.2.3 Analisar os instrumentos jurídicos de tutela coletiva dos direitos fundamentais, a ação civil pública e as ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis;
- 2.2.4 Estudar de que forma a crise de representatividade dos governos eleitos pode ser superada através da democracia participativa,

com a conseqüente ampliação do conceito de legitimidade ativa nas ações coletivas;

2.2.5 Analisar o ativismo judicial brasileiro através do controle das políticas públicas no país, indicando os limites desta atuação, em observância do necessário equilíbrio entre os Poderes da República;

2.2.6 Deslocar a discussão acerca da vontade da lei e da vontade do legislador, para a vontade do intérprete, entendida esta última como processo dialético necessário entre o texto e seu intérprete e não como voluntarismo puro;

2.2.7 Analisar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas econômicas, especialmente no tocante às concessões de serviços públicos essenciais, como os de fornecimento de água, energia elétrica e telecomunicações;

3. EMBASAMENTO TEÓRICO

Adota-se como marco teórico dois autores que têm produzido importantes estudos acerca da democracia na sociedade contemporânea, com especial ênfase no papel dos juízes, quais sejam, Habermas e Ronald Dworkin. Utiliza-se, ainda, as obras de autores como John Hart Ely e Klaus Günter como reforço teórico das proposições sugeridas.

3. ESTRUTURA DO TRABALHO

O trabalho de pesquisa se divide em quatro capítulos, interligados por um único fio condutor: a necessidade de uma definição clara dos limites da atividade jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo tratará do Estado Constitucional e Democrático de Direito, pois não se pode falar de atuação dos juízes no controle de políticas desenvolvidas tradicionalmente pelo Estado sem que se analise sua evolução histórica e o papel fundante da Constituição brasileira de 1988. Será conferida ênfase especial à importância política da interpretação constitucional, uma vez que a ampliação da comunidade dos intérpretes da Constituição, de que fala Peter Häberle¹⁴, demanda uma interpretação que relacione Constituição e democracia.

O segundo capítulo do trabalho tratará da função jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito a partir da concepção de autores como Habermas, Ely, Dworkin e Günther, haja vista a existência de uma relação direta entre a intervenção judicial e o princípio democrático no país.

Nos dois últimos, capítulos, o controle judicial das políticas públicas surgirá com a pretensão de solucionar problemas concretos de direito constitucional.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

CAPÍTULO 1

O ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 O ESTADO LIBERAL

A concepção contemporânea de Estado¹⁵ pressupõe a existência de uma Constituição em sua acepção lata, um documento no qual estejam inseridos direitos e garantias fundamentais e delimitadas as formas de conquista e exercício do Poder¹⁶. Georges Burdeau¹⁷ anota que “há Poder em qualquer fenômeno onde se revele a capacidade de um indivíduo para obter de outro um comportamento que este não teria adotado espontaneamente”. Portanto, o poder tem o traço da coercibilidade consentida. Onde não há consentimento – mesmo que amparado na força – há revolta, insurreição, estado permanente de beligerância e instabilidade no exercício do poder, para o qual comungam as forças marginalizadas do sistema vigente.

¹⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 20. “O modelo de Estado, objeto do presente capítulo, é o modelo ocidental, permeado pela influência dos elementos culturais remanescentes do Império Romano do Ocidente, pelos elementos culturais germânicos e, finalmente, pelos valores da Igreja (cristianismo latino), na medida em que há de divisá-lo do modelo de Estado islâmico e do bizantino.”

¹⁶ BASTOS, Celso Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13. “Há inegavelmente algumas notas individualizadoras do poder estatal. A que chama mais a atenção é a supremacia do poder do Estado sobre todos os demais que se encontram no âmbito de sua jurisdição.”

¹⁷ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Cascais Franco. Lisboa: Publicações Europa América, 1970. p. 24.

O exercício do Poder pressupõe a coercibilidade na medida em que os membros da sociedade sabem, de antemão, que seu exercente¹⁸ tem a prerrogativa – ou o dever – de reprimir atos que atentem contra o poder legitimamente instituído.

A evolução de uma tribo para uma Nação passa, forçosamente, pela abolição das estruturas arcaicas de escolha do chefe tribal, tais como as crenças em torno de uma aliança entre Deus e seu representante na terra – o rei – ou ainda de um líder tribal escolhido ao acaso pelas forças da natureza.

A partir do momento em que uma determinada tribo (ou alguns de seus membros) passa a compartilhar de um sentimento de comunhão sobre escolhas futuras com a capacidade de mudar seu destino, descobre um ego coletivo através do qual se emancipa das divindades. Se num primeiro momento estas mesmas tribos tinham por finalidade única a sobrevivência, com a ajuda de um poder anônimo¹⁹ – assentado em tradições, crenças e superstições – numa segunda fase elas são governadas por homens que concentram em si todo o poder.

Neste segundo momento, as características pessoais do governante (carisma²⁰) garantem-lhe a legitimidade para o exercício do poder²¹, momento em

¹⁸ Souza Júnior recorda que “Bodin criou no Ocidente uma distinção fundamentalíssima para toda a evolução posterior da divisão do poder: a soberania em sua essência (*la souveraineté*) e a soberania em seu exercício (*le gouvernement*). Na essência, a soberania é absoluta e indivisível, não admitindo regime misto: ou é do rei (Estado monárquico), ou é da nobreza (Estado aristocrático), ou é do povo todo (Estado popular). O governo (o exercício das funções da soberania), entretanto, pode ser delegado e temporário: ou ao rei (Governo monárquico), ou à nobreza (Governo aristocrático), ou ao povo todo (Governo popular)”. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 38)

¹⁹ Expressão utilizada por Burdeau que sintetiza a idéia de que os chefes de família ou sacerdotes apenas tornavam sensíveis as crenças e superstições da tribo, que constituíam um poder difuso da comunidade. “A pressão do conformismo social atenuava a ausência de personalidades dirigentes, de tal sorte que é lícito dizer que o anonimato no Poder é um traço característico destas sociedades absolutamente primitivas.” (BURDEAU, Georges. *Op. cit.*, p. 29)

²⁰ Souza Júnior, ao comentar a obra de Max Weber, recorda a origem da acepção: “Carismas são os dons misteriosos que o Espírito de Deus distribui gratuitamente a determinadas pessoas, pelos quais

que o chefe simboliza a idéia imanente de subsistência da tribo, confundindo-se exercício e propriedade desse poder²².

No regime feudal²³, por exemplo, a dicotomia indivíduo-poder é um fato, muito embora o poder político, na verdade, fosse partilhado com os senhores feudais, não havendo uma nítida distinção entre público e privado²⁴. Somente numa fase posterior ele será institucionalizado através de mecanismos de outorga do poder estatal a representantes da sociedade.

os crentes adquirem poderes especiais para servir, de maneira extraordinária (milagrosa) à comunidade (dom da cura, dom da profecia, dom da ciência etc.)” (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 94)

²¹ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 181. Recorde-se Platão, que certamente influenciou o pensamento político da pré-modernidade, quando menciona que a cidade ideal não pode surgir “enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos; enquanto o poder político não convergir num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que descrevemos será edificada”. Na **República**, o autor defende, através de bem-engendrados diálogos, que a cidade ideal deve ser governada por filósofos dotados de especial capacidade de discernir entre ciência e aparência, mas que tal sorte de indivíduos tem sido relegada a uma condição inferior nas cidades então existentes. Platão analisa, igualmente, de que maneira as instituições modelam o espírito dos jovens, de modo a retirar-lhes as virtudes necessárias ao bom governo. Recorda, a certa altura de seu diálogo com Adimanto, que a democracia pode dar origem à tirania, como uma deturpação no uso e na busca da liberdade. Todavia, de modo algum é possível considerar que o processo de individualização do poder seja desejado por Platão. Muito ao contrário: diante deste fenômeno, ele afirma que, de uma maneira geral, ascendem ao Poder aqueles que conhecem as vulnerabilidades do povo, bem como aquele que, em nome deste mesmo povo, toma de assalto o poder e governa tiranicamente.

²² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 34: “O poder da esfera pública absolve-se da sociedade para concentrar-se em uma instituição jurídica: o Rei enquanto Rei, isto é, a Coroa. A Coroa é exercida pelo Rei pessoa física. A pessoa física do Rei e a instituição régia, se não podem ser separadas, menos ainda opostas, devem ser distinguidas”.

²³ Todavia, ressalve-se que no modelo de Estado do tipo medieval, como, por exemplo, o Estado inglês dos séculos XII e XIII (reino monárquico medieval feudal), o qual, tecnicamente, não poderia ser considerado verdadeiramente um Estado em razão de suas características de fragmentaridade territorial e social, bem como de hierarquização, foi analisada, detalhadamente, por Cezar Saldanha. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 20)

²⁴ Brandão recorda que “O direito feudal, então, limitava-se às relações feudo-vassálicas, e entre os senhores feudais com os servos, que gerava uma relação entre homens. Não havia qualquer necessidade de desenvolvimento de outros institutos jurídicos, até porque desaparece nesse momento a organização política. A fonte do direito feudal é, por isso mesmo, o contrato. Nesse sistema, os pactos raramente eram reduzidos a escrito, o que determinou que eles fossem fundados especialmente no costume”. (BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à Justiça. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 91)

Surge, a partir deste momento (século XV até XVII), através de um “processo de nacionalização”²⁵, o Estado nacional, ao qual os indivíduos estão ligados como conseqüência de uma sociedade cada vez mais complexa e na qual o poder é exercido por um grupo de dirigentes em nome de todos e o poder político se encontra, não raro, nas mãos do monarca²⁶. Como lembra Habermas, “o entrelaçamento entre direito e poder político só se torna um problema nas sociedades de transição do início da Idade Moderna”²⁷.

Dentro deste sistema, somente o poder político exercido através e no interior do Estado-Nação é legítimo, sendo marginalizadas todas as demais manifestações de contestação de sua legitimidade. Isso só foi possível com a centralização do poder estatal e a superação do modelo fragmentário de produção do direito. Já o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) surge como uma evolução do Estado absoluto, a partir da constatação de que os limites da intervenção estatal e da liberdade do cidadão devem se encontrar previamente demarcados, com o que se assegura o patrimônio e a liberdade dos indivíduos em face da vontade até então ilimitada do

²⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 30.

²⁶ Bento anota que “O Estado nacional absolutista é, portanto, o resultado de um rearranjo de forças combinadas. De um lado, o feudalismo, cujas relações sociais de cunho aristocrático encontravam-se em declínio; de outro, uma incipiente burguesia, cujo desenvolvimento técnico a levava a reivindicar a quebra das barreiras internas ao comércio. Trata-se de uma estrutura de poder político que, através de sua ampliação e racionalização em relação ao modelo anterior de feudos, desarticulados e atomizados, logrou assegurar a proteção e a valorização da propriedade privada, que interessava a ambas as classes, manter os privilégios aristocráticos mediante a constituição de um estamento burocrático no aparelho do Estado, e, simultaneamente, promover o desenvolvimento do capital comercial e manufatureiro, posto que rigidamente controlado pelo Estado, vale dizer, pela burocracia aristocrática”. (BENTO, Leonardo Valles. Sobre a separação do Estado – sociedade civil como categoria do pensamento burguês. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 40, p. 62-86, jul. 2000, p. 69)

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v., p. 175.

governante. Este modelo, contudo, traz consigo uma concepção vazia do ponto de vista substancial, já que um sem número de concepções sobre o “Estado de Direito” surgiram ao longo dos anos, como resultado de sua maleabilidade conceitual. Muito embora possa ser diretamente relacionado com o modelo de Estado liberal, o Estado de Direito é compatível com os Estados despóticos, já que, nesta concepção, os fins e o conteúdo da ação do Estado se mostrem irrelevantes²⁸. No Estado Liberal de Direito, porém, por influência da corrente contratualista e do apogeu do Poder Legislativo após a Revolução Francesa de 1789, a lei e a justiça estão plenamente identificados, passando o Estado a sofrer uma limitação decorrente da soberania popular concretizada pela democracia representativa. O Estado Liberal de Direito, entretanto, muito embora seja um notável avanço em relação ao modelo anterior (*Rechtsstaat*), deixa intocadas as bases do modo de produção vigente que serão questionadas somente a partir dos movimentos populares que eclodiram ainda no final do século XIX, por conta dos processos de industrialização e concentração urbana.

Já no Estado Constitucional, a lei será submetida, pela primeira vez, a uma relação de adequação – e, portanto, de subordinação – a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição²⁹. Estado, poder e Constituição são, efetivamente, as diversas facetas de um mesmo fenômeno de caráter iluminista³⁰: política (Estado), antropológica (Poder) e jurídica (Constituição).

²⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 22.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 34.

³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Habitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 24. “O constitucionalismo, produto do pensamento racionalista e

Neste contexto, avultam de interesse dois modelos de Estado constitucional, ou seja, o norte-americano – fundado na longa tradição inglesa de limitação dos poderes do Monarca através de uma instância deliberativa, o Parlamento³¹ – e o europeu. Efetivamente, nos Estados Unidos, após a Revolução de 1776, o Congresso passa a exercer um importante papel deliberativo, concentrando significativa parcela do poder político. No modelo europeu continental, com especial ênfase para o modelo francês após 1789, a tutela dos direitos humanos surge como um instrumento para assegurar a plena liberdade do cidadão burguês em razão da sacralização do papel destinado ao Poder Legislativo. No primeiro modelo, a separação entre jurisdição e administração não é clara, uma vez que, nos Estados Unidos, até o final do século XVIII, os juízes se desincumbiam das funções administrativas no âmbito local³². Na França, ao contrário, o espaço destinado a cada

mecanicista dos séculos XVI e XVII, não foi senão a revolução de uma nova classe social contra o tradicional poder místico, tal como se fazia presente na denominação da sociedade estatal pela monarquia absoluta. De acordo com o clima intelectual em que se desenvolveu, a teoria tradicional se viu obrigada a aceitar que o poder, elemento irracional da dinâmica política, poderia ser totalmente eliminado, ou pelo menos neutralizado, por meio de instituições racionais para seu exercício e controle”. No original: “El constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVI e XVIII, no fue sino la revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico, tal como se hacía presente en la denominación de la sociedad estatal por la monarquía absoluta. De acuerdo con el clima intelectual en la que se incumbió, la teoría tradicional se vio obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminado, o por lo menos neutralizado, por medio de instituciones racionales para su ejercicio y control.”

³¹ Cademartori, ao tratar do iluminismo, recorda que, “Fundamentalmente, este movimento visava a estimular a luta da razão contra a autoridade (entenda-se autoritarismo) num conflito da luz contra as trevas. Contrariamente ao que se possa pensar, este movimento não se constituiu numa escola ou corrente filosófica sistematizada e homogênea. Ele foi, antes de tudo, uma mentalidade ou atividade cultural e espiritual que não se restringia aos filósofos, mas espalhou-se por toda a sociedade burguesa, indo de intelectuais até alguns soberanos (...) foi nessa época que surgiu, sob inspiração da doutrina alemã, a teoria do fisco, teoria esta que concebia o fisco como um patrimônio separado do Rei e que, embora sua origem remonte ao Direito romano tardio, sofreu uma reelaboração por parte dos juristas alemães do absolutismo”. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39)

³² Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. As relações entre direito, moral, e política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann, *apud* SANTOS, Rogério Dutra. **Direito e política**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 169-190.

um do poderes – com especial relevo para o Poder Judiciário – resulta de considerações de ordem prática, uma vez que a submissão do Judiciário ao Poder Legislativo decorre da histórica vinculação entre os juízes e a monarquia.

O exercício do poder político, em ambos os modelos, é regulado pela Constituição de onde, ao mesmo tempo, retira sua legitimidade³³ – do ponto de vista material como formal. De um documento nascido da ilusão de um pacto para o qual foram chamados todos os membros da sociedade, funda-se o Estado liberal francês, seguido de perto por inúmeras nações, inclusive a brasileira, que sofreu profunda influência do pensamento iluminista. O Estado tradicionalmente se apóia, portanto, na representatividade como instrumento de aferição da vontade popular, muito embora se saiba que, na prática, somente as classes organicamente mais organizadas desta mesma sociedade manifestam suas aspirações.

A Constituição³⁴ foi, portanto, e antes de mais nada, o instrumento jurídico idealizado pelo iluminismo para legitimar o processo de transmissão do poder da nobreza para a burguesia. O que importa, neste processo, é a evolução do poder político, o qual passa de concentrado – na figura do Monarca – a difuso, através de uma engenharia política na qual a separação das funções do Estado exerce um papel fundamental. Sem a repartição do poder em esferas independentes – mas

³³ Burdeau, sobre a legitimidade advinda da construção de um sistema jurídico, recorda que, “enobrecendo a obediência, ela converte em obrigações nascidas de um dever, o que eram somente atitudes ditadas pelo temor. Enfim, ela introduz o Poder no universo mágico das representações e das crenças dotando-o de todos os prestígios que lhe vêm do que os homens julgam ser a natureza dele. Metamorfose moderna da sacralização do Poder, a legitimidade laiciza o fundamento sem lhe enfraquecer a solidez, visto que substitui a investidura divina pela consagração jurídica”. (BURDEAU, Georges. *Op. cit.*, p. 51)

³⁴ No caso francês, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1798, antecedeu a primeira Constituição, decorrência da concepção de que o “contrato social” fundava uma nova nação.

relacionadas entre si através de mecanismos de contenção recíproca – o constitucionalismo de índole liberal naufragaria por falta de uma distinção clara em relação ao poder monárquico absoluto.

A Constituição escrita expressa a superação de um modo rudimentar e concentrado de exercício do poder³⁵ – a monarquia absoluta – para um modelo adequado a um novo modo de produção de bens e serviços, no qual a liberdade desempenha o principal papel – a República burguesa-liberal de índole constitucional³⁶. O próprio declínio do Sacro Império Romano-germânico colaborou para o processo de emancipação de uma estrutura fundada na fé e em seus representantes legítimos para uma outra amparada na razão humana, coincidindo com o movimento de laicização da função política³⁷.

A legitimidade do “Monarca absoluto”³⁸ – amparada na tradição – é subtraída pelo iluminismo, na medida em que as concepções filosóficas sobre o exercício do poder e da democracia, que remontam à Antiguidade, são revigoradas pelo

³⁵ Muito embora este modelo de concentração de poder tenha representado um avanço quando cotejado com o incipiente modelo de Estado (fragmentado) medieval.

³⁶ Considerando-se, por exemplo, o modelo francês, na medida em que, na Inglaterra, por influência de Locke, o sistema bipartido de distribuição do poder político sempre teve amparo na monarquia parlamentar.

³⁷ Burdeau anota que “a idéia de um bem público temporal adquire sua autonomia relativamente à de um bem comum orientado para a salvação das almas. A concepção tipicamente medieval de um Poder, cuja ação prefigura e prepara o advento do reino de Deus, apaga-se ante uma interpretação muito mais laica das tarefas políticas. Houve, a partir daí, uma desproporção mais sensível entre as possibilidades pessoais do chefe e as exigências da idéia de direito enriquecida por este novo contributo. Achava-se, assim, acrescida a necessidade de institucionalização do Poder”. (BURDEAU, Georges. *Op. cit.*, p. 48)

³⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 33. “O tipo de poder político que emerge com o Estado nacional moderno foi denominado pelos filósofos de absoluto, usado o qualificativo no sentido etimológico original do termo: um poder separado (*absolutum*) da situação de mistura em que se encontrava, no feudalismo, com a vida social. Pelos juristas veio a ser chamado de poder soberano, poder que não está subordinado, pelo menos na esfera temporal ou política, a nenhum outro.”

movimento iluminista³⁹. Este, por sua vez, sintetiza várias proposições antes alcançáveis somente pelo espírito dos poucos homens instruídos das sociedades ocidentais, levando-as, de forma científica, a uma profunda alteração no desenho do Estado. Nada mais natural, pois, que a difusão das idéias contratualistas tenha sido amplificada a ponto de se constituir em núcleo essencial da maioria das Cartas (inclusive a brasileira de 1891) do mundo ocidental moderno, na medida em que traduzem, de uma forma simplificada, os princípios filosóficos da democracia já presentes desde a Antiguidade.

A institucionalização do Poder, através da representatividade, foi menos uma conquista da democracia⁴⁰ do que uma necessidade prática de assegurar a legitimidade do Terceiro Estado frente à monarquia dos Estados Gerais, base da legitimidade do Estado contemporâneo. Este mecanismo de conquista da legitimidade artificial – em oposição a uma legitimidade “natural”, derivada da natureza das coisas e que garantia a manutenção do poder real – erige-se em garantia fundamental da manutenção do Estado contemporâneo de modelo constitucional.

Historicamente, coube à lei a função de expressar a vontade geral, elevando-se o legislador à condição de verdadeiro representante do povo, poder supremo, base de um sistema de soberania popular⁴¹. O Estado assume, no inconsciente

³⁹ Burdeau recorda que “do arbítrio a que haviam estado expostos nasceu na consciência dos governados um dilema, que foi uma poderosa alavanca de evolução política: ou o Poder se liga a uma função onde encontra ao mesmo tempo a sua legitimidade e os seus fins, ou então ele é uma propriedade de certos indivíduos e, por conseguinte, o instrumento de suas vontades e de suas fantasias”. (BURDEAU, Georges. *Op. cit.*, p. 47)

⁴⁰ Note-se que importantes nomes, como Montesquieu, repudiavam o exercício direto do poder político pelo povo (democracia direta).

⁴¹ Tavares anota, sobre o tema, que “o conceito iluminista de lei foi dominante até princípios do século XX. Resultou, de certa forma, de uma convergência dos pensamentos de Rosseau e Kant. Rosseau

coletivo, uma função superegóica de supressão das resistências individuais e coletivização das necessidades das sociedades organizadas. O conteúdo da lei, todavia, não pode ser revisado no Estado liberal, na medida em que decorre de um poder soberano derivado da vontade da nação, “ampliando-se a discricionariedade do poder estatal”⁴².

O modelo de Estado que surge neste primeiro momento é o de índole liberal, assentado numa Constituição que assegura ao cidadão francês a liberdade plena de uso e gozo de sua riqueza pessoal bem como a igualdade formal, fundada no jusnaturalismo⁴³. O constitucionalismo moderno surge como um instrumento de

defendeu a soberania popular pelo império absoluto da lei. Kant concebeu a lei não apenas com referência à soberania do povo, mas igualmente da razão. A vontade geral que em Rosseau parecia pouco precisa foi, por Kant, desenvolvida e clarificada em termos de vontade racional”. (TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, RT, v. 7, n. 29, p. 66-71, out./dez. 1999)

⁴² Cademartori recorda que esta ampliação da discricionariedade decorre da própria natureza da lei no Estado liberal, “porque, na condição de instância soberana, não obedece, ela própria, a nenhuma limitação de conteúdo quanto ao que pudesse ser legislado”. (CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Op. cit.*, p. 61)

⁴³ Bobbio sustenta que a doutrina jurídica de Kant contribuiu significativamente para a formação do Estado liberal. Kant, assim como John Locke, era adepto da corrente de pensamento segundo a qual o Estado nasce com um fim fundamental: o de fazer com que os indivíduos possam conservar os próprios direitos naturais. Para Kant, o Estado civil não substitui o estado de natureza, mas proporciona sua plena e eficaz conservação. Em sua obra **Metafísica dos costumes**, desenvolve a teoria moral do dever. O filósofo entende por costumes a complexidade de regras de conduta ou leis que disciplinam a ação do homem como ser livre. A metafísica dos costumes é o estudo das leis que regulam a conduta humana, sob um ponto de vista meramente racional. Para Kant, a filosofia se divide em “lógica, ética e física” e o conhecimento se divide em uma parte empírica e outra não-empírica ou racional, a metafísica. Já os costumes, na visão do filósofo, fazem parte da filosofia moral, sendo as leis morais as da liberdade. Kant entende que uma ação, para ser reputada moral, não basta ser coerente com o dever; é necessário, também, que seja cumprida por ele. O Estado é a representação concreta dessa vontade coletiva, sendo facultada à coletividade o poder de convocar o indivíduo para que assuma sua responsabilidade frente à coletividade. Reciprocamente, os outros devem tornar-se responsáveis frente ao indivíduo. Segundo o pensamento de Kant, “sou responsável por aquela ação somente diante de mim mesmo, ou seja, na minha consciência”. Assim sendo, para o brilhante filósofo, no direito, os outros existem como sujeitos que me exigem o cumprimento da ação. A vontade ou é autônoma ou não é moral. Os imperativos ou mandamentos são somente fórmulas que expressam a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade deste ou daquele ser racional, por exemplo, da vontade humana. Estas leis da conduta humana são preceitos que se dividem em duas espécies: categóricos e hipotéticos. Imperativos categóricos ou absolutos são os que prescrevem uma ação boa em si mesma; já os imperativos

racionalização do exercício do poder político⁴⁴, dotando instituições de independência com o objeto de um controle. Discute-se, portanto, não somente a origem do poder político, mas as justificativas de seu exercício e a possibilidade de sua retomada pela nação nos casos previstos na Constituição. Depois da transformação de um Estado, assentado no modelo econômico feudal, em um Estado de modelo liberal (Estado-nação) – fundado na oposição entre Estado e sociedade civil – surge o modelo de Estado (moderno) marcado pelo positivismo. Se, no primeiro caso, o modelo de Estado contava com alguns institutos de cunho liberal, tais como as Cartas e Forais firmados entre o monarca e parcela de seus súditos, já no modelo liberal-burguês a sociedade contrata entre si a criação do Estado e a forma de exercício do poder político.

No modelo positivista, o cidadão é considerado um sujeito de direito, tendo em vista que a proteção legal da propriedade, uma das decorrências lógicas do princípio da igualdade (perante à lei), necessitava de uma justificação jurídica. Como lembra Kelsen⁴⁵,

hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim. Da experiência não se podem extrair princípios universais, pois, para Kant, nenhum juízo que proceda da experiência pode ser rigorosamente universal; para sê-lo, um juízo há de ser *a priori*, independente da experiência. “O direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal de liberdade”. Verifica-se, na formulação de Kant, uma das origens do contratualismo, que, baseado na razão humana, veio a desencadear movimentos históricos de notável influência na construção do mundo moderno, dentre os quais a própria Revolução Francesa de 1789. (BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait, Brasília: UnB, 1997)

⁴⁴ Loewenstein recorda que “el constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII, no fue sino la revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico, tal como se hacía presente en la denominación de la sociedad estatal por la monarquía absoluta”. (LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 25)

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 65. Versão condensada.

com a vitória da burguesia liberal no século XIX começa uma pronunciada reação contra a metafísica e a Teoria Natural. De mãos dadas com o progresso das ciências empíricas, com uma dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre a mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o positivismo. Porém, por mais radical que esta mudança tenha sido, ela jamais foi completa. O direito não mais foi considerado como uma categoria eterna e absoluta; reconheceu-se que seu conteúdo passa por uma transformação histórica e que como direito positivo é um fenômeno condicionado por circunstâncias de tempo e de espaço. Mas a idéia de um valor absoluto do direito não se perdeu de todo, pois vive ainda firme na idéia ética de justiça, conservada pela ciência do direito positivista.

Já no início do século XX (após a Primeira Grande Guerra), como consequência natural do aumento da complexidade das sociedades ocidentais e da necessidade de a Administração Pública interferir na evolução da economia, surge o Estado fundado num modelo positivista de produção do direito. Com o declínio do Estado liberal, erige-se um modelo no qual o cidadão abandona pretensões amparadas pela Constituição em face do Estado social. A guerra de 1914-1918 “limpa o terreno”⁴⁶ para a construção de um novo modelo de Estado que tutelava as liberdades fundamentais e impunha, através da Constituição, o papel de assistência dos desfavorecidos e mola propulsora da economia⁴⁷. Com o advento do Estado social, a normatividade cede espaço à programaticidade⁴⁸. O positivismo surgiu com a finalidade de extirpar, do jurídico, muitos dos valores informados pelo antigo regime, conferindo cientificidade, acima de tudo, ao estado do fenômeno jurídico. No

⁴⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 85. “**Limpava-se** (grifei) o terreno para a construção de um novo tipo de Estado.”

⁴⁷ Esta última idéia somente veio a se concretizar, em sua totalidade, com a política de Roosevelt para os Estados Unidos na década de 30, consequência da recessão financeira e do colapso da Bolsa de N. York.

⁴⁸ Bonavides recorda que “a programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo”. O autor menciona, ainda (p. 251) a existência de uma classe de normas constitucionais de “eficácia diferida”, ou seja, que demandam a intervenção legislativa e do administrador como mero instrumento da execução de seus comandos. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232)

Estado social⁴⁹ estes valores são resgatados através de uma filosofia humanista de assistência social e da inversão de recursos estatais como instrumento de promoção da economia. Sérgio Cademartori ensina, sobre o tema, que “a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os Poderes do Estado”⁵⁰.

As Constituições dirigentes passam a assumir a incumbência de ordenar a atividade futura do Estado, limitando, de forma sensível, o âmbito de discricionariedade política do legislador⁵¹. Como recorda Canotilho,

O fundamento e medidas jurídicos para o exercício de tarefas é a Constituição. Neste sentido, as tarefas do Estado são tarefas constitucionais. Problema diferente será o de saber se, a nível constitucional, deve formular-se um catálogo de tarefas concretas ou se bastará reconhecer ao Estado uma competência em branco, tendencialmente geral, deixando-se à política normal a concretização das tarefas. Um “Estado em branco” afigura-nos como um Estado materialmente deslegitimizado⁵².

⁴⁹ MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da lei fundamental alemã. **Revista Jurídica Virtual**, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2004. “A Constituição de Weimar de 1919 fora ela mesma uma Constituição modelo, a ‘mãe de todas as Constituições’ de entre as duas guerras, como alguém afirmou na altura. A ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia (“constituição econômica”). Foi ela que pela primeira vez ensaiou um compromisso entre o sistema de governo parlamentar, com responsabilidade do Governo perante o Parlamento, com um Presidente da República directamente eleito, dotado de importantes poderes institucionais próprios.”

⁵⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 28.

⁵¹ Souza Neto consigna que “o dirigismo constitucional dá ensejo, portanto, à elaboração de um conceito material de legitimidade: em seu cerne encontra-se a ideia de que as Constituições devem conter não só normas que determinam limites (Constituição garantia) e processos (Constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também, além destas, normas definidoras do conteúdo a ser realizado pelo legislador”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: _____. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12)

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996, p. 12. Canotilho sustenta que as concepções de Peter Lerche acerca da função das normas programáticas nas Constituições foram mal interpretadas pela doutrina, transportando-se para o debate político uma discussão teórica sobre

As políticas públicas – sociais e econômicas – estão jungidas a este modelo de intervenção estatal necessária, nas áreas em que os agentes econômicos não conseguem oferecer uma resposta democrática à tarefa de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, sobretudo nos países periféricos.

1.1.1 O Contratualismo

1.1.1.1 Origem e concepção do contratualismo

O contratualismo é corrente uma filosófica-política baseada na necessidade vigente de explicar a existência de um Estado moderno, no qual as fontes de poder político sejam heterogêneas. A recorrência à concepção de um homem, em seu estado da natureza (anterior ao estado civil) e suas relações com os demais homens, estava vinculada à idéia de romper com o paradigma da tradição histórica do poder político.

Será relacionado o trabalho intelectual de alguns dos principais expoentes desta doutrina político-constitucional, todos contemporâneos, a começar por Thomas Hobbes. Muito embora advogue a concentração de poderes nas mãos do Monarca,

a eficácia das normas constitucionais. Assim sendo, o autor considera impróprio esse debate em torno da eficácia das normas constitucionais programáticas no Brasil (CF/88, art. 5º, § 1º), pois a vinculatividade não significa que “*as normas consagradoras de direitos fundamentais excluem a necessidade de uma maior densificação através da lei*”. Ao concluir o artigo sobre a validade de suas concepções anteriores acerca do constitucionalismo dirigente no Estado contemporâneo, especialmente o Estado português, Canotilho sustenta que o novo constitucionalismo deve ter uma natureza moralmente reflexiva, uma vez que o Estado não corresponde mais à única instância produtora do Direito, pugnando pela “contratualização” das leis dirigentes.

ele também fundamenta sua concepção sobre a origem do Estado na opção humana de convivência social, que pressupõe a renúncia de prerrogativas individuais em benefício da coletividade, graduada ao longo da concepção pessoal destes pensadores sobre política e Estado, partindo de Hobbes, para Montesquieu e Rosseau, até Locke. O objetivo consiste, portanto, em demonstrar de que maneira a limitação do poder do Estado estava relacionada com a ampliação da liberdade do indivíduo, e qual é o papel destinado à Constituição dentro deste novo esquema conceitual fundado na razão e nos direitos naturais.

1.1.1.2 Thomas Hobbes: O Leviatã

A principal obra de Thomas Hobbes é **Leviatã** ou “A matéria, forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil”⁵³. Nesta importante obra sobre a origem e o papel do Estado moderno, o autor, já na introdução, compara o grande Leviatã (a República ou o Estado – *civitas*) a um organismo vivo, mas artificial, fruto da engenhosidade humana. Dispõe-se, portanto, a analisar as diversas partes que compõem esta estrutura artificial, na qualidade de um observador arguto que descreve e analisa seu objeto de estudo⁵⁴.

⁵³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000. O autor, nascido na Inglaterra em 1588 (falecido em 1679), procurou, em sua obra, uma concepção puramente dedutível da natureza e da sociedade organizada, abrindo, assim, espaço para a convivência entre racionalismo e empirismo.

⁵⁴ Há que salientar, desde logo, que somente na segunda parte de seu livro o autor se dedica ao estudo do Estado propriamente dito (causas, geração e definição). Na primeira parte, limita-se a analisar o homem (sensações, imaginação, consequência ou série de imaginações, linguagem, razão e ciência, origem das paixões e como se expressam, fins do discurso, virtudes intelectuais e falhas

Na concepção do autor, o pacto social revela-se absolutamente necessário, na medida em que o homem tende a inclinar-se às paixões⁵⁵, passíveis de conduzi-lo à guerra e à solidão.

A solução seria a geração do grande Leviatã (Estado – *civitas*),

uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande Multidão, mediante Pactos recíprocos uns com os outros, como Autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, de maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum. O titular dessa pessoa chama-se Soberano, e se diz que possui Poder Soberano. Todos os restantes são SÚDITOS⁵⁶.

Hobbes advoga a necessidade de concentração do poder político nas mãos de um soberano forte, sustentando que este titular deve ter as condições necessárias para compreender a natureza humana.

O Estado, neste contexto, concentraria todas as forças da sociedade, decorrência de um pacto social de natureza artificial, de modo a reprimir a tendência, natural no homem, de veicular suas paixões pessoais. Busca, enfim, o bem comum, evolução da sociedade como finalidade única, afastados os objetivos pessoais.

Há que se salientar: toda a concepção de Hobbes está assentada no poder político do Monarca, e não aceita a chamada soberania popular que, segundo ele, levaria à guerra de todos contra todos. Neste contexto, seria

competência da Soberania julgar quais opiniões e doutrinas são contrárias à Paz, e quais lhe são propícias. E, ainda, em quais ocasiões, até que ponto e

opostas, diversas matérias do conhecimento, poder, valorização, dignidade, honra e excelência, diferença de modos, as religiões, condição natural do gênero humano, primeira e segunda leis naturais e dos contratos, outras leis da natureza, pessoas, autores e coisas personificadas). É a segunda parte do livro, pois, na medida em que objeto do presente estudo está voltado para a origem do Estado, que será aqui analisada.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 123.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 126.

o que se deve conceder àqueles que falam a Multidões de pessoas, e, também, quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes da publicação⁵⁷.

O Estado, governado pelo Monarca, teria poderes incontrastáveis que garantiriam o bem comum, que o autor considera ser a paz entre os indivíduos de uma nação. Muito embora este modelo concebido por Hobbes contraste fortemente com a noção moderna de democracia, fundada na liberdade humana, não se pode olvidar que escreve sob os auspícios de um racionalismo que pretendeu romper com as tradições então vigentes e com o jusnaturalismo.

Muito embora aceite a existência de corpos políticos⁵⁸ (criados pelo poder do soberano com missão de representá-lo nos estritos limites de cartas recebidas do monarca), considera inconveniente a criação de assembléias que representem a vontade popular, na medida em que esta vontade poderia colidir com a do Monarca, que é soberana, gerando, assim, a guerra interna.

Propugna, então, que o Estado deva interferir na economia dos particulares, atendendo a uma finalidade de bem comum, na medida em que as economias dos indivíduos são transacionadas através de contratos que geram prosperidade, constituindo-se na “nutrição do Estado”⁵⁹. Fica patente, pois, a utilização de um método naturalístico de análise do “corpo social”, através do qual o autor pretendia

⁵⁷ Souza Júnior recorda que “guerras civis, prenes de fanatismo religioso, de composição quase impossível. Como criar uma ordem forte capaz de assegurar as liberdades individuais que começavam a germinar? A solução buscada por Hobbes vai aproximar-se da que havia prescrito Bodin. Como sintetiza Chevalier: uma soberania absoluta, indivisível e concentrada, com poder de promulgar e abolir as leis”. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 37)

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 165.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 183.

demonstrar a legitimidade da monarquia e a necessidade do uso da força pública em favor da paz social.

A estrutura política concebida por Hobbes não é uma estrutura democrática (nem tem o autor esta ambição, mas critica, ao contrário, a democracia), é funcionalista. Tem por finalidade exclusiva assegurar a estabilidade política, invariavelmente ligada ao desenvolvimento da nação. Em determinados momentos sua obra parece remeter a Maquiavel, mormente quando aconselha o Monarca sobre a forma de exercer seu poder a fim de mantê-lo. Sua obra conosta, acima de tudo, o uso da força pelo Estado contra o cidadão, mormente o que atente contra a estabilidade do pacto social, através da sedição política, tudo em nome do bem público e da paz entre os cidadãos. Se o Estado moderno tem base numa legitimidade decorrente do pacto social (racional), Hobbes consegue utilizar o argumento em favor de sua teoria, ao assegurar que este pacto está fundado numa tradição monárquica e que, portanto, nenhuma assembleia geral popular teria legitimidade para contestá-la ou instaurar outro pacto.

O modelo de justiça concebido pelo autor é ancorado no direito natural e na equidade aristotélica. Ele faz a distinção, inclusive, entre as “leis da natureza” (imutáveis e de observância obrigatória por todos os juizes, pois consoante à equidade) e a “lei civil” (passível de mudanças, desde que, por razões de equidade, deva ser alterada para o caso concreto)⁶⁰. O modelo, contudo, não oferece a possibilidade de os juizes exercitarem alguma forma de controle sobre os atos do

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 201. O autor também faz a distinção entre “leis naturais ou morais e leis positivas”, sendo que aquelas decorrem das leis da natureza e da equidade, enquanto estas expressam a vontade momentânea do soberano (p. 206).

Monarca, pois a legitimidade lhes vem do soberano, o qual apenas delega estas altas funções a seus representantes.

Muito embora o autor sustente sua concepção de Estado moderno a partir de uma contestável legitimidade histórica conferida ao Monarca, através de um pacto social, ao final do capítulo dedicado ao estudo do Estado faz a ressalva de que

Lei Fundamental é aquela que, se eliminada, destrói o Estado que resulta totalmente dissolvido, da mesma maneira que um edifício cujos alicerces se corroem. Portanto, a Lei Fundamental é aquela que obriga os súditos a sustentar qualquer poder que seja conferido ao Soberano, seja ele um monarca ou uma Assembléia Soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder de Guerra e de Paz, o da Judicatura, o da designação de funcionários e o de fazer o que for necessário para o bem público⁶¹.

Esta concepção bem demonstra a importância de uma Constituição na conformação e subsistência do Estado moderno. O modelo de Estado de Hobbes, fundado na soberania do monarca, não poderia prescindir de uma lei Fundamental que assegurasse o respeito da legitimidade do poder soberano. Além de analisar as bases de legitimidade do Estado racional, o autor assinala a importância de um pacto de permanente anuência no que respeita à legitimidade do monarca.

A “lei Fundamental” ou a Constituição tem a finalidade, na obra de Hobbes, de conferir legitimidade ao exercício do poder pelo soberano, muito embora no decurso de sua argumentação sobre o Estado ele assegure que o soberano deve usar a força pública para atender ao bem comum.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 209.

O grande contributo⁶² do autor consiste, exatamente, em demonstrar de que forma o Estado é legitimado para o exercício de suas funções⁶³ e o indivíduo se submete ao poder da força pública deste Estado.

1.1.1.3 Montesquieu: O Espírito das leis – o princípio da separação dos Poderes⁶⁴

O princípio da separação dos poderes⁶⁵ remete à obra de Montesquieu (nascido em 1689), muito embora ela deva ser considerada mais como uma especialização de funções do que uma cisão absoluta do poder político.

Montesquieu é considerado um contratualista, na medida em que fundamenta sua concepção sobre a origem da sociedade política na necessidade de o homem conjurar as adversidades individuais, havendo, portanto, um acordo geral entre os indivíduos, expresso através do direito ao sufrágio⁶⁶.

⁶² Fidélis, ao falar da origem do Estado, recorda que “Justificando não apenas o Poder Absoluto do Estado, mas também suas origens, coube a Tomas Hobbes completar a missão, fundado no contrato social. O **Leviatã** (1651) seria o grande homem artificial, a “*civitas*”, o “*Commonweath*”, criado contratualmente pela vontade de todos os homens, que, no estado natural, viviam em constante guerra, sem lei, sem justiça, dirigidos pelo egoísmo: “*homo homini lupus*”. Ao contratarem, havia renúncia absoluta aos direitos individuais que se transmitiam todos para o ser criado, o Estado”. (FIDÉLIS, Emrane. Reflexões sobre o Estado e a Constituição. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, n. 21, p. 85-98, 1992)

⁶³ O autor faz a distinção entre Estado por aquisição (decorrente de vitórias nas guerras, por exemplo) e Estado por instituição (através de um pacto social artificial). *Op. cit.*, p. 146.

⁶⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 86. “Existe em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 21. “...o povo só pode ser monarca por seus sufrágios, que constituem suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. As leis que estabelecem o direito de sufrágio são, portanto, fundamentais neste governo.”

O objetivo de Montesquieu⁶⁷, no espírito das leis, consiste em caracterizar as diversas formas de governo (republicano, monárquico e despótico) consoante os princípios adotados, especialmente no tocante à forma como são criadas e executadas as leis⁶⁸. Na república, o espírito das leis do governo estaria vinculado à democracia⁶⁹, já que é fundada na igualdade. Para Montesquieu, o Estado não poderia sustentar-se na concentração do poder, mas na distribuição das funções do Estado em poderes distintos, com a única finalidade de evitar a tirania e o arbítrio em detrimento do cidadão.

Enquanto Locke (1690) e Hobbes (1588) – cada qual à sua maneira⁷⁰ – se preocupam com a origem do poder do Estado, Montesquieu concentra suas forças em delimitar de que maneira as forças políticas do Estado serão distribuídas, na estrita consonância da natureza de suas funções⁷¹.

⁶⁷ Note-se que o autor, não se limitando à discussão sobre o melhor modelo de Estado, faz uma minuciosa análise das finanças, da religião e da sociologia deste Estado, passando pela análise de várias instituições, como o casamento e a escravidão, com a ampla pretensão de estabelecer o modelo ideal de Estado e de sociedade, propiciando o máximo de liberdade aos cidadãos. Tece, inclusive, considerações sobre a anatomia humana, a forma como estes dados podem estar ligados ao sucesso de uma comunidade: “O ar frio comprime as extremidades das fibras externas de nosso corpo; isso aumenta sua energia e favorece o retorno do sangue das extremidades para o coração. (...) tem-se, assim, mais vigor nos climas frios (...) nas regiões frias, ter-se-á pouca sensibilidade para os prazeres; ela será maior nos países temperados”. (p 105). De qualquer sorte, nota-se em Montesquieu a preocupação básica com este “espírito” das leis de uma nação, que devem ser absolutamente adequadas às necessidades locais.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 86. “Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam o mesmo poder.”

⁶⁹ Democracia do tipo representativo, na medida em que o autor considerava indesejável uma democracia exercida de forma direta, como em Atenas, por ser o povo despreparado para esta missão. O Poder Legislativo não poderia ser permanente (idéia também defendida por Locke), sendo que o poder executivo deveria estar concentrado na figura de um monarca, o que traz, portanto, uma profunda inspiração no modelo inglês de monarquia parlamentar.

⁷⁰ Hobbes defende a monarquia e a concentração de poderes, enquanto Locke empresta grande vigor ao Poder Legislativo.

⁷¹ MONTESQUIEU. *Op. cit.*, p. 86. “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a

Portanto, a concentração dos poderes – característica dos Estados despóticos – atentaria contra a própria natureza de cada uma de suas funções, motivo pelo qual o governo republicano seria o mais adequado para a prosperidade de uma determinada sociedade. Um dos pontos interessantes da obra de Montesquieu, ao mencionar a importância da existência de mecanismos de contenção entre os poderes, é quando afirma que

poderia acontecer que a lei, que e ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária; cabe à autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-se menos rigorosamente que ela⁷².

O papel de interpretação das leis não seria exercido por um corpo de juízes, mas por um tribunal “necessário”, ligado ao corpo legislativo – de cunho representativo e natureza eventual – que representaria este “poder supremo” ao editar as leis e, portanto, abrandar os seus rigores através da equidade e da interpretação. Montesquieu não concebia, portanto, um tribunal formado por juízes escolhidos junto ao povo, com a função de interpretar a lei ou abrandar-lhe o rigor nos casos concretos, na medida em que a função de legislar estava totalmente separada da função de julgar⁷³. Um órgão com tais poderes estaria muito mais

vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

⁷² *Op. cit.*, p. 91.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Do Processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Gênese, v. 8, n. 30, p. 763-789, out./dez. 2003. “Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um

próximo de um órgão legislativo supremo, que expressasse a vontade geral da nação. A delimitação de espaços políticos é clara, na medida em que o Poder Legislativo possuía, nesta concepção, proeminência sobre os demais, tendo, inclusive, a função de controlá-los, muito embora “forçados a caminhar de acordo”⁷⁴.

A compreensão do modelo de Estado Constitucional contemporâneo⁷⁵ passa, forçosamente, pela concepção de Montesquieu, na medida em que a separação das funções do Estado tinha como finalidade básica a contenção dos poderes, no intuito de evitar o livre arbítrio.

1.1.1.4 Rousseau: O Contrato Social

Na evolução do processo constitucionalista moderno – em contraposição com o constitucionalismo antigo (da Idade Média até o século XVIII) –, fundado num acordo entre senhores feudais e o Monarca – é possível identificar os três principais modelos ou concepções de Constituição: o inglês, o francês e o norte-americano.

O modelo contratualista brasileiro, sob o ponto de vista histórico, se identifica, sobretudo, com o modelo francês, considerando que: (a) somente pode ser reputada

“texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos.” Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que une liberdade política e certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 92.

⁷⁵ No art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fica clara a importância da concepção de Montesquieu. O artigo menciona, basicamente, que uma Constituição que não contenha a cláusula da separação dos Poderes, não é uma Constituição.

como Constituição a Carta que consigne direitos e garantias fundamentais; (b) estrutura e organiza o Estado.

A tese contratualista permeou todo o movimento revolucionário na França. **O**

Contrato Social de Rousseau data de 1762⁷⁶, sendo que em 1748 Montesquieu já

⁷⁶ (1. ed. brasileira. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, maio/1989). Sintetizamos os principais pontos do livro, dada sua importância histórica como um dos pilares do constitucionalismo e do Estado moderno. O objeto de seu primeiro livro parte da definição do “homem bom” (tese contrária à sustentada por Hobbes, para quem o homem era o lobo do homem e o Estado deveria interferir de molde a impedir a ocorrência do fenômeno), tentando explicar por que todos os homens nascem livres mas acabam sendo agrilhoados no curso do tempo (jusnaturalismo). Conclui que nas sociedades existem determinadas “convenções”, através das quais os homens perdem e recuperam sua liberdade (obediência e liberdade). Já no capítulo II (das primeiras sociedades) Rousseau parte da idéia familiar, recordando que, cessado o vínculo de utilidade entre pais e filho (necessidade), somente a voluntariedade explica a continuação do vínculo. Assinala que o amor que o pai nutre pelos filhos, como recompensa de seus cuidados, equivale ao amor que o soberano nutre por seu povo, pelo prazer de comandá-los. Repudia a idéia de que alguns homens nascem para ser escravos, enquanto outros nascem líderes. Recorda que, na família, todos alienam parte de sua liberdade em favor da utilidade pessoal. Ao longo do capítulo III (do direito do mais forte), Rousseau sustenta que o mais forte nunca o é suficientemente para ser sempre o senhor, a não ser que transforme sua força em direito, e a obediência em dever. A força não faz direito. No capítulo IV, ao abordar a escravidão, defende que o homem não pode alienar (no sentido de vender) sua liberdade. Se o faz em favor do soberano, tal idéia não está vinculada à paz civil, visto que existem guerras nas quais combatem os Estados e não as pessoas, que são antagonistas acidentais. As palavras escravidão e direito são contraditórias. Já no capítulo V (de como sempre é preciso remontar a uma primeira convenção), antes de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual um povo é povo. Porque este ato, sendo necessariamente anterior ao outro, constitui o verdadeiro fundamento da sociedade. A lei da pluralidade de sufrágios é, por si só, um estabelecimento da convenção, e supõe, pelo menos uma vez, a unanimidade. No capítulo VI (do pacto social), enfrenta um problema fundamental: encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e através da qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes. As cláusulas do contrato social supõem a alienação total de cada um, de forma que a condição é igual para todos, conhecida e aceita por todos. Neste estado, a alienação se faz sem reservas, de forma que nada há que reclamar. Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém. Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro, como parte indivisível do todo. Desta forma, ao invés da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia. No capítulo VII (do soberano), sustenta que a vontade régia não pode opor-se à vontade geral, assim como a vontade individual deve ceder à vontade geral, considerando que aquele que recusa obediência à vontade geral será constrangido por todo o corpo a fazê-lo. No capítulo VIII (do estado civil), aduz que um homem perde, pelo contrato social (racionalismo), a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. A liberdade natural é limitada pelas forças do indivíduo, enquanto a liberdade civil é limitada pela vontade geral. Finalmente, no capítulo IX (do domínio real), trata do direito de propriedade. Sustenta que, ao invés de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima, aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens passíveis de desigualdade em força ou em talento: todos se tornam iguais por convenção e direito.

havia publicado seu **Espírito das leis**. O contrato social (ou princípios do direito político) não tencionava, à evidência, suplantando os estudos de Montesquieu, sendo que este era sociólogo e jurista, enquanto Rousseau era filósofo, mas sim, pretendia explicar o fenômeno político de forma a realçar sua grande importância dentro do contexto das civilizações.

Nota-se que Rousseau buscava discutir os diversos sistemas de legislação e de administração, analisando, inclusive, as diversas formas de exercício do Poder político, como a democracia, a aristocracia e a monarquia. Do seguinte excerto, resta evidenciado que dois dos princípios basilares de sua engenharia política são a busca da igualdade e da liberdade, quando menciona que

se indagarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens, que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação, chegaremos à conclusão de que ele se reduz a estes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque toda a dependência particular é igualmente força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela (...) a respeito da igualdade não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas sim, que, quanto ao poder, ela esteja acima de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude da classe e das leis, e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se. O que supõe, da parte dos grandes, moderação de bens e de crédito, e da parte dos pequenos, moderação de avareza e cobiça⁷⁷.

Buscando atingir estas finalidades, ao tratar da divisão dos governos, o autor propõe que sua melhor forma é a aristocracia eleita, na medida em que

numa palavra, a ordem melhor e mais natural é que os sábios governem a multidão, quando se tem certeza que governarão em benefício dela, e não

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 60.

em proveito próprio; não é preciso multiplicar em vão os recursos, nem fazer com vinte mil homens o que cem homens escolhidos podem fazer ainda melhor⁷⁸.

No cotejo entre democracia, aristocracia e monarquia, Rousseau opta pela segunda, sendo que sua opção está assentada na premissa de que: (a) a democracia remonta ao regime grego, em que todos os membros livres da sociedade podiam participar ativamente do processo político de tomada de decisões; (b) a aristocracia estaria fundada na representatividade eletiva de modo que somente pessoas dotadas de especiais qualidades poderiam intuir a vontade geral da Nação⁷⁹; (c) a aristocracia é o pior dos regimes na medida em que a concentração conduz invariavelmente ao absolutismo.

A recuperação do contratualismo como um dos alicerces ontológicos do Estado moderno conduz à concepção da vontade geral que reflete o racionalismo do homem em contraposição a uma cultura assentada em tradições e no direito hereditário. Prega, também, o exercício do sufrágio por todos os cidadãos, como um mecanismo de aferir a exata correspondência da vontade dos governantes com a vontade da nação, a qual deve ser una. O pacto social é, portanto, uma das premissas fundamentais da constituição e manutenção do Estado moderno, segundo Rousseau, sendo que a legitimidade do governante, do ponto de vista racional, somente poderia derivar destas especiais condições de anuência com a forma de exercício do poder.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁹ Segundo o autor, a vontade geral se contrapõe à vontade particular (do monarca, por exemplo), sendo que “para que uma vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas sim, que todos os votos tenham sido contados. Qualquer exclusão formal rompe a generalidade”. *Op. cit.*, p. 34.

Finalmente, cria-se um nexo de imputação moral do soberano em relação aos desvios cometidos, caindo o dogma de que o poder monárquico é incontrastável. Segundo Paul Ricoeur⁸⁰,

o termo imputação é bem conhecido numa época em que o de responsabilidade não tem um emprego reconhecido fora da teoria política, onde se colocava a questão da responsabilidade do soberano perante o Parlamento britânico (...) este emprego adjacente do termo responsabilidade desempenhou o seu papel na evolução que levou o conceito de responsabilidade, tomado em sentido jurídico, a identificar-se com o sentido moral de imputação.

Desta forma, numa fase inicial, é possível sentir a proximidade entre os conceitos de responsabilidade (do soberano) jurídica e moral, tendo esta concepção histórica produzido efeitos no campo jurídico e filosófico do conceito. Enquanto a responsabilização jurídica se assenta num nexo de imputação fundado no dever de praticar condutas que evitem danos a terceiros (com base na conduta humana), a responsabilização moral está fundada na imputação de um resultado, independente da conduta. Ou seja, do ponto de vista moral, pode haver responsabilização, muito embora a conduta do sujeito seja, em si mesma, lícita, como nas hipóteses de estado de necessidade ou legítima defesa.

A importância desta obra resulta em duas consequências de capital importância no desenho do Estado moderno: (a) os direitos e garantias individuais não são bens livremente distribuídos pelo detentor do poder político, mas sim, direitos inalienáveis dos quais os cidadãos consentem em ceder pequena parcela como única forma de garantir a convivência nas sociedades modernas; (b) a ruptura

⁸⁰ RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 37.

dos mecanismos de aferição da vontade da Nação, como, por exemplo, a supressão de eleições, deslegitima o poder instituído na medida em que a vontade particular se opõe à vontade geral. Donde a importância da recuperação do discurso de Rousseau sobre as origens da legitimidade e a fragilidade dos governos que rompem este pacto social usando a coerção e a força.

Resulta, pois, que os mecanismos de participação popular são um importante elo de manutenção do Estado moderno. Altamente burocratizado, ele corre o risco de ter seu espaço natural ocupado pelas irracionais forças do mercado que, com mão invisível, conduzem ao direcionamento do aparato estatal para o incremento de seus lucros, alijando os verdadeiros interessados – sobre o papel do Estado – do debate democrático.

1.1.1.5 John Locke: Segundo Tratado sobre o Governo

Considerando o objetivo de abranger algumas das concepções que renderam ensejo à conformação do Estado constitucional contemporâneo, o **Segundo Tratado Sobre o Governo**, datado de 1690⁸¹, é obra imprescindível. Sua concepção acerca do Governo civil deriva da premissa que reafirma o direito natural⁸² de igualdade

⁸¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem e extensão do Governo civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1978. Coleção “Os Pensadores”. A obra é o segundo de dois tratados sobre o Governo, publicados em 1690, sendo que o primeiro é uma refutação da obra **Patriarca** (1680) de Sir Robert Filmer, que defende a monarquia absoluta.

⁸² Muitas de suas assertivas acerca do direito natural foram-lhe inspiradas pelos textos de Richard Hooker (1554-1600), autor de **As leis da política eclesiástica**, uma das mais influentes obras no desenvolvimento da teoria política a partir do pensamento medieval para o conceito dos direitos naturais.

entre os homens. a concentração de poderes no monarca absoluto seria, portanto, infundada. Locke é egresso da burguesia⁸³, motivo pelo qual empresta grande importância à liberdade individual⁸⁴, especialmente traduzida pelo direito natural de proteção do próprio patrimônio⁸⁵.

Para o autor, a origem do Estado está na necessidade de superação do estado de natureza (estado de guerra) para um estado civil, onde a vítima de uma injustiça possa buscar reparação com a ajuda do poder estatal.

Ao analisar a constituição da sociedade política ou civil, o autor fundamenta o princípio da obrigatoriedade da observância das leis no fato de que o indivíduo, ao sair do “estado da natureza” por obra e força da razão humana, abdica de parcela de sua liberdade, em prol do ingresso em uma comunidade política onde sua liberdade de não ser molestado indevidamente seja respeitada⁸⁶: o Estado civil deveria ter por finalidade assegurar a liberdade individual.

Sobre o tema, Luiz Henrique U. Cademartori recorda que

⁸³ Muito embora o autor inglês descreva a realidade de sua pátria, tendo, inclusive, participado do movimento que culminou com a Revolução Gloriosa de 1689 (triunfo da Câmara dos Comuns sobre a monarquia absoluta), suas idéias tiveram grande penetração na França. Sua concepção difere da de Hobbes, na medida em que este pretendia a manutenção da monarquia absoluta. Mas lê-se em ambos as linhas mestras do contratualismo, que prega a renúncia das liberdades individuais em favor de um pacto social (pacto político).

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 43. “A liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem.”

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 53: “(...) nos governos, as leis regulam o direito de propriedade, e Constituições positivas determinam a posse da terra”.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 67. “Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura – para a qual apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros”.

essa linha de pensamento, ora exposta, foi visceralmente contrária àquela concebida por outro dos primeiros filósofos contratualistas da modernidade: Thomas Hobbes (1588-1679), que ligara a construção do Estado a um contrato de submissão entre os membros da sociedade natural, vítimas – no estado da natureza – de uma guerra de todos contra todos⁸⁷.

A proeminência da vontade da maioria sobre a vontade particular é apresentada pelo autor como uma das características do corpo político, constituído no intento de assegurar a cada um a fruição de seus próprios bens. A origem do Estado decorreria, portanto, do aumento da complexidade das comunidades existentes, antes guiadas pelo princípio da sobrevivência e a coletivização dos bens, e agora pela acumulação natural de riquezas.

Ela seria benéfica a toda a comunidade, na medida em que os bens produzidos por um único homem, possibilitando-lhe esta acumulação, traziam prosperidade para os demais. Recorda, no entanto, que a acumulação está na origem de conflitos individuais, quando alguns tentavam se apoderar dos bens conquistados por seus pares.

A concepção de Locke sobre as origens do Estado (origem dos governos) – momento em que desce a uma retrospectiva histórica – baseia-se na necessidade de garantir esta acumulação de capital⁸⁸ e decorre do livre consentimento dos indivíduos⁸⁹.

⁸⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Op. cit.*, p. 42.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 82. “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade. Para este objetivo, muitas condições faltam no estado da natureza.”

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 80. “Todo homem que tem posses ou goza de qualquer parte do domínio de um governo dá, por este meio, consentimento tácito e está daí em diante obrigado à obediência às leis deste governo, enquanto assim goza, como qualquer outro que sob ele esteja.”

Cumpra assinalar, dada a importância histórica da concepção, que Locke emprestava enorme importância ao poder legislativo⁹⁰ – como também os demais contratualistas – na medida em que a origem dos governos, segundo o autor, estaria na consentimento individual que transfere a um poder de governo a prerrogativa de editar leis, decorrentes da vontade de uma maioria que elege seus representantes. O Poder Legislativo é, portanto, o principal poder do governo, na medida em que ninguém que ingressa numa comunidade política pode eximir-se do fiel cumprimento de suas ordens (ordens da maioria)⁹¹.

Neste contexto, ao Poder Executivo permanente – subordinado ao Poder Legislativo – cumpriria zelar pela observância das leis, enquanto o Legislativo, poder supremo⁹², não necessitaria estar permanentemente convocado.

Deve-se a Locke, portanto, a origem do governo civil assentada na necessidade de defesa estatal do direito de propriedade que nenhum governante poderia suprimir, muito embora a cobrança de impostos para o bem de todos fosse aceitável. Tem-se, ainda, a “constituição” de um Poder Legislativo supremo, que não

⁹⁰ Vieira ensina que “É a partir do pacto social que se constituirá o governo. Governo este que deve respeitar os direitos e se pautar pelos limites impostos pelos indivíduos no momento em que lhe conferiram autoridade. Mesmo o Poder Legislativo – que se encontra numa posição quase sagrada para Locke, acima dos demais órgãos do Estado – está limitado pelos direitos conservados pelos indivíduos no momento em que deixaram o estado da natureza e constituíram a ordem política”. (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. 37)

⁹¹ *Op. cit.*, p. 88: “Todo o poder que o governo tem, destinando-se tão-só ao bem da sociedade, da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas, para que não só os homens possam saber qual é o seu dever, achando-se garantidos e seguros dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, mantidos dentro dos limites, não fiquem tentados pelo poder que têm nas mãos a entregá-lo para fins tais de que os homens não tivessem conhecimento nem aprovassem de boa vontade.”

⁹² Quando o autor fala que as leis constantes da “constituição original” devem ser observadas na convocação do poder legislativo, está se referindo ao fato de que a palavra constituição consiste na criação de um poder legislativo por uma determinada comunidade, baseada no consentimento de todos. O ato de “constituição” do poder legislativo, portanto, teria uma força suprema.

se subordina senão ao ato de sua constituição. E, finalmente, um Poder Executivo subordinado ao primeiro, mas de cunho permanente e, obviamente, limitado pela lei (ato do poder supremo)⁹³. Considerando que o legislador reunido não poderia prever todas as situações concretas de antemão, estes casos, segundo o autor, deveriam “ser entregues à discricção daquele que tem nas mãos o poder executivo”⁹⁴, que aplicaria a lei natural e suprema até que o legislativo novamente se reunisse para regularizar a situação. Locke aceita a sujeição do povo ao Poder Executivo, desde que este poder esteja jungido às leis editadas pelo Legislativo.

A obra de Locke tem uma importância fundamental do ponto de vista histórico quando são consideradas as bases sobre as quais estavam, na época, assentados os poderes da monarquia⁹⁵. Através de seu estudo, ele constrói as bases teóricas da legitimidade dos governos civis, e conclui pela possibilidade de resistência do povo com o uso da força quando o Executivo não mais cumprir as leis, ou ainda quando delegar suas funções a uma potestade estrangeira.

Assegura, também, que as prerrogativas inerentes ao Poder Legislativo não podem ser alienadas, já que são fruto de um ato de disposição coletiva que criou um

⁹³ Muito embora o autor mencione o “poder federativo” como responsável pela representação do corpo político frente a outras nações, inclusive decretando a guerra e selando a paz, nosso maior interesse é o papel destinado ao poder legislativo, decorrente da soberania popular, bem como o princípio de submissão a que ele sujeita o Poder Executivo.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 98. “...este poder de agir de acordo com a discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei, e muitas vezes mesmo contra ela, é o que se chama prerrogativa.”

⁹⁵ Bobbio recorda a enorme influência de Locke na Revolução Francesa: “tanto Locke quanto Kant são jusnaturalistas, ou seja, ambos são pensadores que já haviam efetuado aquela inversão de perspectiva, para usar uma famosa expressão de Kant, ainda que usada por ele em outro contexto, aquela “revolução copernicana” que faz com que a relação política seja considerada não mais *ex parte principis*, mas sim, *ex parte civium*”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 117)

ente político, da mesma forma que não pode o indivíduo elidir a aplicação da lei, dada a impossibilidade do retorno à sua condição natural.

A construção teórica de Locke sustenta as bases de um movimento de contestação de legitimidade dos governos civis que não atendam ao pacto firmado com o povo que, em última análise, detém o poder supremo. Ele constrói, portanto, as bases da concepção de soberania, bem como da permanente legitimação do Executivo pela sua submissão à lei.

Muito embora preveja a existência destes dois poderes, não empresta maior vigor à função dos magistrados, na medida em que eram atrelados ao Executivo e procediam da nobreza. Em momento algum concebe a existência de um remédio jurídico para as hipóteses nas quais a vontade do Executivo desborde dos limites impostos pela lei; quando negasse a legitimidade dos atos de um governo fundado em interesses distintos dos do povo, a consequência natural, portanto, seria a legitimação do recurso à violência, por parte do povo. Um dos pontos mais interessantes da obra consiste na afirmação da existência de um poder supremo, acima do Poder Legislativo e que deriva da vontade popular, a qual “constitui” um corpo de representantes. Esta vontade popular não poderia ser alienada pelo povo, sob pena de imediata dissolução do governo constituído. O pacto social seria, portanto, essencialmente revogável nestes casos, sendo decorrência do princípio da soberania, corolário da legitimação popular. É uma Constituição que reflete, em última análise, o consentimento popular, e traduz os limites⁹⁶ impostos aos seus

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 130. “Se surgir uma controvérsia entre um príncipe e alguém do povo em assunto que a lei silencie ou seja duvidosa, e o assunto se revista de grande importância, julgo que o árbitro conveniente em tal caso deve ser o corpo do povo.”

representantes. O constitucionalismo é, em sua origem histórica, uma teoria da justificação do poder estatal.

1.1.1.6 Sieyès: O que é o Terceiro Estado?

Um quarto de século depois, já em 1788⁹⁷, Emmanuel Joseph Sieyès publica a brochura intitulada **O que é o Terceiro Estado**⁹⁸, na qual elabora o conceito de poder constituinte⁹⁹, superando a representação popular engendrada pelo contratualismo de Rousseau, partindo da premissa de que a nação francesa estava estruturada no Terceiro Estado. O questionamento sobre o Terceiro Estado – inspirado na obra do protestante Jean-Paul Rabaut Saint Etienne, **Considérations sur les intérêts du Tiers État**, de 1788 – discutia a totalidade da nação francesa, na medida em que a nobreza e o clero desempenhavam funções que muito bem poderiam ser exercidas pelos demais membros da sociedade¹⁰⁰.

O autor debitava os males da nação à existência de privilégios, fundados em direitos hereditários, consignando que “nunca será demais repetir que todo privilégio

⁹⁷ A obra foi composta durante os Notables de 1788 e publicada nos primeiros dias de janeiro de 1789, mas a primeira versão divulgada surgiu em novembro de 1788, como continuação do **Essai sur les privilèges**.

⁹⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?**. 4. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁹⁹ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. México: Nacional, 1966. p. 23. Poder Constituinte, na definição de Carl Schmitt “é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo”.

¹⁰⁰ Nunca é demais recordar que os Estados Gerais eram constituídos, no Antigo Regime, por três ordens ou estados: o clero, a nobreza e o Terceiro Estado (os representantes das cidades que, por sua vez, representavam a burguesia e oligarquia locais), os quais, juntos, representavam o reino perante o Rei.

se opõe ao direito comum. Portanto, todos os privilegiados, sem distinção, formam uma classe diferente e oposta ao Terceiro Estado”¹⁰¹.

A leitura da obra permite apontar que o objetivo do autor consistia em dotar os membros do Terceiro Estado de representatividade política, de modo a lhes assegurar o acesso a cargos e funções de grande importância para a Nação francesa¹⁰². Para tanto, argumenta com a falta de representatividade então existente na França, a partir da análise do número de membros do clero e da nobreza comparado ao número de membros do Terceiro Estado. A partir desta análise, ressalta que o Terceiro Estado foi crescendo na mesma proporção em que as demais ordens (clero e nobreza) foram decrescendo, motivo pelo qual defendia que “os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças”¹⁰³. Ao final, conclui que o Terceiro Estado tem legitimidade para convocar a Assembléia Nacional – o que, efetivamente, vem a ocorrer na França em 17 de junho de 1789, após a formação do partido Nacional Patriota – ou seja, seu esforço intelectual se concentra na deslegitimação dos Estados Gerais. Na medida em que retira dos Estados Gerais a legitimidade que lhe é outorgada pelo regime, o Terceiro Estado institui a legitimidade da Assembléia Nacional, a qual já tem sua base jurídica retirada do

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰² CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Op. cit.*, p. 45. Sieyès partia do conceito central de nação “concebida como um dado anterior a qualquer ato de fundação política, composta por indivíduos livres, iguais e independentes, diferentes uns dos outros, porém unidos por necessidades comuns à natureza humana e pela vontade de viverem em conjunto”.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 25.

jusnaturalismo e da necessidade de uma representação fundada na equidade e na razão¹⁰⁴.

Após analisar a proposta de adoção do modelo de Poder Legislativo existente na Inglaterra, Sieyès propõe a existência de um poder constituinte originário – muito embora o próprio autor reputasse mais importante, no modelo inglês, o sistema de julgamentos pelo júri do que a própria Constituição – amparado na legitimidade advinda do Terceiro Estado. Esta idéia ajuda a fundar o sistema jurídico que deverá acompanhar a Revolução Francesa¹⁰⁵, na medida em que ainda se encontravam arraigadas, no espírito da população, as noções ancestrais da legitimidade da nobreza derivada de um direito hereditário. Sobre o tema, Ingeborg Maus, ao tratar da forma através da qual o abade tenciona promover a emancipação da sociedade através da lei, sustenta que

A “proteção paternal do poder do Estado” de que fala Sieyès, despe-se das vestes paternalistas que lhe caberiam com a “proteção da lei” e torna-se “delegada” da soberania legislativa do povo. A “proteção paternal do poder do Estado” de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos “súditos” pudessem ser simplesmente ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre o Poder do Estado e os cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção

¹⁰⁴ Sobre a razão, menciona que “o império da razão se estende cada dia mais; exige, cada vez mais, a restituição dos direitos usurpados”. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. Malheiros. São Paulo: 1999. p. 46. “Para a teoria constitucional, o principal legado de Sieyès foi demonstrar a necessidade de se separar o poder constituinte – como manifestação do poder da nação, ilimitado por qualquer forma jurídica que não os princípios de direito natural – do poder constituído – poder este decorrente da Constituição e por ela limitado. Esta cisão buscava conferir autoridade para o Terceiro Estado na sua intenção de criar uma nova Constituição para a França, que rompesse com a ordem aristocrática.”

democrática de Estado inverte as relações “naturais”: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai¹⁰⁶.

Fica evidente, portanto, que o poder constituinte originário só existe nos casos de ruptura com o modelo anterior, subtraindo da parcela privilegiada da população o direito de participar do novo regime. Na concepção do autor, aliás, “as vantagens pelas quais os cidadãos diferem estão além do caráter do cidadão. As desigualdades de propriedade e de indústria são como as desigualdades de idade, de sexo, de tamanho etc. não desnaturam a igualdade cívica”¹⁰⁷. Conclui-se, portanto, que Sieyès considerava a manutenção da propriedade privada um pressuposto fundamental na formação da Assembléia Nacional e da preservação da real representatividade dos membros do Terceiro Estado. Gesta Leal, ao analisar a função histórica desempenhada pela obra de Sieyès julga que

a teoria do poder constituinte a partir de Sieyès vai buscar fundamentar a necessária mudança do modelo político das Monarquias Absolutas através de uma proposta de representação política que mantenha intacta a ordem e a estrutura econômico-social da Nação, e também oportunize o surgimento de uma sociedade moderna, assegurando o trabalho e a liberdade dos homens na cidade (espaço criado para a implantação de um poder político dito democrático e público)¹⁰⁸.

A partir da obra de Sieyès a discussão acerca da legitimidade do Poder Legislativo é ampliada, possibilitando a construção dos conceitos de legitimidade e legalidade, importantes marcos teóricos do constitucionalismo contemporâneo.

¹⁰⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos, CEBRAP** (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002, p. 188.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁸ GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

1.2 O ESTADO SOCIAL

A insuficiência do modelo liberal dos direitos fundamentais, em face de uma economia ancorada num incipiente processo de industrialização na Europa – o qual demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho – impôs, todavia, a adoção de um novo modelo de Estado que passa a assumir, já no início do século XX, a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo. As primeiras consequências da revolução industrial sob o signo da livre concorrência haviam dado lugar a condições de trabalho duríssimas e muitas vezes inumanas, as quais evidenciavam a insuficiência de um modelo político que contemplasse os direitos individuais¹⁰⁹.

O Estado Social nasce, portanto, como uma reformulação do próprio capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal, ocasião em que os direitos sociais e de participação política assumem a condição de direitos fundamentais, agora positivados pelo Estado: os da liberdade, considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana se revelaram, contudo, incapazes de conter os conflitos crescentes no meio social, motivo pelo qual o Estado positiva direitos de índole “artificial”, os direitos sociais. Com o passar do tempo, estes direitos passam a fazer parte das Constituições contemporâneas, tais como a Carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. Através de um modelo de Constituição socioeconômica, surgido no México e na Alemanha no início do século XX, os

direitos sociais passaram a ser diretamente protegidos pelo Estado. Ele sai da posição de espectador para a de efetivo protagonista do processo social de intervenção na economia privada, assumindo em seu bojo o processo de transformação da sociedade capitalista, a ponto de torná-la mais diretiva e menos orgânica¹¹⁰. Muito embora a Constituição do México, de 1917, tenha sido a primeira a ambicionar um equilíbrio entre os direitos da liberdade e os sociais, podendo ser considerado o primeiro modelo de Estado Social de que se tem notícia histórica é a Constituição alemã de Weimar que servirá de texto inspirador das Cartas que reconhecem a importância da intervenção do Estado, especialmente através da proteção da família, da educação e do trabalho¹¹¹.

A emergência de um Estado-providência se dá como resultado de um “processo de extensão e aprofundamento do Estado-protetor clássico”¹¹², sendo que seu ocaso coincide com a adoção dos postulados do neoliberalismo econômico, na forma de “desregulamentação dos mercados, dos fluxos financeiros e da

¹⁰⁹ SERRA, Antônio Truyol y. **Los Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 2000. p. 31.

¹¹⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil**. São Paulo: LTr, 1998. p. 49.

¹¹¹ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 40. No sentido de que a Constituição alemã de 1919 influenciou as Cartas da França de 1946 e 1958, Itália de 1948, bem como Alemã de 1914, ver TRUYOL Y SERRA, Antonio, Op. Cit. p. 33.

¹¹² ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UnB, 1997. p. 20. De acordo com o autor, “O Estado-providência deve ser compreendido, em primeiro lugar, como uma radicalização, isto é, uma extensão e aprofundamento do Estado-protetor clássico. Esta radicalização se efetua a partir do fim do século XVIII, sob o efeito do movimento democrático e igualitário. A proteção da propriedade privada e da vida pelo Estado estende-se a novos direitos. O artigo 21 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmará, por exemplo: ‘Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve subsistência aos cidadãos infelizes, seja proporcionando-lhes trabalho, seja assegurando meios de existência àqueles que não têm condições de trabalhar’. Os direitos econômicos e sociais aparecem como um prolongamento natural dos direitos cívicos. Se o ‘verdadeiro cidadão’ tem de ser proprietário, é preciso tornar ‘quase-proprietários’ todos os cidadãos que não o sejam, isto é, instituir mecanismos sociais que lhes dêem o equivalente de tranquilidade e de segurança que a sociedade garante.”

organização do trabalho, com a conseguinte erosão das funções do Estado”¹¹³. As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico¹¹⁴.

Comparato recorda que

a orientação finalística da ação governamental, em que pese às proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, existe até mesmo nos Estados mais fundamente marcados pelo neoliberalismo triunfante. Basta lembrar que é hoje unânime o reconhecimento, entre os economistas liberais, de que toda a política econômica estatal deve orientar-se para a realização das quatro metas constitutivas do chamado ‘quadrilátero mágico’: a estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego¹¹⁵.

Os direitos sociais surgem como decorrência dos movimentos revolucionários de 1848, a partir de conseqüências práticas do socialismo utópico, sendo que a Constituição francesa de 1848 já previa alguns direitos de natureza social, tais como

¹¹³ FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 44, ano XXIII, p. 9-30, jun. 2002. SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de Direito Social**, n. 2, São Leopoldo: Notadez, 2001. p. 29. O autor analisa a importância dos mecanismos de proteção social e o desenvolvimento da matéria levado a efeito pelo Tribunal Constitucional alemão, através da concretização dos princípios da proteção ao patrimônio, à confiança do cidadão, à proteção da dignidade da pessoa humana e à aplicação do princípio da proporcionalidade, ressaltando, contudo, que a proteção outorgada pela Constituição brasileira de 1988 foi mais abrangente que a proteção outorgada pela Constituição alemã, a qual não faz referência expressa aos direitos fundamentais sociais.

¹¹⁴ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. *Op. cit.*, p. 63.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 43.

“o direito ao ensino primário gratuito, à educação profissional e à igualdade das relações entre patrão e empregado”¹¹⁶.

Já nos Estados Unidos somente a partir do processo de reconstrução do capitalismo, dentro do período histórico que coincide com a adoção do chamado “New Deal” se pode falar em uma verdadeira intervenção estatal planejada na economia – acompanhada de forte inversão de recursos do Estado em serviços sociais – de molde a romper com um processo de estagnação econômica de conseqüências sociais desastrosas. O capitalismo precisava provar, a partir de uma de suas convulsões, que tinha condições de subsistir nos moldes preconizados por Keynes, sendo que a experiência bem-sucedida foi novamente aplicada na Europa devastada pela segunda guerra mundial. Assim, o Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas¹¹⁷. Bolzan de Moraes lembra que “a atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial”¹¹⁸, ou seja, que a par da prestação de serviços sociais a intervenção do Estado criou as condições básicas de desenvolvimento econômico. O Estado constitucional reclama para si a atribuição de

¹¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 31.

¹¹⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano**: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998. p. 45. Sobre o tema, o autor recorda (p. 47) que são três os elementos estruturais do *Welfare State*: 1) a concepção de instituições previdenciais; 2) a noção de Estado-nação com a função de promover a solidariedade nacional; 3) o seguro social integrado a um esquema de administração de risco orientado para um futuro aberto. Para o autor, à diferença do Estado social, o *Welfare State* é o resultado de uma sociedade capitalista que se organiza em torno do contrato de trabalho.

agir de forma positiva, alterando as condições materiais originárias de seus cidadãos, de molde a garantir igualdade real de oportunidades, através da atuação dos órgãos da Administração Pública. Surge, neste novo contexto, a Constituição de Weimar de 1919 a qual, segundo Perez Luño “(...) tem sido, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que pretenderam conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais”¹¹⁹. Com o advento e afirmação do Estado Social de Direito, já em meados do século XX, cujo compromisso social começou a superar as simples promessas de bem-estar geral - passando a dar-lhes alguma concretização - as normas programáticas começam também a afirmar, cada vez mais, o seu caráter vinculativo¹²⁰.

A emergência do Estado Social, já no início do século XX irá demarcar a transição de um modelo de Estado Moderno para uma concepção contemporânea de Estado, segundo a qual este assumirá um papel funcional no sentido de concretizar direitos que surgem da luta proletária. Este compromisso social, como ressalta Paulo de Tarso Brandão, é que irá permitir a integração da sociedade política com a sociedade civil¹²¹. Esta natureza finalística do Estado Social, como bem ressalta

¹¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 35.

¹¹⁹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 40. O autor recorda, inclusive, que “A Constituição do México de 1917 pode ser considerada como a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, superando, assim, os pólos opostos do individualismo e do coletivismo. Todavia, sem dúvida, o texto constitucional mais importante, e o que melhor reflete este novo estatuto dos direitos fundamentais no trânsito do Estado liberal ao Estado social de Direito, é a Constituição alemã de Weimar de 1919”.

¹²⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 88.

¹²¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Op. Cit. p. 41.

Bolzan de Moraes¹²², é que vai permitir uma maior intervenção do Estado na economia, algo inconcebível nos moldes do liberalismo clássico, com o que o Estado passa a atuar de forma marcante em setores estratégicos da economia ambicionando uma melhoria das condições de vida das classes menos abastadas¹²³.

Neste sentido, o Estado Social surge como uma resposta às deficiências crônicas geradas pelo modelo de Estado mínimo, com especial ênfase nas precárias condições da classe trabalhadora e no investimento massivo na economia, por parte do Estado, que irá acompanhar o final da segunda guerra mundial e o transcurso da “guerra fria”. Neste quadrante, as Constituições brasileiras de 1937 e 1946 irão consignar inúmeras disposições segundo as quais o Estado assume um caráter finalístico, teleologicamente vocacionado ao atendimento de demandas sociais, com sensível redução da soberania que até então se emprestava ao conceito de propriedade privada. Já no final do século XX surge o Estado Democrático de Direito, o qual assume a incumbência de equilibrar a função concretizadora dos direitos sociais com o desenvolvimento econômico nacional, implementando condições de efetiva participação da sociedade no processo de tomada de decisões políticas.

1.30 ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito pode ser reputado como um modelo que representa uma sensível evolução em face dos modelos de Estado Liberal e Social,

¹²² MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 34.

¹²³ Não se pode olvidar, neste sentido, a importância histórica do movimento socialista, com especial ênfase na Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 4 de janeiro de 1918.

já que congrega em torno de seu núcleo princípios de proteção da liberdade humana – tradicionalmente vinculados ao liberalismo – com princípio de justiça social, os quais correspondem às ambições preconizadas pelo Estado Social. Nasce, portanto, a partir da insuficiência crônica do modelo liberal, ante a exclusão social que cresce nas sociedades pós-industriais, bem como pela rejeição de um modelo de Estado Social que venha limitar, em demasia, a expansão do capital. Agrega, em seu eixo, duas idéias de capital importância, quais sejam, a proteção de uma concepção substancial de democracia – segundo a qual os direitos fundamentais devem ser concretizados pelo Estado – com a liberdade de mercado em setores estratégicos da economia, a partir das diretrizes fixadas na Constituição Federal.

1.3.1 O papel da Constituição na vida política do Brasil

A sociedade brasileira contemporânea se estrutura a partir de um aparato estatal, cujos limites de atuação são previamente demarcados pela Constituição, a qual assina aos Poderes constituídos a tarefa de criar as condições de possibilidade de convivência de valores que correspondem a uma sociedade plural. Neste sentido, a Constituição de 1988 compreende as relações entre política, moral e direito como o universo que irá fundir a sociedade democrática brasileira no respeito à pluralidade de valores e aos procedimentos que asseguram o exercício compartilhado do poder político. Superado o modelo de concentração administrativa e centralidade orgânica do poder político, a Constituição passa a ser concebida como uma estrutura dotada de ductilidade, ou seja, da capacidade de congregar em seu interior valores e

princípios plurais que não assumem uma conotação absoluta, mas que terão seu papel definido a partir de uma interpretação judicial aberta¹²⁴.

A Constituição assume um papel de grande significado na vida política brasileira quando se considera que (1) nela se encontram encartados os limites da atividade do legislador e, portanto, os pressupostos de validade das normas editadas numa dada comunidade jurídica; (2) nela se encontram positivados os direitos fundamentais, sociais e individuais, oponíveis em face do Estado e do particular, bem como as formas de intervenção na economia; (3) nela se encontram descritos os objetivos do Estado, bem como os valores fundamentais em torno dos quais gravita a nação; (4) nela se encontram pormenorizadas as áreas de atribuição da cada pessoa política, bem como se detalham as competências administrativas do Estado; e (5) nela se encontram descritos os mecanismos de aquisição, exercício e perda do poder político. Considerando-se esta sua peculiar natureza, é possível afirmar que se trata de um documento no qual estão fixadas as decisões fundamentais da nação acerca da forma do exercício do poder político, sua aquisição e limites, bem como sua ideologia¹²⁵.

1.3.2 Limitação da atividade do Poder Legislativo

¹²⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 14.

¹²⁵ Comoglio sustenta que, “sem dúvida, a Constituição representa a institucionalização de uma ideologia (ou de um compromisso entre ideologias) historicamente justificável”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale della azione ed il processo civile**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970. p. 31.

Ao definir limites à atividade legislativa, a Constituição assegura que seus valores serão concretizados nas diversas normas editadas, além de garantir as prerrogativas políticas outorgadas às diversas funções do Estado, que têm por escopo a concretização dos objetivos preconizados pela Constituição. Os atos que se revelarem incompatíveis com os objetivos previstos no art. 3º da Constituição de 1988 constituir-se-ão um desvio condenável do poder político, de modo que a própria Constituição se encarregará de sancionar estas condutas. No tocante ao legislador, a principal sanção é a declaração da nulidade da lei editada que ambicione atingir finalidades diversas das previstas na Constituição. Os instrumentos de que dispõe o legislador para concretizar estes objetivos não ocupam zona de absoluta discricionariedade legislativa. Muito ao contrário, o ato legislativo por excelência – a lei – é plenamente sindicável através de um exame de compatibilização com a Constituição Federal. Deve existir, portanto, uma correspondência entre o objetivo que o constituinte pretendeu e aquele almejado pelo legislador. Neste contexto, a atividade legislativa pode assumir como finalidade direta um objetivo constitucional, como, por exemplo, erradicar a pobreza através de um programa estatal de intervenção e assistência social. É um objetivo que também pode ser alcançado de forma indireta; normalmente o legislador edita uma lei visando atingir um objetivo constitucional de forma mediata, como, por exemplo, quando, com o intuito de erradicar a pobreza, concede benefícios fiscais às empresas que instalem suas sedes em regiões menos assistidas do país. Em ambos os casos, o objetivo declarado do legislador coincide com o objetivo preconizado pelo constituinte. Todavia, a escolha do melhor instrumento legislativo é espaço reservado a uma

decisão política, passível de revisão, unicamente, por um órgão de controle, quando os meios se revelarem manifestamente incompatíveis com os fins, podendo-se falar nestes casos em juízo de proporcionalidade.

A limitação da atividade do legislador visa garantir, portanto, que os objetivos previstos na Constituição irão se sobrepor aos objetivos específicos dos grupos políticos que litigam pela ocupação de espaço no cenário do país. Os que foram preconizados pelo constituinte brasileiro, por exemplo, dificilmente deixarão de compor o programa de qualquer partido brasileiro, motivo pelo qual o conflito não está no modelo de Estado ideal, mas sim, nos instrumentos escolhidos para o alcançar os objetivos da Constituição.

1.3.3 Positivação dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição também assume uma importante função política no Estado contemporâneo quando inscreve os direitos e garantias fundamentais como cláusula de barreira da atividade legislativa, visando sua efetiva proteção. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, os países da Europa continental que possuíam uma Constituição estritamente normativa, passaram a erigi-la como um importante sistema de valores da Nação, intocáveis pela atividade do legislador ordinário. As cortes constitucionais passam a figurar como indispensável instrumento de proteção dos valores transcendentais da Nação, motivo pelo qual suas atribuições são

ampliadas¹²⁶, de forma considerável, na tutela dos direitos fundamentais. À Constituição é conferida uma função normativa do Estado e da sociedade. A inserção dos direitos fundamentais sociais e individuais no bojo da Constituição, convém esclarecer, assegura a oponibilidade – e, portanto, a justiciabilidade – destes direitos subjetivos públicos face ao Estado e ao particular. A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em enumerar estes direitos e garantias fundamentais, de modo a conferir a maior amplitude possível às expectativas dos cidadãos brasileiros. Todavia, estes direitos subjetivos públicos – diante de seu alcance constitucional – só são concretizáveis de modo tópico e pragmático, pois geralmente surgem conflitos entre os diversos direitos, não se podendo falar em sua relativização, senão no caso concreto. A inscrição destes direitos fundamentais remonta a uma inspiração liberal que consiste na efetiva proteção do cidadão em suas relações com o poder do Estado, colocando-o a salvo dos desvios do sistema político¹²⁷.

1.3.3.1 Os direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas

¹²⁶ Bachof recorda que a ampliação da competência das Cortes Constitucionais se deve à desconfiança alimentada contra a atividade legislativa, na medida em que “*o facto de haver sido justamente um acto do legislativo – a chamada lei de autorização – que desarticulou (aus den Angeln gehoben hat) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador*”. (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977. p. 12)

¹²⁷ Loewenstein recorda que “*todos os sistemas políticos estão montados necessariamente sobre determinadas instituições e ideologias (...) as ideologias são as cristalizações dos valores mais elevados em que crê uma parte predominante da sociedade*” (trad. livre) (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Habitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 30)

O constitucionalismo moderno está geneticamente ligado à tutela dos direitos humanos, os quais, uma vez positivados, passam a denominar-se direitos fundamentais¹²⁸. Para Habermas, por exemplo, “a idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos”¹²⁹. Os direitos fundamentais se confundem, neste sentido, com a própria história do constitucionalismo moderno, na medida em que o Estado (e a Constituição) passa a ser concebido em sua função instrumental de proteção dos direitos fundamentais em face do poder político. O Estado liberal surge, historicamente, com a finalidade concreta de proteger os direitos fundamentais baseados na liberdade humana e que podem ser exercidos de forma independente dos demais cidadãos em face do Estado, constituindo-se em justificação racional do Estado moderno¹³⁰.

A positivação de uma gama de valores egressos da filosofia jusnaturalista¹³¹ marca o nascimento do Estado moderno, assentado no movimento constitucionalista.

¹²⁸ Bachoff sustenta a declaratividade dos direitos fundamentais no bojo da lei fundamental alemã, na medida em que “tal incorporação (pelo constituinte) não cria direito, mas, antes, o reconhece”. (BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977. p. 45)

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 128.

¹³⁰ CORTINA, Adela. Derechos Humanos y Discurso Político. In: ARNAIZ, Graciano González (Org.). **Derechos Humanos**: la condición humana en la sociedad tecnológica. Madrid: Tecnos, 1999. p. 36-55, p. 44.

¹³¹ Cappeletti recorda que, “no entanto, também não há dúvida de que o passo definitivo na direção daquilo que chamei ‘positivação’ do direito natural – que, a meu ver, representa um dos fatores fundamentais que caracterizam o pensamento e a realidade jurídica da época atual – será dado a partir das modernas Constituições ‘rígidas’, do moderno ‘constitucionalismo’ que se inicia, como já reconheci, com a Constituição dos Estados Unidos. O passo definitivo será dado, em suma, por aquelas Constituições que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional positivo os princípios ‘naturais’ e os ‘direitos inatos’, e, por outro lado, oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia, por conseguinte, de não-aplicação das leis que contrastarem com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de ‘vontade permanente do povo’, enquanto, ao invés, nas leis ordinárias há apenas uma ‘vontade transitória e temporária’”. (CAPPELETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade**

Os direitos fundamentais, até então segregados no âmbito das relações entre o Monarca e as entidades políticas representativas do poder feudal na Idade Média, transitam da esfera privada para um espaço público conformado por uma nova dinâmica política, segundo a qual o poder é instaurado pela soberania popular. O iluminismo transcende, assim, as fronteiras da filosofia e passa a formular as bases do Estado racional, através da obra filosófica de contratualistas como Hobbes, Rousseau, Locke e Montesquieu. Os direitos fundamentais passam a ser universalmente declarados como um *status* jurídico inerente à condição dos cidadãos, através dos quais a burguesia consolidará as bases do liberalismo econômico e da força vinculante dos contratos e da lei, a partir de uma concepção funcional da liberdade humana. Os direitos fundamentais são, portanto, os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional – os direitos civis e políticos – que, em grande parte, correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente¹³². A positivação dos direitos fundamentais se traduzirá, por conseguinte, em um verdadeiro núcleo de legitimidade dessas Constituições contemporâneas, representando uma ponte entre o direito e a moral¹³³.

das leis no direito comparado. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 56)

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 563.

¹³³ Garzón Valdés sustenta que “O critério de universalidade está estreitamente vinculado com a exigência de racionalidade. Os argumentos que se aduzem para justificar uma norma moral têm que ser racionalmente acessíveis, têm que oferecer ‘razões-ponte’, que permitam ser utilizadas e compreendidas por todos aqueles que desejem argumentar moralmente”. (Cf. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y Moral. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia.** Madrid: Trotta, 1996.p. 387-421, p. 419, trad. livre)

A grande maioria dos países ocidentais contemporâneos positivou, em suas respectivas Constituições, um rol de direitos e garantias fundamentais, de caráter permanente, os quais sintetizam importante parcela da filosofia que preside suas democracias. Assegura-se aos cidadãos um núcleo intangível de direitos que cresce na exata medida do aumento da complexidade das sociedades pós-industriais, para hoje abarcar direitos de participação efetiva na vida política do país, direitos de proteção a bens coletivos, direitos culturais etc. Os direitos fundamentais encarnam exigências morais importantes, mas exigências que pretendem ser reconhecidas como direitos oponíveis aos poderes públicos, pois, muito embora sejam obra do poder político, pretendem, exatamente, limitar este poder¹³⁴. O próprio conceito tradicional de soberania do Estado contemporâneo passa a ser interpretado a partir de um caráter universalizante dos direitos fundamentais, do que decorre a criação de instâncias supra-nacionais diretamente encarregadas de assegurar sua efetiva proteção¹³⁵.

De acordo com Carlos Velloso, os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988 são de três ordens:

direitos e garantias expressos, isto é, escritos na Carta, direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, assim direitos e garantias implícitos, e direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹³⁶.

¹³⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos Fundamentales. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 501-510, p. 502.

¹³⁵ FERRER LORET, Jaume. **Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1998, p. 440.

¹³⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 347.

Os direitos humanos, neste contexto, assumem um caráter universalista, especialmente a partir da Revolução Francesa, baseados, fundamentalmente, num jusnaturalismo de cunho racional. As limitações à liberdade, vida e patrimônio do indivíduo passam a se constituir no núcleo de uma filosofia funcionalmente vinculada à expansão comercial, sendo certo que os direitos fundamentais se constituem em direitos humanos já positivados no texto da Constituição¹³⁷. Em outras palavras, os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos no bojo do ordenamento de uma determinada nação, sendo que somente uma Carta que contenha a proteção de direitos humanos, através de sua positivação, pode ser reputada verdadeira Constituição¹³⁸.

É importante insistir no fato de, no modelo brasileiro, o direito a uma existência digna ser constantemente reforçado pela necessidade de prestações positivas, através de serviços custeados pelo próprio Estado, já que é grande a gama de pessoas que vivem em condições de hipossuficiência econômica. Sob este enfoque, avulta de interesse o modelo econômico adotado por uma determinada Nação, na medida em que esta opção implicará alteração substancial do modelo de prestação

¹³⁷ Cf. PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. **Derechos Humanos y comunismo**. Madrid: Arco/Libros SL, 1999. p. 21.

¹³⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, RT, v. 7, n. 29. p. 55-65, out./dez. 1999. "A inter-relação dos direitos fundamentais indica que eles interagem, influenciando-se reciprocamente e devendo ser sopesados por ocasião de concorrência ou colisão entre si. Há mútua dependência entre os direitos fundamentais porque o conteúdo de certos deles vincula-se aos de outros, complementando-se os diversos direitos fundamentais, e uns mostrando-se como desdobramento de outros." (p. 58)

de serviço social aos cidadãos do país¹³⁹. Muito embora a globalização econômica implique a adoção de modelos sociais recessivos com declarado menoscabo da situação dos países em desenvolvimento (periferia), convém ressaltar que a dignidade humana é uma conquista da humanidade, não podendo ser reduzida em suas projeções sociais. A tutela dos direitos fundamentais não se dá, todavia, somente através da utilização do aparato formal e burocratizado no interior do Estado, pois seu conteúdo também depende de práticas dinâmicas desenvolvidas no seio da própria sociedade.

A doutrina, ao abordar a importância dos direitos fundamentais, menciona que

eles operam, portanto, como princípios reguladores de práticas sociais, definindo as regras das reciprocidades esperadas na vida em sociedade através de atribuição mutuamente acordada (e negociada) das obrigações e responsabilidades, garantias e prerrogativas de cada um¹⁴⁰.

A adesão das sociedades contemporâneas a uma pauta fundada nos direitos fundamentais resulta de uma ampliação do discurso solidarista, o qual se contrapõe às práticas funcionalistas do mercado, ancoradas exclusivamente na proteção do consumidor.

1.3.3.2 Características dos direitos fundamentais

¹³⁹ Marón recorda que “cabe concluir que o homem, enquanto ser social temporal, necessita para sua realização perfectível do desenvolvimento de seu entorno societário. Se o desenvolvimento de um povo não somente se impossibilita mas que também se inverte, isto é, se relega este povo a níveis de subsistência próprios de etapas pretéritas, no que se refere à economia, se está infringindo seguramente um dano irreparável ao conjunto dos homens que integram este povo e se está negando, seguramente também, o direito fundamental dos povos de determinar livremente seu destino a partir do momento em que se limita o direito dos mesmos de dispor de seu tempo histórico”. (PELÁEZ MARÓN, José Manuel. Globalización, Justicia Social Internacional y Desarrollo. In: **La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 113-128, p. 126, trad. livre)

Os direitos fundamentais, de uma maneira geral, apresentam características que os distinguem dos demais, dentre os quais a universalidade na sua proteção, sua aplicabilidade imediata, bem como a reciprocidade existente entre eles e, finalmente, sua ambição à perenidade. Muito embora se mencione a “universalidade dos direitos fundamentais”, parece mais correto falar em universalidade da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que sua extensão varia de modelo a modelo, de Nação a Nação¹⁴¹. Ela também significa a possibilidade jurídica de sua oponibilidade aos particulares. Os direitos fundamentais foram originalmente inscritos nas Constituições como forma de declarar a existência de limites da intervenção do Estado na sociedade civil, mas atualmente prevalece um entendimento mais amplo de seu significado, que abrange a vinculação de todos os particulares à sua força normativa. Neste sentido, Samantha Dobrowolski sustenta que

embora deva prevalecer a liberdade nas relações particulares entre iguais, deve-se admitir uma eficácia direta e irradiante dos direitos fundamentais no âmbito privado, na medida em que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, os quais devem ser considerados na interpretação daquelas, inclusive na determinação material dos conceitos indeterminados e das cláusulas abertas¹⁴².

¹⁴⁰ CENCI, Daniel; BREUNIG, Eitor; GESTA LEAL, Rogério. As relações entre os Poderes locais como base de sustentação política. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v., tomo 2, p. 597-624, p. 618.

¹⁴¹ Sobre o caráter universal dos direitos humanos: SOUSA SANTOS, Boaventura de. As Tensões da Modernidade. **Revista Cidadania e Justiça**, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 74-90, 1º sem. 2001. “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Atualmente, são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação dos direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático”. (p. 80)

A ambicionada universalidade dos direitos fundamentais, todavia, está diretamente ligada ao modelo econômico adotado por determinada Nação¹⁴³, motivo pelo qual se fala de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que orientariam os respectivos sistemas nacionais como uma garantia de todos. Lloret, por exemplo, defende uma postura intervencionista no Estado descumpridor do dever de tutela dos direitos humanos, estabelecendo, inclusive, requisitos prévios à intervenção, tais como a existência de uma violação grave, uma situação de urgência, o esgotamento de outros meios de proteção sem sucesso, a proporcionalidade entre o uso da força e os objetivos perseguidos, o caráter limitado no tempo da operação, bem como a informação imediata ao Conselho de Segurança ou organismo regional competente¹⁴⁴.

A peculiar natureza dos direitos fundamentais impõe ao intérprete constitucional a adoção de critérios que assegurem a unidade estrutural e lógica da Constituição na perspectiva da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁴⁵ e da cidadania. Sobre o tema, Jorge Miranda destaca que¹⁴⁶

¹⁴² DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Sequência** (Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis, ano XXI, n. 41, p. 33-66, dez. 2000, p. 57.

¹⁴³ PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁴ FERRER LORET, Jaume. **Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1998.

¹⁴⁵ Altemir ensina que “O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos mais além de qualquer diferença étnica, cultural, regime político ou desenvolvimento econômico, somente pode se basear na dignidade humana, comum a todos os homens, que como proclama a Declaração Universal em seu primeiro artigo, nascem livre e iguais em dignidade e direitos”.(BLANC ALTEMIR, Antônio. Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal. In: **La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 13-36, p. 14, trad. livre).

diversos dos conceitos indeterminados, mas pondo problemas algo parecidos, são os conceitos pré-constitucionais ou exógenos (...) ora todos os elementos e conceitos, uma vez situados em disposições da Constituição formal, têm de ser entendidos em conexão com os demais e analisados tendo em conta quer o seu originário sentido quer o que lhe advém da sua colocação sistemática.

Além das garantias acima mencionadas, as Constituições contemporâneas também estabelecem os meios através dos quais estes direitos serão assegurados¹⁴⁷. A indivisibilidade dos direitos fundamentais, porque a garantia dos direitos civis e políticos, é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e vice-versa. Os direitos fundamentais compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais¹⁴⁸.

1.3.3.3 Direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais têm um custo que deve ser suportado pelo Estado, por injunção direta da Constituição, razão pela qual o debate sobre sua efetividade passa

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, ano 9, n. 30, p. 23-34, 1998, p. 34.

¹⁴⁷ Rothenburg sustenta que a “consequência desta característica é a necessidade de previsão de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, do que decorre: (i) que a própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados; (ii) que também os meios assecuratórios devem ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata; (iii) que os meios assecuratórios nunca podem, a pretexto de regular o direito constitucional, restringi-lo; (iv) que na ausência de previsão de meios específicos, pode-se utilizar os meios ordinariamente previstos (por exemplo, o procedimento judicial comum); (v) que os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais (não correlação necessária)”. (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Op. cit.*, p. 61)

¹⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, v. 23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003, p. 35.

pela discussão jurídica em torno das fontes de financiamento¹⁴⁹. Para Sunstein e Holmes, por exemplo, a adoção de um modelo de “welfare” em favor dos necessitados não é uma barganha entre ricos e pobres, como uma forma de compensar os últimos pelo tratamento desigual concedido pelas sociedades capitalistas, mas um acordo intergeracional entre as classes médias que aceitam suportar os custos de programas sociais que venham a prestar assistência aos jovens e idosos. Bem por isto, concluem os autores, programas sociais que não atinjam a classe média podem ser considerados como candidatos preferenciais a cortes no orçamento¹⁵⁰.

O controle judicial das políticas públicas é, portanto, objeto de um debate de índole constitucional. Neste sentido, as Constituições contemporâneas definem claramente a finalidade do Estado a partir de uma concepção positiva, ou seja, de que eles são imperfeitos mas aperfeiçoáveis e que, portanto, o Estado, como força organizada de convivência civil, não deve ser destruído, mas conduzido à plena realização de sua própria essência¹⁵¹. Incumbe-lhe, portanto, a tarefa de assegurar o acesso dos cidadãos aos serviços sociais essenciais para a sua sobrevivência, condicionando suas políticas às diretrizes normativas contidas na Constituição em

¹⁴⁹ AGUILAR DE BEN, José Manuel. Derechos humanos e derechos económicos e sociales. In: **50 años de derechos humanos**. Madrid: Editorial Fundamentos, 2000. p. 89.

¹⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 211. Os autores entendem que os direitos sociais devem ser tratados através do modelo clássico de direitos, porque visam, em última análise, estimular a cooperação social entre as classes. O mesmo argumento não pode ser utilizado no Brasil, já que boa parte do orçamento do Estado depende da cobrança de contribuições sociais suportadas por toda a sociedade, através do repasse ao preço das mercadorias.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 128.

sede de direitos fundamentais¹⁵². Há uma parcela de doutrinadores que diverge, contudo, sobre a normatividade dos direitos sociais nas Constituições contemporâneas, ou seja, sobre sua capacidade de serem oponíveis, em juízo, pelos cidadãos em face do Estado, já que sua eficácia depende da adoção de medidas concretas, não só por parte do Executivo como do Legislativo¹⁵³. O debate em torno do tema pode ser imputado ao fato de que muitas das normas constitucionais que outorgam direitos sociais – direitos subjetivos públicos – decorrem de políticas sociais e econômicas previstas de modo amplo em normas programáticas. A coincidência histórica entre a previsão de normas constitucionais que outorgam esses direitos ao cidadão e as normas programáticas – as quais condicionam a atividade futura do Estado – conduziu a ausência de distinção doutrinária entre ambas¹⁵⁴. Vasconcellos dos Reis adverte que “a proximidade entre essas duas classes de normas constitucionais – as programáticas e as definidoras de direito

¹⁵² Ferrajoli ensina que “não é mais o Direito que pode ser concebido como instrumento da política, mas é, ao contrário, a política que deve ser assumida como instrumento através da atuação do Direito e precisamente dos princípios e dos direitos fundamentais inscritos naquele projeto jurídico e político que é a Constituição”. (FERRAJOLI, Luigi. *Giurisdizione e Democrazia*. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 75, v. 1, p. 419-435, ago. 1999, p. 421)

¹⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais**: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143. p. 129.

¹⁵⁴ Dobrowolski sustenta, ao tratar das normas que outorgam direitos sociais, que, “Além de estarem vinculados às circunstâncias socioeconômicas, do ponto de vista normativo-estrutural, os direitos sociais prestacionais costumam ser classificados como normas eminentemente programáticas, pois necessitam, via de regra, de uma integração legislativa. Isto se faz com que seja usualmente positivados de modo vago e aberto, deixando-se ao legislador um livre e indispensável espaço de conformação na sua atividade concretizadora, e alegando-se, ainda, que somente este, como agente político, para tanto, deverá decidir sobre a natureza da prestação reclamada e a medida de sua realização, em função da necessária aplicação dos recursos públicos a ela inerente”. (DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, ano XXI, n. 41, p. 33-66, dez. 2000, p. 49)

sociais – não se restringe, porém, à coincidência histórica, mas reside também, e sobretudo, em sua índole e desiderato”¹⁵⁵.

Neste contexto, por exemplo, Agustín Squella sustenta que os direitos econômicos e sociais consistem em meras orientações programáticas e não podem ser concebidos como verdadeiros direitos em sentido subjetivo¹⁵⁶. As normas programáticas constantes da Constituição de 1988, todavia, apenas definem os objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro. Elas possuem uma alta densidade normativa, na medida em que revogam as disposições em contrário, além de limitarem a atividade legislativa sob o ponto de vista formal. Vasconcellos dos Reis ensina que

reconhece-se às normas programáticas – como, aliás, a quaisquer indicações de escopo contidas na Constituição ou em lei – uma precisa força vinculante sobre a atividade administrativa do Estado: o ato administrativo emanado com finalidade diversa pode ser anulado, porque viciado por desvio de poder¹⁵⁷.

As normas programáticas são endereçadas a todos os representantes do Estado brasileiro e vinculam até mesmo os particulares, pois tratam-se de objetivos almejados pelo constituinte¹⁵⁸ e são, portanto, um instrumento de normatização política da sociedade. Em decorrência de sua adoção, passou-se a falar da natureza

¹⁵⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 45.

¹⁵⁶ SQUELLA, Agustín. Democracia y Derecho. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 511-520, p. 518.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 219.

¹⁵⁸ José Afonso da Silva ensina, ao tratar das normas declaratórias de princípios programáticos, que são “aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses (*sic*), limitou-lhes a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 139)

“dirigente” das Constituições contemporâneas¹⁵⁹. Estas normas programáticas consistem, em muitos dos casos, no resultado direto da natureza compromissória da Constituição Federal de 1988, existindo uma relação direta entre a natureza destas soluções políticas e a proliferação desse tipo de norma¹⁶⁰. Já as normas constitucionais que outorgam direitos subjetivos públicos de conteúdo social e econômico não podem ser consideradas verdadeiramente programáticas, mas normas dotadas de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88. As normas programáticas são vazadas em princípios instituidores de deveres genéricos do Estado, tais como os deveres de proteção, dando ensejo à situações juridicamente protegidas, não passíveis de tutela judicial individual. Ao contrário, no segundo caso (direitos subjetivos públicos e interesses objetivamente protegidos), não existe margem de discricção, por parte do Estado, no momento de sua implementação, uma vez que o próprio constituinte limitou, de forma drástica, a escolha dos meios através dos quais as políticas públicas serão implementadas, definindo o conteúdo e a forma como os programas serão executados, a fonte de seu financiamento, bem como o momento de sua implementação¹⁶¹.

1.3.4 Fixação de objetivos do Estado

¹⁵⁹ Canotilho recorda que “*A idéia de ‘programa’ associava-se ao carácter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização de metas programáticas nela estabelecidas*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 217)

¹⁶⁰ Ao tratar do carácter compromissório da Carta portuguesa de 1976, Canotilho recorda que “*O carácter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de conflitos profundos (deep conflict), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis*”. (*Idem, ibidem*, p. 218)

¹⁶¹ Como, por exemplo, o art. 208 da CF/88: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) II - progressiva universalização do ensino médio gratuito”.

O fato de a Constituição encartar os objetivos do Estado constitui-se numa garantia de que todos os cidadãos, incluindo a administração pública, concordam sobre os pontos básicos dos fins almejados. Sem este concerto prévio, a maioria das ações governamentais estaria dirigida a objetivos aleatórios, adstritos aos programas dos partidos que participam da vida política do país. Dentro deste modelo essencialmente finalístico, a atuação coordenada dos diversos órgãos do Estado se revela de capital importância. No intuito de evitar a indesejável superposição de funções, o constituinte brasileiro fez inscrever, no bojo da Constituição de 1988, os diversos órgãos estatais. Atentando para o grau de especialidade exigido em cada uma das principais funções, insere-os no contexto dos poderes da República. A repartição de funções também assegura a estabilidade política dentro do Estado constitucional, na medida em que a partição racional de competências tem por fito elidir conflitos negativos e positivos em face de uma tarefa imposta pela Constituição.

1.3.5 A importância dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito

Na concepção tradicional de Kelsen, os princípios constitucionais não parecem ter maior relevo¹⁶²:

¹⁶² Amaral Júnior recorda que “Em Kelsen, não interessa ao Direito se uma norma é verdadeira ou falsa, boa ou má, mas tão-somente se ela é válida ou inválida. O único juízo de valor admitido por Kelsen é a compatibilidade das condutas humanas às normas, e destas com as normas superiores”. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen. **Revista Jurídica Virtual**, n. 5, set. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 mar. 2004). Celso Bastos ensina que “Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, muito embora não tenham como objetivo regular situações específicas. Tendem à generalidade. Os princípios conseguem alcançar toda a ordem jurídica da Constituição, na medida em que perdem sua ‘densidade semântica’. O que o princípio perde em carga

enquanto cabe à Constituição o pesado encargo de regular o procedimento da criação das leis, seu conteúdo, porém, só é determinado em muito pequena medida, sendo tarefa da legislação, do mesmo modo, a produção e a determinação do conteúdo dos atos judiciais e administrativos¹⁶³.

Do ponto de vista tradicional do positivismo jurídico, os princípios desempenham apenas uma função supletória, integrativa ou corretiva das normas jurídicas¹⁶⁴. O genial sistema concebido por Kelsen não resolve – e nem tinha esta ambição – a questão da legitimidade da norma fundamental, na medida em que este assunto estava, segundo o autor, reservado à política e não ao Direito enquanto ciência normativa, pois os valores contidos numa Constituição deveriam estar traduzidos em regras jurídicas (de estrutura e de produção)¹⁶⁵. Todavia, os valores e princípios contidos em uma Constituição são especialmente importantes quando se considera que conferem legitimidade material às regras infraconstitucionais, orientam

normativa ganha em carga valorativa”. (BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 143). Suzana de Toledo Barros sustenta que “a diferenciação entre os princípios e as regras jurídicas, considerando que, muito embora ambos possam ser tomados na acepção ampla de normas jurídicas, constituem-se em elementos diferenciados pela densidade qualitativa das expressões. Enquanto os princípios apresentam um maior grau de abstração, em relação às regras jurídicas, inclusive com maior grau de determinabilidade em relação ao caso concreto, as regras jurídicas trazem consigo a decisão definitiva sobre uma conduta imperativa. Os princípios, portanto, quando da ocorrência de entrelhecho, devem observar uma ordem de precedência, não havendo, desta forma, anulação de um princípio por outro – mormente em se considerando os direitos fundamentais”. (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 35)

¹⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104. Versão condensada.

¹⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 117.

¹⁶⁵ Garcia aponta a ausência da discussão sobre a legitimação das Constituições normativas como um processo histórico que culminou com os movimentos totalitários. “A lei passa a encontrar a sua coerência interna, a sua justiça intrínseca, no simples fato de ser norma reguladora de comportamentos humanos, divorciando-se de conteúdos ou adaptando-se a todos os que cumpram o desígnio regulador. A Constituição, a lei das leis, não foge à lógica e perde o sentido mágico, simultaneamente inquietante, que adquirira nas revoluções liberais”. (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Constituição ex machina*. **Revista Jurídica Virtual**, n. 5, set. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2003)

e limitam o legislador, além de vincularem a atividade judicial e administrativa ao seu conteúdo¹⁶⁶.

A Constituição aparece como uma “forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo, com os aportes do juspositivismo”¹⁶⁷. A ampliação do âmbito do debate acerca do conteúdo e alcance dos valores e princípios constitucionais permite que os juízes passem a contribuir, através de suas decisões, com o regime democrático. Sobre o tema, Germana de Oliveira Moraes recorda que

Aceita-se, após a superação da dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo, na segunda metade do século findante, que o Direito inclui tanto princípios quanto regras (ou normas em sentido estrito). A fase atual do constitucionalismo, denominada pós-positivista, é marcada justamente pela normatividade e positivação dos princípios gerais de Direito¹⁶⁸.

A natureza axiológica e aberta da Constituição Federal de 1988 somente pode ser expressa através do envio do intérprete constitucional a uma numerosa

¹⁶⁶ Clève, neste sentido, assinala que “da atenta leitura da Constituição, é possível deduzir uma série extensa de valores que devem indicar o conteúdo mínimo da conformação legislativa (...) esses valores condensados na Constituição vinculam todos os órgãos legislativos, não apenas o Congresso Nacional como também o Presidente da República (o Executivo)”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 143)

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984. p. 129. Sobre o tema, Canotilho ensina que “Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.162)

¹⁶⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 26.

variedade de conceitos jurídicos indeterminados¹⁶⁹, tais como a moralidade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*), dos quais decorre a necessidade de adoção de uma interpretação finalística.

A textura aberta dos valores permite que os grupos políticos que litigam no interior do Estado utilizem-se de argumentos constitucionais para fundamentar as bases de um discurso democrático. Estes valores se expressam através dos princípios constitucionais, os quais se apresentam como proposições jurídicas concretas sobre o modo como os valores devem ser protegidos. Para Ronald Dworkin, princípio “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁷⁰. Os princípios são imposições dirigidas aos intérpretes da Constituição que não estão adstritos a uma atividade meramente subsuntiva, já que este importante espaço será preenchido pela vontade do aplicador.

¹⁶⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op. cit.*, p. 15. “A Constituição contém um complexo de normas fundamentais, idôneo, para traçar as linhas-mestras do ordenamento; a formulação das normas é necessariamente ‘sintética’ e caracterizada freqüentemente a partir da presença de proposições auto e hetero integráveis (...) Formalmente, o fenômeno se manifesta na enunciação de conceitos indeterminados, de conceitos-válvula, de cláusulas gerais, que reenviam a critérios meta-jurídicos a completa determinação dos preceitos.” (trad. livre)

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36. O autor recorda, inclusive (p. 39) que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Em outra passagem (p. 42), o autor ensina que “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção dos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

O preenchimento do conteúdo normativo destas imposições – que determinam o sentido e o alcance da interpretação constitucional – deve ser feito a partir da integração da norma dentro do ambiente social, pois o sistema constitucional não pode ser considerado normativamente fechado.

Os valores constitucionais, por sua vez, resultam da aspiração do constituinte de sintetizar os elementos que conferem coesão à comunidade jurídica, operando, portanto, no nível ontológico. São limites negativos impostos à comunidade jurídica, pois nenhuma interpretação pode conduzir à supressão de um valor fundamental da Constituição ou de metas a serem atingidas. A interpretação dos princípios é, portanto, teleologicamente orientada para a proteção dos valores constitucionais, o que de modo algum representa uma hierarquização *a priori* de valores¹⁷¹.

Neste contexto, os princípios constitucionais desempenham um importante papel para o Direito, na medida em que conferem uma unidade interna ao sistema jurídico, razão pela qual é possível falar em princípios axiologicamente orientados pela Constituição¹⁷². Especialmente quando se considera a natureza heterogênea da

¹⁷¹ Klaus Günther, ao dissertar sobre os fundamentos da ética discursiva, recorda “a importância do telos da ‘vida boa’ na concepção de ética de Aristóteles, especialmente no livro III da *Ética a Nicômacos*. A fundamentação filosófica do discurso jurídico, especialmente do discurso constitucional, não pode obscurecer os fins a serem buscados por uma determinada comunidade jurídica, os quais se encontram inscritos na Constituição, sem que isto implique conferir um caráter meramente funcional aos princípios constitucionais. A concretização prática dos princípios constitucionais se constituem em finalidades autônomas, desde que se considere que expressam a realização prática dos objetivos da nação”. (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 262)

¹⁷² FREITAS, Juarez. Os Atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 324-337, jun. 1995. Freitas ensina que (p. 331) “Por princípio, entende-se o critério ou a diretriz basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, em termos axiológicos, em relação às normas, sendo linhas-mestras de acordo com as quais se deverá conduzir o intérprete, no caso o agente público, quando tiver de aplicar as normas, entendidas estas como preceitos menos amplos e axiologicamente dependentes daqueles”. Sobre a importância dos princípios na Constituição, ver: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

Constituição brasileira de 1988 – a qual congrega normas que conformam um Estado neoliberal, com outras que impõem forte intervenção do Estado na economia – o intérprete constitucional deve buscar conferir-lhe a unidade lógica, a partir de um entendimento da totalidade do fenômeno jurídico. Para Inocêncio Mártires Coelho,

os princípios possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional como fatores de criação e de manutenção da unidade política, na medida em que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam a celebração de pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis e os conflitos dela resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais¹⁷³.

A aplicação dos princípios constitucionais, por sua vez, está condicionada à proteção da dignidade da pessoa humana, que conferirá, por sua vez, a unidade axiológica ao ordenamento jurídico. A forma através da qual os valores são expressos – princípios constitucionais – amplia o horizonte de compreensão da Constituição, impondo ao intérprete a adoção de argumentos de ordem axiológica, especialmente na mensuração dos limites da atividade do legislador ordinário¹⁷⁴. Com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se, além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras¹⁷⁵. Os princípios operam, portanto, também no nível deontológico, determinando de modo claro quais são os dados relevantes da

¹⁷³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 82.

¹⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.234. O autor recorda os riscos de uma interpretação da Constituição conforme as leis e não das leis conforme à Constituição, na medida em que este postulado poderia conduzir a uma “legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei”.

¹⁷⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 26.

aplicação, não sendo possível concebê-los como meros mandatos de otimização, já que sua inobservância resulta em inconstitucionalidade material.

Neste contexto, um dos princípios mais importantes, em sede de interpretação da Constituição, é o da unidade hierárquico-normativa, o qual significa “que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra ordenação dentro da lei constitucional)”¹⁷⁶. Sendo a Constituição uma unidade – do ponto de vista conceitual e sistemático – não podem existir antinomias na ótica jurídica, prevalecendo, sempre, um dos princípios constitucionais numa interpretação axiológico-sistemática. A unidade intrínseca da Constituição é conferida, no caso brasileiro, pelo concerto entre os valores dignidade da pessoa humana e cidadania, os quais expõem as relações dos homens entre si, no plano individual e coletivo, insistindo nos direitos de fraternidade, ou seja, direitos coletivos e difusos. Ausente esta unidade intrínseca da Constituição, a função do intérprete constitucional ficaria reduzida a uma tentativa inútil de organizar regras e princípios tão disformes que permitem soluções opostas para um mesmo problema concreto. Schleiermacher, em obra clássica sobre a hermenêutica, recorda da importância de se conferir unidade ao texto estudado, recordando que “cada parte do discurso, material ou formal, é indeterminada em si (...) o sentido não está nos elementos isolados, mas apenas em sua concatenação”¹⁷⁷. A unidade da Constituição somente pode ser atingida através da vinculação hermenêutica dos valores constitucionais com as regras e princípios, sendo impossível conceber uma

¹⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁷⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 2. ed. Tradução de Celso Reno Braidá. Petrópolis: Vozes, 2000. Apresentação, p. 17.

interpretação insulada da norma que venha a produzir um resultado desagregador dos valores constitucionais. A unidade da Constituição impõe, ao intérprete, uma atividade que já possui um fim demarcado: a de proteção de seus valores, devendo o resultado do processo interpretativo permitir uma aplicação que assegure a maior proteção possível dos direitos fundamentais.

1.3.6 Constituições sintéticas X Constituições analíticas: a quem incumbe o poder de reforma da Constituição?

As Constituições sintéticas são instrumentos políticos nos quais estão depositadas somente as decisões fundamentais da nação, especialmente a forma de exercício do poder político e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Toda a estrutura orgânica do Estado, bem como os mecanismos de produção de normas jurídicas, são destinados à atividade do legislador ordinário. As Constituições analíticas – como a Constituição brasileira de 1988 – além das decisões fundamentais da Nação, contêm toda a estrutura orgânica do Estado, minuciosamente demarcada, incluindo as formas de intervenção do Estado na sociedade.

Uma comunidade jurídica que possua uma Carta sintética devotará a um órgão específico de controle de constitucionalidade – judicial ou não – a função de ampliar o conteúdo da Constituição. A partir de uma análise tópica envolvendo os casos que lhe são submetidos, a Corte responsável pela manutenção da supremacia da Constituição ampliará os limites inicialmente traçados pelo constituinte originário, através da interpretação.

Já nas comunidades jurídicas que possuem um sistema jurídico amparado em uma Constituição analítica, este papel de verdadeira construção da Carta está limitado pelo exame de compatibilidade material e formal entre a lei e a Constituição. O espaço para o exercício da criatividade do juiz constitucional, nos sistemas que a adotam, é reduzido, quando comparado aos sistemas constitucionais amparados em Constituições sintéticas, como, por exemplo, a Constituição norte-americana.

Nos sistemas jurídicos de origem romano-germânico-canônica, a figura do legislador assume grande importância, de modo que o papel do juiz constitucional, de uma maneira geral, está vinculado à busca de uma correta interpretação da vontade do legislador constituinte. Neste contexto, a opção por uma conformação analítica da Constituição brasileira implica a manutenção das prerrogativas tradicionais do parlamento, com especial relevo no poder de emendar a Constituição. Já nos sistemas que adotam uma Constituição sintética, a opção do constituinte originário consiste em deferir ao constituinte derivado e, especialmente, ao juiz constitucional, o papel de efetiva atualização da Constituição. Além da conformação sintética, a profusão de conceitos jurídicos indeterminados que informam o sistema jurídico demanda a intervenção do juiz constitucional, o qual, através de um ato de vontade, conferirá à norma constitucional o sentido que melhor corresponda a sua concepção sobre o conteúdo da Constituição.

Já no caso das Constituições analíticas, o poder de reforma é intensamente exercido e sofre o influxo constante do embate entre os grupos parlamentares, de forma que o processo de atualização encontra barreiras, unicamente, na Corte Constitucional. Nestes modelos, a Corte é rotineiramente solicitada pelos grupos

políticos que buscam a ocupação de um maior espaço dentro do Estado, motivo pelo qual se discute cada vez mais a chamada *judicialização da política*.

Não se pode olvidar, contudo, que no caso específico da Constituição dos Estados Unidos, sua conformação aberta e sintética tem como finalidade assegurar a estabilidade política interna, na medida em que os Estados da federação norte-americana possuem grande dose de autonomia no âmbito legislativo, como decorrência direta de suas atribuições no âmbito administrativo. Já na estrutura constitucional brasileira, o espaço demarcado pelo constituinte ao legislador/administrador estadual é bastante reduzido, especialmente no tocante ao exercício do poder de tributar, havendo uma clara concentração de atribuições na esfera federal. A conformação analítica da Constituição brasileira de 1988, com a demarcação exata do âmbito da atividade de cada um dos entes da Federação, pode inibir a busca de um maior espaço político por parte dos Estados federados, do que resultaria uma maior coalizão interna entre populações que possuem realidades distintas. Uma Constituição de modelo analítico contudo, é alvo constante do processo de mutação constitucional, através do exercício do poder de reforma, de modo que os valores constitucionais sofrem o influxo das correntes dos grupos políticos que se alternam no poder. Não há como garantir, todavia, que num modelo de Constituição sintética a Corte constitucional assumiria suas funções com plena independência, já que pode adotar a mesma pauta que o Congresso adotaria em caso semelhante. Bem por isto, o dado realmente relevante na discussão consiste em atribuir a um órgão independente a função fiscalizadora da atividade legislativa,

dotando-a de instrumentos jurídicos que lhe permitam o exercício de auto-contenção sempre que necessário.

1.3.7 O controle de constitucionalidade

A Constituição brasileira é uma Carta do tipo “rígido”, na medida em que, além de criar dificuldades procedimentais para sua alteração, que demandam uma coesão interna no seio do Poder Legislativo, estabelece limitações materiais para os poderes de reforma e revisão. Muito embora a Constituição também possa ser alterada através de processos informais¹⁷⁸, o princípio prevalente é o da manutenção da força normativa de seu texto, através de sua atualização, o que pode ser feito através de um grande debate no processo judicial de controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos, motivo pelo qual a ampliação da legitimidade para a deflagração destes mecanismos consolida o processo democrático.

Qual é o verdadeiro papel da Constituição na vida do cidadão dentro deste contexto? Por que a Constituição congrega princípios e valores imunes à alteração legislativa que vinculam as gerações futuras? A Constituição desempenha um papel simbólico e normativo. Não existe verdadeira contradição de termos nesta simples asserção, na medida em que a função simbólica da Carta garante sua normatividade. O grau de envolvimento dos membros da comunidade jurídica – e, com especial ênfase, dos juristas – é que assegura o cumprimento espontâneo das decisões

¹⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

tomadas com sede na Constituição. É através do mito fundador do Estado e da sociedade que se legitimam as decisões políticas adotadas no seio de uma Assembléia Constituinte, garantindo a ordenação funcional da sociedade¹⁷⁹.

O papel simbólico¹⁸⁰ desempenhado pela Constituição está diretamente ligado às funções desempenhadas pela Corte constitucional. Sua credibilidade está intimamente associada à normatividade da Constituição, na medida em que suas decisões, não raro, impõem importantes limitações aos projetos de governos eleitos. A Constituição somente assume verdadeira importância quando os grupos afetados pelas medidas legislativas buscam, nos princípios constitucionais, os argumentos com os quais pretendem fazer prevalecer suas posições. A normatividade da Constituição depende, em última análise, da aceitação, por parte da comunidade jurídica, de um dogma constituído a partir da crença de que as decisões adotadas pelo constituinte representam pressupostos de subsistência da sociedade. É possível falar, portanto, em uma nova teocracia constitucional, derivada de uma tradição que se inscreve no espírito dos nacionais, que passam a conceber este pacto como o núcleo que assegura a coexistência entre os diversos grupos políticos e segmentos

¹⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. La filosofía lingüística y el discurso de la ciencia social. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), n. 1, ano 1, Florianópolis, 1. sem. 1980, p. 89-98. Ao abordar a função simbólica dos mitos, o autor ensina que “A versão moderna do pensamento mítico se desenvolveu principalmente na esfera do discurso político. O poder necessita do mito para assegurar as formas de sua reprodução. Claro que já não se manifesta lingüisticamente através de suas forma primitivas, ainda que siga descansando nas essências ao invés de no entendimento racional; são um produto da presença de critérios de fé”. (p. 96)

¹⁸⁰ Loewenstein fala da “erosão da consciência constitucional”, nos casos em que existe um distanciamento entre a Constituição e seus destinatários, de modo que a Constituição passa a exercer um papel meramente simbólico nestes casos. Segundo o autor, o constitucionalismo se revela insuficiente frente à retomada de regimes autocráticos de exercício do poder político, dentro dos quais os grupos efetivamente responsáveis pelas decisões no Estado contemporâneo não estão limitados pela Constituição. (LOEWENSTEIN. *Op. cit.*, p. 228)

sociais. A Constituição é o espaço preferencial da tolerância, aquilo que Warat chama de uma “cultura da alteridade”¹⁸¹, através da qual se permite a comunicação constante dos diversos grupos ideológicos a partir de um discurso fundado nos princípios e valores constitucionais. A Constituição viabiliza, desta forma, a construção de uma democracia comunicativa, que forneça à sociedade os valores nucleares em torno dos quais a cidadania será exercida, além de conformar a ação do Estado a um colóquio amplificado, considere os argumentos dos perdedores no processo de globalização.

A adoção de um modelo rígido de Constituição depende, portanto, da jurisdição constitucional, cujo conceito clássico conduz à idéia de estatização da função jurisdicional, exercida de forma indeclinável¹⁸² em substituição às partes, com sua principal sede no Poder Judiciário. Falar de jurisdição constitucional é falar de poder¹⁸³. Sabe-se que há intenso exercício da atividade legislativa, dentro da esfera do Poder Legislativo e Executivo¹⁸⁴, com especial ênfase no caso brasileiro, através das edições de medidas provisórias¹⁸⁵.

¹⁸¹ WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas**. Joaçaba: Editora da UNOESC, CPGD-UFSC, 1996. p. 35.

¹⁸² CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 20, p. 22-48, nov. 1980.

¹⁸³ COUTINHO, Jacinto Miranda. O Papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 47-60, 2003.

¹⁸⁴ Recorde-se, a este respeito, que o chefe do Poder Executivo federal realiza, também, controle de constitucionalidade, na medida em que detém a prerrogativa de vetar, no todo ou em parte, lei que repute inconstitucional (CF/88, art. 84, V). Também o legislativo (Congresso Nacional) exercerá controle de constitucionalidade sobre o poder normativo do Poder Executivo, muito embora este controle, do ponto de vista técnico, possa ser reputado como controle de legalidade, nos casos do poder regulamentar que extrapola o limite previsto em lei e controle de constitucionalidade somente no tocante à atividade legislativa do executivo que desborde dos limites previstos na delegação legislativa, uma vez que se trata de vício sobre a competência legislativa (CF/88, art. 49, V).

¹⁸⁵. Segundo informa Ariosto Teixeira, “Entre 1º de janeiro de 1990 e 31 de dezembro de 1996, de 358 ADIs propostas no STF contra leis/ato normativos, em 201 casos o Presidente da República foi o

O Estado Nacional, muito embora tenha representado uma importante evolução no cotejo com o modelo feudal de exercício do poder político, teve de evoluir, mais tarde, para um modelo no qual a burguesia ambicionava governar através da lei. Deste modo, pode-se afirmar que o homem moderno, paradigma do iluminismo, encontrou uma fórmula para “agrilhoar o poder”¹⁸⁶.

A jurisdição constitucional seria, portanto – na visão clássica do constitucionalista – a atividade estatal, vinculada especialmente ao exercício das atribuições do Poder Judiciário de um determinado país, com a missão de garantir a supremacia da Constituição federal dentro do ordenamento jurídico interno. A origem da jurisdição constitucional, na Europa, está vinculada ao fortalecimento do Conselho de Estado francês, inicialmente concebido para resolver os litígios entre os cidadãos e a administração pública, mas que passa, no decorrer de sua história, a “exercer o controle judiciário sobre os atos administrativos do Estado”¹⁸⁷.

Esta supremacia da Constituição somente pode ser erigida à condição de fundamento de um sistema jurídico, caso a atividade legislativa esteja jungida a parâmetros objetivos no tocante ao objeto e aos procedimentos formais¹⁸⁸. Sua

responsável pela produção legislativa. Fonte: Banco nacional de dados do Poder Judiciário (Informe Jurídico – base de dados, versão 10 CDI-STF- Ações diretas de inconstitucionalidade, 1997).” (TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001. p. 141)

¹⁸⁶ Cf. BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Cascais Franco. Lisboa: Publicações Europa América, 1970. p. 180.

¹⁸⁷ Cf. CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, ano XXI, v. 41, p. 83-112, dez. 2000, p. 87.

¹⁸⁸ Sílvio Dobrowolski assinala que “o Judiciário atual é um verdadeiro contrapoder dos outros Poderes, pela importância das tarefas de controle jurídico que exerce sobre os demais (...) tem por tarefas cruciais, neste aspecto, a defesa da integridade da Constituição e a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos, tudo isto regulado predominantemente por normas de direito público”. (DOBROWOLSKI, Sílvio. A Constituição e a escola judicial. In: _____. **Direito, Estado, política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD – UFSC, 1995. p. 151)

função consiste em definir um critério de superação das antinomias do ordenamento, fixando-se o critério hierárquico como o mais importante, sem o que a Constituição não teria qualquer virtude adicional se comparada à lei ordinária¹⁸⁹. Bem por isso, fala-se que uma nova Constituição, “revoga em bloco” a legislação que lhe é anterior, permanecendo as normas compatíveis. Havendo alteração do *status* da norma – por exemplo, uma matéria que pela nova Constituição deva ser regulada por lei complementar, mas que sob a égide da Constituição anterior podia ser tratada através de lei ordinária – a norma anterior é recepcionada pela Constituição atual, razão pela qual se fala de inovação constitucional.

A observância dos requisitos formais assegura o respeito à opinião – e participação – das minorias, bem como garante racionalidade na distribuição de atribuições constitucionais, consoante os respectivos níveis de organização de cada um dos segmentos do Governo.

O exame da compatibilidade material das leis editadas com os princípios da Constituição brasileira de 1988 apresenta-se como o núcleo de uma atividade política desenvolvida pelo supremo tribunal em sede de jurisdição constitucional. A aplicação dos princípios constitucionais, como critério de validade material da atividade legislativa, não permite definir com clareza os reais limites do controle judicial de políticas públicas. No caso brasileiro, o fenômeno assume superlativa importância,

¹⁸⁹ Norberto Bobbio adverte que “esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior. O conflito consiste no fato de que, se aplicar o critério cronológico, prevalece a segunda. O problema é: qual dos dois critérios tem preponderância sobre o outro? Aqui a resposta não é dúbia. O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior (...) se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado em vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989. p. 107)

quando se considera que o constituinte de 1988 fixou limites claros à liberdade dos poderes executivo e legislativo, normatizando prestações sociais que demandam a inversão de recursos públicos pelo Estado. Neste novo contexto, os juízes passam a receber diretamente as pressões sociais antes destinadas aos membros do Poder Legislativo, desobrigados de sua atividade tradicional¹⁹⁰.

Analisando a experiência em Portugal, Canotilho recorda que

como a Constituição deixava pouca liberdade de conformação ao poder político-legislativo ao consagrar os esquemas organizativos e funcionais da realização das políticas (direito à saúde realizado através de um serviço nacional de saúde universal e gratuito, direito ao ensino mediante uma política de democratização do ensino baseada na gratuidade progressiva dos vários graus de ensino, direito à segurança social com base num sistema nacional e unificado de segurança social), compreende-se que o Tribunal Constitucional tivesse de emprestar força normativa à Constituição em vez de se empenhar numa insegura discussão sobre políticas públicas. A consagração concreta de políticas de direito implicava um mandato constitucional de optimização dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade conformadora do legislador e a entrada do controlo das políticas no da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade¹⁹¹.

A própria jurisdição constitucional tem suas latitude e longitude previamente previstas na Constituição federal, de modo a assegurar um sistema equilibrado de controles institucionais que confira legitimidade às decisões judiciais sobre o conteúdo da Constituição no sistema democrático¹⁹².

¹⁹⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002, p. 201.

¹⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Tribunal constitucional, jurisprudências e políticas públicas. In: **XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal**, realizado no pequeno auditório do edifício da Caixa Geral de Depósitos em Lisboa. Disponível em <www.tribunalconstitucional.pt/discursogomescanotilho.htm>. Acesso em: 10 jul. 2004.

¹⁹² Favoreau salienta a importância da jurisdição constitucional como instrumento com vocação de evitar a opressão das maiorias parlamentares, bem como o crescente papel desempenhado por estas

1.3.7.1 Judicialização da Política. Quem deve ser o guardião da Constituição da República?

1.3.7.2 Normativismo de Kelsen

A teoria normativa de Kelsen é de capital importância para a compreensão da jurisdição constitucional, na medida em que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade (Constituição de 1920) deita suas fundações numa teoria normativa.

Esta teoria normativa, por sua vez, parte do pressuposto de que o objeto de estudo do cientista do Direito é a dogmática¹⁹³, na medida em que estuda um corpo de textos legislativos ancorados num poder normativo do Estado. As normas (dever-ser) por sua vez, estão dotadas de um mecanismo de coação estatal que incentiva o seu cumprimento espontâneo, sancionando sua inobservância.

A indagação que surge é: se as normas inferiores retiram sua validade das superiores, de onde estas retiram sua validade? Neste momento a discussão jurídica passa a ser política? Para Kelsen a norma fundamental¹⁹⁴ é que confere legitimidade a todas as demais normas do ordenamento, sendo que a ciência dogmática não pode estar ancorada em fenômenos naturais ou morais¹⁹⁵.

cortes nos casos em que o controle do executivo não é realizado pelo parlamento. (FAVOREAU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 26)

¹⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Versão condensada. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57 "(...) Enquanto se considera o direito como norma e a ciência jurídica (que tem função diferente da dos órgãos que criam o direito) como ciência dirigida ao conhecimento das normas, delimita-se o direito diante da natureza e a ciência jurídica como ciência das normas diante de todas as outras ciências que procuram explicar os fenômenos naturais, de acordo com a lei da causalidade."

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 49 "A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do Direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma."

¹⁹⁵ WALTER, Robert. **Prólogo à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Versão condensada. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 24 anota que "Ao escolher o direito positivo como objeto de consideração normativa, subentende-se que, em todos os enunciados, só

Neste esboço, a Constituição passa a desempenhar um papel de dupla e máxima importância, na medida em que: (a) serve de obstáculo ao arbítrio do detentor do Poder político, através da tutela dos direitos fundamentais¹⁹⁶; (b) delimita, pela técnica do escalonamento¹⁹⁷, os requisitos de validade de qualquer norma jurídica, fenômeno o qual origina a chamada “presunção de constitucionalidade das leis”; (c) confere unidade a um sistema de pluralidade de normas¹⁹⁸.

A obra de Kelsen é vasta e profunda, sendo que este estudo não se propõe a uma análise profunda do tema, algo que somente poderia ser feito num estudo exclusivo da questão. Também não existe uma preocupação com a necessária crítica da teoria pura do geral e sua aspiração à absoluta neutralidade do jurista¹⁹⁹. Muito embora o conteúdo da jurisdição constitucional, na forma do controle concentrado de constitucionalidade, sejam as leis que conflitem com as normas constitucionais, aí incluindo-se os princípios e valores da Constituição, o estudo da obra de Kelsen, no tocante à concepção dos Tribunais Constitucionais se dá por razões históricas e não metodológicas.

pode tratar-se deste sistema de normas. Unicamente este deve ser descrito. Somente deste modo é que aparece claramente. Em consequência toda a mistura com outros sistemas normativos (moral, direito natural) será excluída”.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 104, “um típico elemento do catálogo de direitos fundamentais e de liberdade, que constituem a parte integrante e típica das Constituições modernas, nada mais é, essencialmente, que uma determinação negativa.”

¹⁹⁷ “O escalonamento (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico – e com isto se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental – o pressuposto da norma fundamental – coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra – cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação..” Op. Cit. p. 103

¹⁹⁸ Op. Cit. p. 96

¹⁹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 5ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989 lança duras críticas ao positivismo e à teoria pura do Direito, a qual emerge num contexto de busca de um cientificismo asséptico sem contato com a moral, a política, a sociologia e a psicologia. O autor recorda que “é justamente a pureza metodológica que permite e sujeita a teoria pura do Direito a ataques de procedência tão díspar. Orienta-se ela pela perspectiva gnosiológica que Kelsen se impôs e de que nunca se afastou, expressa a partir de um fundamento apolítico – a norma fundamental –, passando pela ausência de valorização do conteúdo do direito e pela indiferença à fonte de que promanam as normas jurídicas, sendo irrelevantes que advenham de um governo que se tenha imposto por um golpe de estado, se estiver em condições de assegurar sua eficácia.”

Todavia, como responder às indagações de Schmitt ou mesmo estudar o direito constitucional dogmático sem o auxílio da teoria normativa de Kelsen? Esta, no espírito dos juristas do modelo romano-germânico-canônico, é pressuposto de qualquer estudo moderno da Constituição, na medida em que Kelsen forneceu o instrumental necessário para a compreensão do fenômeno jurídico.

Contudo, Kelsen não esgota a temática política da origem da norma fundamental. Muito ao contrário, pressentindo que esta questão pertence ao domínio da política e da sociologia, alerta que a norma fundamental é decorrência de uma opção política de uma dada Nação em um determinado momento histórico²⁰⁰, salientando que

“se se indagar, porém, sobre a validade da Constituição, sobre a qual repousam todas as leis e fundamentos de todas as leis e atos jurídicos, talvez se chegue à uma Constituição mais antiga e assim historicamente primeira, promulgada por um único usurpador ou por um colégio formado de algum modo. E aqui, o que o primeiro órgão histórico da Constituição estabeleceu como sua vontade, com validade de norma, é a instituição básica de todo o conhecimento que extingue o ordenamento jurídico que repousa nesta Constituição²⁰¹.”

Na estrutura normativa de Kelsen as normas são classificadas como normas de autorização, normas permissivas e normas coercitivas (de conduta, acompanhadas de uma sanção).

Enquanto as coercitivas visam conformar o comportamento humano (ser), através de um fenômeno presente no campo do dever-ser, sancionando seu descumprimento, as permissivas outorgam a determinada classe de pessoas a legitimidade para inovar no mundo jurídico. São desta última classe as normas que autorizam o legislador a editar uma lei (válida), por exemplo, dado de capital importância em sede da jurisdição constitucional. Finalmente, as normas permissivas (ou derogativas parciais, na medida em que derogam, parcialmente, uma proibição expressa em outra norma) têm como função legitimar o descumprimento de uma norma.

²⁰⁰ Note-se que na obra “Problemas principais da teoria jurídica-estatal” (*Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*), de 1911, fundamento da teoria pura, Kelsen se concentra na análise das leis, restando excluída a análise de seu processo de elaboração e execução, o que somente foi alterado com a adoção da teoria do escalonamento. WALTER, Robert. Op. Cit. p. 33

²⁰¹ Kelsen, Op. Cit. p. 98

Para a construção do sistema normativo Kelsen se utiliza da teoria da formação escalonada, criação de um de seus discípulos²⁰², sobre a qual fundamenta sua teoria pura, partindo da consideração de que os graus superiores (norma jurídica que regula a elaboração do Direito) determinam os graus inferiores no ordenamento jurídico (norma jurídica elaborada de acordo com a primeira). Em caso de confronto entre a norma superior e a sentença judicial, o autor se utiliza da chamada “cláusula alternativa tácita”, segundo a qual “a rigor, inexiste conflito de normas, posto que a norma superior, qualquer que seja o conteúdo da norma individual e desde que contra ela não tenha sido oportunamente adotado o procedimento invalidados (recurso), tacitamente autoriza sua incorporação ao ordenamento jurídico, convalidando-o automaticamente²⁰³”.

O autor identifica Estado e direito, mencionando que não é possível, a existência de uma entidade autônoma chamada Estado sem que se pressuponha que este fenômeno é concebido como o direito em sua totalidade. A Constituição seria o local por excelência para a produção de normas jurídicas que iriam delimitar de que forma as normas inferiores seriam criadas e qual seu âmbito de validade espaço-temporal. A questão relacionada à obtenção de leis justas, a partir da interpretação adequada da Constituição, é considerada em sua obra um problema da moral e da política, mas não do direito²⁰⁴.

À dogmática, enquanto ciência que tem por função delimitar seu objeto, definindo o que é jurídico, incumbe tão somente descrever o fenômeno jurídico, de molde a assegurar aos indivíduos uma correta percepção de um fato natural sob uma óptica jurídica. A jurisdição constitucional tem grande importância na teoria pura de Kelsen, na medida em que

²⁰² Adolf Merkl (1890-1970)

²⁰³ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel de. **O órgão jurisdicional e sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 51. O autor recorda, contudo, que Kelsen, numa passagem da “teoria geral das normas” deixa de lado a teoria da cláusula alternativa tácita, passando a aceitar que no conflito entre as normas prevaleça a decisão judicial por força da coisa julgada.

²⁰⁴ Op. Cit. p. 118

“a unidade do ordenamento jurídico, construído de modo escalonado, parece estar em questão, uma vez que uma norma de grau inferior não corresponde a uma norma de grau superior dominante, seja em sua produção, seja em seu conteúdo, ou seja, quando é contrária á determinação que constitui a supra e a infra-relação do ordenamento. É o problema da norma contrária à norma, que se apresenta aqui: a lei inconstitucional, o regulamento, a sentença ou o ato administrativo contrário à lei ou ao decreto²⁰⁵.”

A criação de um órgão estatal responsável pela função de controle da compatibilidade formal e material da lei ou decreto com a Constituição Federal consiste numa premissa da manutenção da unidade normativa do ordenamento jurídico (muito embora aceitáveis contradições no plano da lógica). Considerando que Kelsen reputa a lei inconstitucional como “anulável”²⁰⁶, ou seja, válida desde o momento de sua publicação até que anulada pelo Tribunal Constitucional, a jurisdição constitucional é um imperativo deste sistema. Tal concepção se assenta na impossibilidade – dentro do sistema de divisão dos Poderes – de responsabilizar pessoalmente o órgão legislativo pela criação de lei inconstitucional. Opta-se, neste caso, pela anulabilidade da lei, a ser proposta junto a um Tribunal Constitucional.

1.3.7.3 Decisionismo de *Carl Schmitt*

A compreensão do fenômeno hermenêutico da Constituição passa pela análise, mesmo que sintética, do papel reservado ao Poder Judiciário enquanto defensor de sua supremacia.

Assegurar a um dos órgãos do Governo a prerrogativa e as garantias para dar a última palavra acerca da atividade legislativa, implica, em muitos dos casos, transferir ao Poder Judiciário a responsabilidade sobre os destinos de um país.

Neste quadrante, avulta de interesse uma das obras mais fascinantes do direito constitucional calcado no modelo liberal²⁰⁷, publicada em 1929 na língua alemã com o nome de “*Das Reichsgericht als hüter der verfassung*” (O Tribunal do Reich como

²⁰⁵ Op. Cit. p. 109

²⁰⁶ Op. Cit. p. 110

²⁰⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Segunda Edição. Tradução para o espanhol de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

guardião da Constituição) e em 1931 com o nome de “*Der Hüter der Verfassung*” (O guardião da Constituição).

Na “defesa da Constituição” Schmitt expõe um ponto de vista bastante peculiar, o qual se contrapõe à laboriosa construção jurídica de Kelsen, a qual culminou com a criação, na Constituição austríaca de 1920, do primeiro Tribunal Constitucional.

Em sua óptica, Schmitt intercede em favor do chefe do Estado (Presidente do Reich), como legítimo defensor da Constituição, posição contra a qual se insurgiu Kelsen com a publicação do artigo intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*) no ano de 1930.

Enquanto Kelsen propugnou por um modelo de jurisdição constitucional, através do controle concentrado a ser exercido pelo Tribunal Constitucional – modelo que veio a ser copiado, em momento posterior, por vários outros países da Europa como Itália e Espanha – Schmitt acreditava que somente o chefe de Estado eleito teria legitimidade para o exercício da guarda da Constituição. Como recorda Gesta Leal “a visão de mundo jurídico de Schmitt vai de encontro ao normativismo e ao racionalismo, sustentando que a criação jurídica estatal exsurge de um trabalho e ação meramente volitiva a qual denomina de decisão política.”²⁰⁸

Ao analisar o contexto político da Alemanha de 1930²⁰⁹, o autor situa o problema na questão da legitimidade de um órgão judicial que substitua a vontade do Parlamento (eleito)²¹⁰.

Na concepção de Schmitt um órgão judicial somente poderia se negar a aplicar um determinado texto de lei (votado e aprovado pelo Parlamento) caso o preceito a ser aplicado não se conformasse (subsumisse) no texto expresso da

²⁰⁸ GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade**. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

²⁰⁹ Note-se que, neste contexto, o movimento constitucionalista moderno, ao contrário do clássico, impõe um conjunto de prestações (positivas) ao Governo em favor do cidadão, ao invés de, simplesmente garantir a esfera individual do cidadão contra arbitrariedades do Estado, como faz no segundo modelo.

²¹⁰ Curiosamente, cita (op. Cit. p. 40) a Constituição brasileira (imperial) de 1824, na qual (art. 98) se assina ao Imperador a “missão de zelar sem descanso pela manutenção da independência, o equilíbrio e a harmonia dos outros poderes políticos”.

Constituição, quando então o preceito constitucional é que seria aplicado (ao invés da lei)²¹¹.

Na visão de Carl Schmitt uma Corte Constitucional somente de forma imperfeita poderia ser considerada “o defensor da Constituição”, consistindo um dos vários órgãos que realizam esta função e, neste caso específico, com a única finalidade de defender sua competência própria frente a ingerência dos demais Poderes.

O enfoque dado pelo autor ao importante tema está assentado numa concepção democrática do exercício do Poder político, na medida em que reputa como excessiva a atividade judicial de intervenção em questões políticas, condenando a politização do jurídico²¹². Este é seu fundamento para negar que uma Corte Constitucional (órgão do Poder Judiciário) possa ser reputada “guardiã da Constituição”. Alega que não é pelo simples fato de que em um determinado julgamento o juiz opta pela aplicação do preceito constitucional – ao invés da lei – que o órgão judicial se transforma em guardião da Constituição.

Todavia, há que anotar que há uma diferença substancial entre um julgamento de um caso concreto, no qual as partes disputam um determinado bem da vida e um julgamento em sede de controle concentrado, no qual se pretende assegurar a supremacia da Constituição.

Muito embora não se possa negar a validade da afirmação de que se no constitucionalismo clássico o controle judicial servia para proteger o cidadão do

²¹¹ Op. Cit. p. 48 ao analisar a fundamentação de uma sentença do Tribunal Supremo do Reich, datada de 4 de novembro de 1925, compara o controle de constitucionalidade no sistema alemão (mais limitado) com o modelo norte-americano, ensina que *“El precepto constitucional sólo puede aducirse para el caso discutido, cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta del caso de que se trata, pues una colisión semejante presupone, como toda colisión genuina, la posible equiparación de los preceptos contrapuestos. Pero cuando se trata de principios e normas geerales, de poderes e de meras disposiciones de competencias, el caso se presenta de muy distinta suerte que el de las subsunciones de hecho. Sólo la subsunción bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley simple (así se expresa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente, no se trata de negar validez a la ley) o más exactamente: que subsuma bajo la ley preferente, en lugar de harcelo con la simple, y falle sobre esa base el caso en cuestión”*.

²¹² *“El problema de la teoría del Derecho libre y de la judicatura “creadora” es, por tanto, en primer término, un problema de Derecho constitucional”*. Op. Cit. p. 54

Governo, no moderno serve para obstar a vontade legítima das maiorias legislativas (parlamentarárias)²¹³, não há que se negar a legitimidade do poder judicial nos casos de manifesta agressão ao texto constitucional.

A jurisdição constitucional não pode ser um instrumento de execução dos projetos políticos das minorias políticas, na medida em que o Poder Judiciário deve zelar pela manutenção do confronto político em seu campo próprio.

Transferir para o espaço jurídico a pauta política de uma determinada Nação, tem severas implicações, na medida em que: (a) a oposição minoritária se afasta do debate político em seu espaço natural, forçando o debate no espaço jurídico, com exclusividade; (b) a (des) legitimação das opções políticas do legislador não é função do Poder Judiciário, na medida em que somente o eleitor pode julgar, de forma democrática e adequada, estas posições; (c) a opção das minorias pelo espaço jurídico pode implicar a legitimação de políticas governamentais de retrocesso social, quando se considera que a alegada imparcialidade de uma Corte Constitucional a imunizaria o legislador de debater a matéria de fundo, superficializando o debate político aos aspetos formais de constitucionalidade; (d) finalmente, o mais importante: se Tribunais e juízes julgam politicamente, o resultado de seus julgamentos fica submetido a um controle e a um julgamento de natureza política.

Não há como se julgar politicamente uma determinada questão de Estado e pretender que a sociedade – incluindo os demais Poderes e instituições – não apreciem tal decisão através da perspectiva política.

Esta transferência teria consequências desastrosas, caso ampliado o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos, através da criação de um Tribunal Constitucional.

Certamente, este foi um dos principais móveis de Schmitt ao argumentar com a clara delimitação (e separação) do espaço jurídico/político, num momento histórico no qual as sociedades ocidentais ainda não haviam atingido o nível de complexidade estrutural das atuais sociedades constitucionais.

²¹³ Op. Cit. p. 62

A percepção de que o regime democrático constitucional se encontra assentado na representatividade, bem como as distinções existentes entre o sistema romano-germânico e o modelo anglo-saxão de justiça levaram Schmitt a duvidar da legitimidade de uma Corte Constitucional²¹⁴.

O fato de que no modelo anglo-saxão o julgador se encontra guiado por princípios gerais, enquanto que no modelo europeu continental, de uma maneira geral, o legislador impõe a atividade subsuntiva ao juiz, lhe serviu de fundamento para negar a necessidade de uma Corte Constitucional na Alemanha.

Efetivamente, a jurisdição constitucional também está jungida aos parâmetros máximos de atuação, impostos pela Constituição Federal. Neste ambiente, não pode ampliar a vontade não manifestada pelo legislador, sob pena de cercear a legítima atividade legislativa deste último.

O modelo de representatividade não permite ao juiz que subtraia do legislador sua competência institucional, substituindo sua atividade, daí as enormes reservas existentes contra a omissão do legislador em nosso sistema constitucional.

A jurisdição constitucional quando interpreta a lei infraconstitucional num sentido consoante a Constituição Federal não pode substituir o legislador, como também este último não pode, através da edição de uma lei ordinária, subtrair do julgador matéria que já foi apreciada, alijando o julgado de sua eficácia, por exemplo.

Os riscos inerentes à deturpação deste sistema não passaram despercebidos a Schmitt, à diferença de que este – ao contrário de Kelsen – optou por simplesmente negar a validade de tais Cortes, ao invés de sugerir mecanismos que resguardassem a sociedade e os demais Poderes - do arbítrio judicial, o que seria de todo desejável.

A eliminação das dúvidas decorrentes da interpretação de dispositivos constitucionais, através de uma Corte Constitucional, seria fruto de um mero decisionismo²¹⁵, segundo o autor, no qual uma das opiniões divergentes seria

²¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999. p. 95 recorda que Schmitt emprestava grande importância à soberania popular, negando validade ao poder de reforma da Constituição de Weimar, uma vez que as decisões estruturantes da Nação somente poderiam ser tomadas pelo povo alemão.

²¹⁵ Op. Cit. p. 92

autoritariamente eliminada, por uma Corte que em tudo se assemelharia a um legislador constitucional.

Tal preocupação seria reforçada no tocante às leis previstas na Constituição, vazadas em termos genéricos e imprecisos, para as quais o juiz da Corte Constitucional poderia-se utilizar de uma interpretação “dilatada”, correndo-se risco do arbítrio. Trata-se, pois, de uma preocupação política. Neste quadrante, recorda, com precisão que “(...) *precisamente figura entre los fenomenos típicos de la vida constitucional el hecho de que un organismo que hace consciente uso de su influencia política, extienda cada vez más el ámbito de sus atribuciones.*”²¹⁶

Portanto, além da questão inicial da ausência de legitimidade, seu temor estaria centrado no possível – e porque não provável – avanço da atividade judicial sobre a função legislativa.

Esta invasão, além de constitucionalmente indevida, estaria assentada numa concepção mistificadora da realidade jurídica, fundada numa presunção, qual seja, a de que um órgão técnico (do Poder Judiciário) poderia julgar as causas políticas sob um ponto de vista técnico.

Neste caso, Schmitt responde que a tendência natural é a de que esta Corte Constitucional – a qual se pretendia copiar do modelo austríaco na Alemanha da época – começaria por julgar de forma técnica, mãos ao final, acabaria fazendo um exame de natureza política²¹⁷.

Ademais, segundo o autor, mesmo que aceita a asserção de que o exame seria de natureza técnica, os princípios e a concepção dos juízes (da época) estariam fortemente vinculados ao Direito privado e ao Direito laboral, de modo a obstar uma análise correspondente às reais necessidades da matéria constitucional.

²¹⁶ Op. Cit. p. 93

²¹⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 89 recorda a posição de desconfiança de Schmitt no tocante à atividade da Corte Constitucional proposta por Kelsen, lembrando a advertência do mestre alemão “Ainda que apareça em forma de procedimento judicial (Justizförmig), o que se tem é uma instância legislativa cuja função aparece como uma câmara alta, ou uma segunda câmara alta.”

Recorde-se, desde logo, que o autor também recorria a uma possível ameaça de invasão da competência administrativa do Poder Executivo, algo de certa forma tomado como recomendável por parcela do Judiciário brasileiro, por exemplo.

As advertências do autor alemão podem representar um importante avanço, dentro do atual estágio do debate constitucional no Brasil, mormente quando se considera o intenso e permanente processo de reforma da Constituição Federal de 1988²¹⁸.

Este avanço se dá na medida em que em nosso atual estágio, a sociedade (e o próprio legislador) aguardam uma decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da (in) constitucionalidade de uma determinada lei, importante para a Nação, antes que esta tenha plena eficácia social.

O grau de desconfiança, no tocante à atividade legislativa (do legislativo e do Executivo), é tamanho que se inverteu a presunção de constitucionalidade em favor da lei, lobrigando uma perigosa presunção de inconstitucionalidade do dispositivo.

Este grau de incerteza somente pode trazer como consequência imediata: (a) uma redobrada e inconsiderada atividade do legislador, o qual sabe que, em última instância, sua produção será sempre revisada (pelo Judiciário ou “aristocracia da toga”²¹⁹); (b) um elevado grau de insegurança jurídica o qual não permite que a sociedade e o cidadão comum prevejam suas ações futuras; (c) aumento de déficit democrático e de credibilidade nas instituições, especialmente no tocante ao Poder Legislativo, fazendo com que o eleitor se desinteresse pela atividade legislativa de seus representantes eleitos.

A opção do autor alemão é por uma guarda e defesa da Constituição deferida ao chefe de Estado, na medida em que no Estado moderno é o Poder Legislativo (e não o monarca) que deve ter seu poder limitado²²⁰.

²¹⁸ Consigne-se, inclusive, que segundo o autor, a missão mais importante do defensor da Constituição seria, efetivamente, da defesa do texto ante o poder de reforma constitucional, elemento absolutamente estranho ao atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

²¹⁹ Op. Cit. p. 245

²²⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 243 faz severas críticas a este posicionamento, consignando que (p. 243) “mais surpreendente ainda, porém, é que este escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a

O fato de que boa parte das demandas submetidas a uma Corte Constitucional, somente de forma indireta podem ser reputadas como legítimas questões constitucionais, leva à consideração de que uma Corte Constitucional somente pode funcionar quando: (a) tiver prévia e objetivamente delimitado o espaço de sua competência, com a definição constitucional de sua atuação; (b) que seus membros sejam dotados de todas as garantias possíveis de independência no exercício da função, sendo que somente parcela de seus membros poderia ser nomeada pelo chefe do Poder Executivo; (c) limitação dos casos de tutela antecipatória, fixando-se prazos máximos de apreciação do mérito – quando concedida a liminar – pela Corte, em sistema de colegiado.

Finalizando, o autor alemão ressaltava o fato de que a instituição de uma Corte Constitucional de natureza política acabaria por contaminar uma Corte jurídica, de modo a impedir o almejado exercício neutral de suas funções. Neste último caso, de que adiantaria transferir a um órgão do Poder Judiciário esta importante missão? Para Schmitt, as questões políticas não são passíveis de exame pela jurisdição.

Enfim, a questão da legitimidade de uma Corte Constitucional para decidir, em única e última instância, sobre a atividade do legislador, mormente em se considerando o grau de inserção destes países numa economia globalizada, continua sendo uma das grandes questões do direito constitucional.

A defesa pura e simples das atribuições da Corte Constitucional não considera que esta atividade deve ser exercida de forma moderada, dentro dos estritos limites previstos na Constituição e sem o remessa frequente a conceitos jurídicos indeterminados.

Muito embora a Constituição consista num sistema aberto, dada sua configuração principiológica, somente a fundamentação pode permitir um efetivo controle na aplicação destes princípios²²¹.

fim de utilizar novamente este já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em especial.”

²²¹ O próprio princípio da proporcionalidade, no tocante à proporcionalidade estrita (juízo de razoabilidade) não pode ser um instrumento do arbítrio judicial e mecanismo autorizador de ausência de fundamentação. Neste caso especial, o julgador deve fundamentar mais que nunca sua decisão, na medida em que remete a um conceito vago, o qual somente através da exaustiva argumentação

Todavia, cremos que muito embora a Corte possa julgar um fato político, inspirando-se, inclusive, em algumas das concepções político-filosóficas vigentes, num dado momento histórico, tal dado não implica considerar esta Corte como política (ou não-jurídica).

A análise de um fato político pode (deve) ser levada a efeito a partir da aplicação de princípios e regras jurídicas previstas na Constituição, sendo que o fundamental é que produza uma decisão fundamentada e passível de controle pela sociedade.

A outorga de legitimidade ativa também está vinculada a esta discussão, na medida em que muitos dos órgãos deflagradores deste exame concentrado da constitucionalidade, como se verá adiante, também não foram eleitos.

Como combinar estabilidade – fundamental para a independência na função – com legitimidade (outorgada, no sistema representativo, pelo resultado das urnas)?

1.4A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.4.1 Origem histórica do conceito de cidadania e a democracia representativa

A cidadania sempre foi considerada uma das principais conquistas civilizatórias, especialmente a partir de 1789, pois na visão universalista do Iluminismo francês – de cunho racionalista – a cidadania estaria baseada nos

pode ser reputado como legítimo. Deve, ainda, apontar de que forma foi suprimido o núcleo essencial do direito atingido e de que maneira a opção do legislador (seja membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo) agride os princípios constitucionais. A busca de um critério razoável não deve ser a finalidade última do juiz, sob pena de alijar o legislador de sua missão precípua, para a qual foi eleito. A declaração da nulidade de uma lei ou um ato normativo, reputado como inconstitucional, sob o argumento de não-razoável, somente pode ser levada a efeito após ultrapassado o exame acerca da adequação e necessidade. O juízo de razoabilidade está fortemente ligado a um juízo de equidade, na aplicação da lei, motivo pelo qual o recurso à interpretação conforme se mostra democraticamente mais adequado a uma finalidade equitativa, de modo a restringir (na aplicação da lei atacada como inconstitucional) efeitos não-desejados pelo legislador ou ainda, também fundado num juízo de isonomia, estender a terceiros um benefício legal concedido a uma parcela da sociedade, sem qualquer justificativa.

princípios de igualdade e de fraternidade²²². Atualmente, a cidadania também pode ser entendida como o poder jurídico nacional de participar do governo e da administração estatal, votando, sendo eleito, exercendo funções e usufruindo de serviços públicos, além de fiscalizar a atividade estatal, por exemplo, através do ajuizamento de ações populares²²³.

Nas sociedades pós-industriais, o conceito de cidadania avulta de interesse quando se considera a massificação das comunidades locais e a imposição de valores supra-nacionais de um modo-de-produção de bens planificado em escala global, com a conseqüente perda da autonomia do Estado-Nação em seu futuro político e econômico.

A governança global pressupõe, neste novo modelo, a renúncia – mesmo que parcial – à discussão das questões locais, sendo que muitas vezes se lhes sobrepõe. Interessa, portanto, o estudo da atual situação brasileira no tocante à (in)existência das condições mínimas de exercício das prerrogativas inerentes à cidadania, em particular os direitos fundamentais sociais e econômicos²²⁴, o direito à participação

²²² HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Minima Trota, 1998. p. 49.

²²³ FRIEDE, Reis. O Estado como realidade político-jurídica. **Revista de Direito Federal da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)**, Brasília, n. 63, p. 185-199, jan./jun. 2000, p. 192.

²²⁴ ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, Direitos Humanos e Desenvolvimento. In ____ **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 129. “A origem e a fundamentação jusnaturalista destes direitos humanos dificultam sua percepção como estruturas eficazes possibilitadoras da experiência convivial. A abordagem excessivamente axiológica dos direitos humanos e, dentro dela também a presença de certa “ideologização” de certas esquerdas que consideram o apelo aos Direitos Humanos como mais uma retórica, entre tantas outras, além das dificuldades inerentes à abstração dos valores, traz consigo ainda um reforço às pregações e o descuido das técnicas de implementação.”

nas decisões do governo local e a busca da igualdade no sistema judicial do país dentro de um modelo de economia planejado em âmbito global, o neoliberalismo²²⁵.

1.4.2 Perspectiva contemporânea da cidadania

Num primeiro momento, há que ressaltar o universalismo de 1789²²⁶, de inspiração racionalista e que plantou no constitucionalismo moderno a idéia de que a consolidação do Estado Constitucional, só é possível através da positivação dos direitos humanos. Segundo a Declaração “Universal” dos Direitos do Homem e do Cidadão, nenhum documento poderia ser considerado como verdadeira Constituição se não previsse expressamente a proteção aos direitos humanos.

O próprio Estado contemporâneo somente surge no momento em que esta concepção de cunho universalista assume o papel de premissa ontológica da estrutura formal, no qual a proteção ao cidadão frente ao poder estatal tem imensa importância. Deste modo, fica claro que as bases sobre as quais se assentam os mecanismos de compreensão e de racionalização do constitucionalismo “moderno”

²²⁵ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito, marxismo e liberalismo**: ensaios para uma sociologia crítica do direito. Florianópolis: CESUSC, 2001. p. 53: “Pois bem, o neoliberalismo, como já indicamos n’outro trabalho, é parte de um projeto de acumulação de capital. O princípio maior nele presente é o do mercado como regulador do social, da cultura, do espaço público, das instituições estatais.”

²²⁶ De acordo com Vera de Andrade, “O conceito liberal de cidadania se institucionaliza no bojo do Estado de Direito capitalista de tal modo que referi-lo é recortar o conceito moderno de cidadania que encontra seu marco mais emblemático ou simbólico – pela repercussão universal que alcançou – na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791.” (ANDRADE, Vera Regina de. **A Reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 12 mar. 2004)

colocam o cidadão em franca oposição ao Estado, se considerada a filosofia liberal de assento epistemológico-contratualista.

Os chamados “direitos fundamentais de primeira geração” seriam o resultado de um momento histórico da civilização, já iluminada pelo racionalismo no plano filosófico. São limitações positivadas no texto de documentos escritos. Explicitava-se a concepção de que o Estado era uma construção do intelecto humano com o objetivo de exercer o poder de uma forma democrática, através dos instrumentos tradicionais de representação. Neste contexto, fica evidente que esta abstração somente teria sentido se vinculada a uma tarefa de demarcação do campo em que os representantes eleitos atuariam (princípio da legalidade²²⁷), bem como à existência de mecanismos de alternância no exercício do poder que evitasse a tirania. Na França, a burguesia necessitava de uma prévia demarcação deste espaço estatal, visando instrumentalizar as relações de comércio com o aparato protetor da aplicação do princípio da liberdade. Partia-se de uma construção fictícia: a igualdade perante a lei seria suficiente para assegurar a igualdade entre os membros de uma comunidade, uma das principais aspirações universalistas do contratualismo.

²²⁷ SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo na Alemanha**. Tradução de Ingo W. Sarlet. Palestra proferida em 20.11.1998, no auditório da Justiça Federal de Porto Alegre-RS durante curso de aperfeiçoamento em direito público promovido pela AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Escola da Magistratura Federal e outros. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 23 abr. 2004), quando o autor sustentou que, “Até o advento da Lei Fundamental, ao tempo da Constituição de Weimar (1919), advogava-se majoritariamente a idéia de que os direitos fundamentais eram assegurados e valiam na medida das leis. Sustentava-se, ainda, que o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar nada mais representava do que especialização e concretização constitucional do princípio da legalidade na Administração”.

A conseqüência da adoção destes postulados pela comunidade jurídica do Estado liberal conduziu a uma extremada abstração dos cidadãos envolvidos no litígio, bem como da importância de alguns bens para a sociedade²²⁸.

A concepção de que a lei seria a expressão máxima de uma vontade geral – através da qual o cidadão cederia parcela de sua liberdade individual em benefício de um Estado que lhe garantisse o pleno desenvolvimento de suas potencialidades – acaba correspondendo, de forma perfeita, à necessidade de proteção dos contratos entre os particulares, momento em que a vontade individual exercia um papel mítico (“o contrato equivale à lei entre as partes”). Como recorda Gesta Leal:

no âmbito desta estrutura vigente, a cidadania – nominada dessa forma pela burguesia corporativa – partilha de uma crença inquestionada nas regras postas do jogo político, acatando todas as premissas decisórias que regulam e ordenam as relações humanas, o que inviabiliza uma eventual discordância quanto ao sentido de cada decisão concreta isolada, pelo fato de ele já estar estipulado arbitrariamente, isso ao menos na concepção reducionista de Estado Democrático de Direito existente²²⁹.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, concebia o “*citoyen*” em sua forma individual – na concepção de que somente

²²⁸ Luiz Marinoni recorda, ao dissertar sobre a importante repercussão que a adoção do modelo liberal causou na tutela processual dos direitos materiais, “que se não há como negar que, diante do direito liberal, há relação entre a incoercibilidade das obrigações e a preservação da ‘liberdade do homem’, não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo, há também um nexos entre a tutela pelo equivalente e os princípios da abstração das pessoas e dos bens. Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado; a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, reprimando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Gênese, v. 8, n. 30, p. 763-789, out./dez. 2003)

²²⁹ GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 129.

através da liberdade plena em relação ao Estado, o homem (e não o cidadão) poderia produzir e usufruir de sua propriedade particular. Sobre o tema, Marx²³⁰ consigna que

Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexos que os mantêm em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.

Neste novo quadrante, a intervenção estatal não somente se mostrava desnecessária como também inconveniente, já que o liberalismo via a sociedade civil como um ente distinto do Estado o qual somente atuava por delegação e com a finalidade precípua de – exatamente – assegurar a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Resumindo, revela-se o conceito original de cidadania do qual decorrem determinadas prerrogativas em favor dos membros da “sociedade civil”: o benefício da liberdade. Se o homem era bom por natureza, quaisquer imposições que implicassem limitação de sua liberdade somente poderiam ser fruto da vontade geral, aprovada previamente em lei pelos representantes da Nação. Ao constituir-se no expreso reconhecimento de direitos do indivíduo face ao Estado, a declaração de direitos do final do século XVIII apoiou-se nos pressupostos imaginários de um

²³⁰ MARX, Karl. **A questão judaica**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2000. p. 37.

estado natural de liberdade e de um contrato social²³¹. Ademais, para que o exercício do poder político se constituísse numa delegação da sociedade civil, deveriam ser observados mecanismos de alternância neste poder, preferencialmente através da democracia representativa, o direito ao sufrágio universal. O modelo de Estado Liberal, ao estabelecer os lugares oficiais da mobilidade política social: parlamento, executivo e partidos políticos, consegue criar um sistema de relações que pode facilmente controlar ou ao menos acompanhar, verificando se há respeito à ordem e à paz social²³².

Esta é a concepção tradicional de cidadania que subsiste, muito embora passados mais de duzentos anos. Ela é uma prerrogativa de qualquer membro da comunidade, baseada na ficção da cessão de parcela de sua liberdade em favor de uma liberdade mais ampla, sendo que a liberdade perante a lei assegura o exercício do poder compartilhado pela sociedade.

Já o modelo do *Welfare State* desenvolve-se nos Estados Unidos da América, a partir da crise econômica da década de 30, como instrumento de conservação do modelo de produção capitalista. No caso europeu, a reconstrução de todo um continente, após a Segunda Guerra Mundial e a redistribuição do poder político, exigiram uma forte intervenção do Estado-providência. Ela se deu através de políticas de cunho assistencialista que visavam recuperar uma estrutura baseada num modo de produção capitalista. Com o surgimento do Estado-providência na Europa, cresceram as expectativas sociais de ingerência efetiva do Estado no

²³¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano**: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998. p. 31.

²³² GESTA LEAL, Rogério. *Op. cit.*, p. 147.

sentido de diminuir as desigualdades sociais à custa de massiva aplicação de recursos captados na economia privada.

A cidadania, neste quadrante, não é mais a condição exterior e política do “*citoyen*” mas a possibilidade da manutenção de um modelo de produção capitalista que, já na época, dava mostras de esgotamento e da impossibilidade de controle social eficiente das massas de miseráveis. O investimento público (*Welfare*) nas classes menos favorecidas e a ampliação da participação destas mesmas classes através do sufrágio universal e gratuito²³³ foram, portanto, os dois pilares históricos de reconstrução do modelo iluminista que deu origem – em sua versão econômica – ao capitalismo.

A luta de classes que eclodiu como uma decorrência lógica das sociedades industrializadas, já que o modo de produção dependia da força de trabalho dos empregados que agora podiam estabelecer contratos livres, revelou-se uma importante fonte de mudanças sociais²³⁴.

Os direitos fundamentais de segunda geração surgiram neste contexto histórico de forma contemporânea na formação dos dois grandes blocos com propostas distintas, no cenário da geopolítica mundial, os quais passam a coexistir. Muito embora marcada por conflitos de ordem bélica – confrontos nos países-satélite –

²³³ ANDRADE, Vera Regina de. **Cidadania, direitos humanos e democracia**: reconstruindo o conceito liberal de cidadania. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 12 mar. 2004. “Com efeito, assim como a democracia é modernamente identificada com a democracia representativa, a cidadania igualmente o é com as noções de nacionalidade e elegibilidade e com o gesto mítico e simbólico da prática eleitoral. O cidadão é o protótipo do eleitor. E assim como a construção democrática requer a ultrapassagem da democracia representativa, a construção da cidadania requer a ultrapassagem do cidadão-eleitor e, mais do que isto, a própria construção democrática para além da democracia liberal requer a construção para além do liberalismo.”

²³⁴ DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Tradução Tamara Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves e Fundação Friedrich Naumann, 1985. p. 85.

ela consegue dar sustentação política aos modelos econômicos existentes na União Soviética e nos Estados Unidos. Em ambos, o Estado-Nação representa um paradigma de representação do exercício do poder estatal que visa assegurar centralidade política. Ou seja, em ambos os modelos, o espaço natural da tomada das decisões situa-se no interior do Estado. A nova perspectiva é o esvaziamento do espaço público de debate sobre o conteúdo das políticas públicas através da adoção de novos modos de tomada de decisão e exercício do poder. Este fenômeno, contudo, não tem ensejado a ocupação do espaço político pela sociedade civil. Muito ao contrário, ela é encarada pelo mercado como uma massa analisável e quantificável de consumidores.

A detecção e prospecção de novos mercados parte de uma premissa universal de construção de uma engenharia jurídica através da qual as relações de consumo seriam travadas da forma mais profissional o possível, com a centralização dos conflitos sociais na área do mercado. Neste novo contexto, os conceitos de cidadão e consumidor se equiparam já que, quanto maior a capacidade financeira do consumidor, maior será seu nível de ingerência na seara política nacional²³⁵.

Este “cidadão” da pós-modernidade poderia habitar o mesmo espaço geográfico que os não-consumidores ou não-cidadãos? A liberdade absoluta dos mercados e o redirecionamento do papel do Estado-Nação, que passa a facilitar este modelo de economia planificado na escala mundial, não estariam partindo de

²³⁵ WARAT, Luis Alberto. La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 1-17, jul. 1993. Como leciona Warat na p. 1, “estamos entrando em um período marcado pela decadência de grande parte da mitologia jurídica, que foi a

premissas flagrantemente equivocadas? O discurso de auto-gestão do mercado e a competência do terceiro setor para propulsionar a cidadania no terceiro milênio não seria falacioso na medida em que parte do conceito do homem bom?

1.4.3 A importância da democracia participativa no Estado democrático de direito no Brasil

A superação do paradigma soviético de socialismo, marcada pela queda do muro de Berlim – como um símbolo da vitória do liberalismo que “derrubava” as barreiras que separavam os cidadãos (irmãos) em sociedade – marca o que pode ser considerado o início da era pós-moderna²³⁶, modelo de democracia que privilegia as discussões em torno da “governança global” a partir do debate, em nível mundial, de grandes temas, tais como aquecimento global, a erradicação da pobreza nos países de terceiro mundo, o combate às epidemias e ao crime organizado transnacional, a criação de mecanismos de controle do tráfego de capitais em escala mundial etc.

O ponto de partida dessas discussões não seria, portanto, o velho e ultrapassado Estado-nação, mas organismos internacionais que congregassem representantes dos mais diversos setores da economia e da política mundial,

força motriz da expansão do capitalismo e da limitação das irracionalidades de suas realizações”.(trad.livre)

²³⁶ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 279. “Diz-se com frequência do pós-modernismo, como que para ridicularizá-lo, que o critério que permite defini-lo é precisamente o fato de ele não admitir nenhum critério. Ora, se é verdade que o pensamento ‘moderno’ pode ser definido recorrendo-se a um certo número de critérios, não é imprudente colocar como hipótese que uma abordagem pós-moderna bem poderia ser constituída pela superação destes últimos e que bem poderia haver coincidência entre estes critérios e os da globalização. Em outras palavras, se for preciso encontrar critérios de um pós-modernismo no direito, eu começaria por me referir ao modernismo.”

reforçando o conceito de “aldeia global.” À cidadania no interior dos Estados nacionais, apresenta-se como alternativa uma cidadania vinculada às grandes questões mundiais como o aquecimento global, a fome no mundo e o agravamento de conflitos bélicos, partindo-se da ficção de que os cidadãos dos países periféricos e centrais têm idênticas necessidades. Vera Regina Pereira de Andrade, ao abordar os possíveis usos do conceito de cidadania, a partir dos objetivos políticos que se pretende alcançar, sustenta que

a cidadania moderna, sendo uma dimensão política ambígua, apresenta, simultaneamente, potenciais políticos conservadores e potenciais políticos transformadores, dependendo do uso (ou desuso) que dela fazem o Estado e os sujeitos sociais em dado momento histórico²³⁷.

Neste contexto, por óbvio, diminui de forma sensível a importância do papel do Estado-nação a ser desempenhado no âmbito interno dos atores do cenário político (democracia formal de matriz representativo) em benefício da ação concertada de grupos que, muito embora não tenham sido eleitos, funcionam, na prática, como veículos das expectativas dos membros desta comunidade global, independente das grandes diferenças existentes entre países centrais e periféricos.

Na democracia da pós-modernidade, as finalidades não declaradas de vários grupos que atuam como intermediários na realização das expectativas locais demonstram que a cidadania somente pode ser exercitada através de um diálogo entre representantes e representados em espaços públicos.

²³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos humanos como educação para a Justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 123-134, p. 124.

A democracia na pós-modernidade não pode se assentar exclusivamente no regime representativo formal (havendo, portanto, pluralidade nos espaços de debate e resolução de conflitos, transferindo, inclusive, para o âmbito de novas entidades tais como Ongs (organizações não-governamentais), associações de bairro, escolas, igrejas etc., determinadas funções hoje exercidas de forma hegemônica pelo Estado, como a administração da justiça, por exemplo)²³⁸.

Um destes espaços públicos é o da judicialização dos conflitos sociais através de demandas propostas perante o Poder Judiciário, através do Ministério Público, entidades de classe, associações de bairro, sindicatos etc. Na tutela destes chamados “direitos fundamentais de terceira geração”, avulta de interesse o controle da administração pública no tocante à aplicação dos recursos.

No caso brasileiro, a questão assume especial relevo, na medida em que o Poder Judiciário brasileiro possui a prerrogativa – poder-dever – de controlar a constitucionalidade das leis, bem como de revisar os atos praticados pela administração pública num sistema que, contrariamente ao vigente na maioria dos países europeus, concentra grande dose de poder nas mãos do julgador²³⁹.

²³⁸ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**: conflito e ordem na onda liberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 38. “A bandeira do pluralismo jurídico pode jogar contra o propósito liberal tradicional, servindo como luva perfeita na defesa da tese do estado mínimo e das bandeiras pós-modernas (...) neste sentido, o pluralismo pode encontrar-se irmanado com o novo liberalismo (...) na defesa das novas pluralidades jurídicas locais contra qualquer tentação totalizante (metarelatos).”

²³⁹ LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. **Revista da AJURIS** (Associação dos Magistrados do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 53, p. 50-72, nov. 1991. “No Brasil, desde o advento da República em 1889, estabeleceu-se um singular e fecundo dualismo na estrutura e no modo de realização do Direito: o Direito Público, inspirado nas instituições norte-americanas e o Direito Privado, no sistema codificado da Europa Continental. Esta perspectiva nova de integração dos dois maiores sistemas de realização do direito no mundo – o romano germânico e o *commom law* –, teve o feliz resultado de conferir ao Poder Judiciário, no Estado de Direito, importância superior a dos

Muito embora as mazelas deste espaço público sejam evidentes, dada a própria origem da formação jurídica do poder no Brasil²⁴⁰, não se pode negar que existem instrumentos de grande valia para o exercício da cidadania, tais como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e o sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis. A integração entre o jurista-cidadão e o cidadão-jurista²⁴¹ pode ser concebida como uma das alternativas viáveis para a (re)construção da cidadania no Brasil, na medida em que impõe uma pauta de comportamento dos membros do Poder Judiciário que considere o aumento da concentração de renda no país gerado pela globalização da economia e retirada do papel assistencial do Estado em áreas de grande importância, tais como previdência social²⁴². Também impõe ao cidadão a necessidade de busca de informações sobre o exercício e conteúdo de seus direitos junto às universidades, entidades de classe, sindicatos, inclusive o de efetiva participação na tomada de decisões da

demais Poderes, ao contrário daquilo que, em regra, acontece nos países da Europa Continental e Ocidental, presos ao dogma montesquieuniano da independência e autonomia dos Poderes.”

²⁴⁰ Miguel Pressburger recorda que “Na organização do Poder Judiciário brasileiro, exerceu forte influência o papel que o latifundismo determinou na formação das classes dominantes. Contrariamente ao *homestead*, implantando no território norte-americano a partir do pressuposto *wakefieldiano* de que nas colônias não existia propriedade fundiária prévia à ocupação dos colonos individualmente (a questão das *plantations* do sul deve ser vista no contexto da derrota sofrida na Guerra Civil), as arcaicas formas de concessões, doações ou a apropriação pura e simples de vastíssimas fatias do território nacional, desde os primórdios da colonização, perpassando pelos períodos imperiais e depois pela república fortemente modelaram o poder político das classes dominantes brasileiras e conseqüentemente a parte jurídica deste poder”. (PRESSBURGER, Miguel. (DIS)função e (DES)funcionamento do Judiciário. In: CNBB – CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (Org.). **Ética, Justiça e Direito**: Reflexões sobre a Reforma do Judiciário. Petrópolis: Vozes, 1996. Coletânea. p. 189)

²⁴¹ Conceitos extraídos do livro **Fundamentação ética e hermenêutica**, de Arruda Jr e Marcus Fabiano, p. 225, já citado.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 73, p. 209-224, jul. 1998. p. 210. O autor faz uma interessante abordagem sobre os direitos sociais e a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional que construiu a proteção contra o “retrocesso social” a partir da análise do direito de propriedade e suas derivações,

administração sobre os investimentos com os recursos públicos. Neste sentido, Habermas alerta para a funcionalização da cidadania através dos direitos sociais de inclusão, naquilo que denomina “síndrome do privatismo da cidadania”²⁴³, ou seja, a utilização dos direitos sociais como um simples serviço a ser prestado pelo Estado contemporâneo, a partir de um paradigma privatista segundo o qual o Estado deve reverter ao cidadão (pagador de impostos) os serviços de inclusão social. Uma vez adotada esta postura, o Estado passará a intervir positivamente somente nas áreas sociais que atinjam diretamente os contribuintes, o que em muitos dos casos poderá redundar em verdadeiro agravamento das desigualdades sociais, a ensejar a separação entre cidadãos/contribuintes e não-cidadãos/não-contribuintes. Impõe-se, portanto, uma profunda reflexão acerca do papel do direito na sociedade brasileira contemporânea, bem como das funções desempenhadas pelo Poder Judiciário no país²⁴⁴. Enfim, cidadania, direitos humanos e pós-modernidade são conceitos complementares que devem funcionar a partir de uma lógica de resistência em relação aos efeitos sociais decorrentes da globalização das economias nacionais,

na medida em que a proteção social na Alemanha está prevista de forma explícita somente na legislação infraconstitucional.

²⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v., v. 1, p. 109. Sobre o tema, o autor recorda que “A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel do cidadão na linha dos interesses dos clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização. Os sistemas da economia e da administração têm a tendência de fechar-se contra seus mundos circundantes e de obedecer unicamente aos próprios imperativos do dinheiro e do poder administrativo. Eles rompem o modelo de uma comunidade de direito que se determina a si própria, passando pela prática dos cidadãos”.

²⁴⁴ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 73. “Nas sociedades ocidentais, de modernidade periférica, onde a racionalidade jurídica jamais chegou a ser efetivamente moderna, é profundo o hiato entre o direito estabelecido e o direito a estabelecer-se. Em outras palavras, a existência de uma racionalidade jurídico-formal complexa não é garantidora por si mesma da realização de direitos.”

com ênfase na solidariedade social através das instâncias de democracia participativa.

1.4.4 A globalização econômica e seu efeito desintegrador da cidadania

A redução do papel tradicional Estado contemporâneo é decorrência do esvaziamento do debate entre capitalismo e socialismo que remonta ao fim da segunda guerra mundial e início da chamada “guerra fria”²⁴⁵. O conceito de crise está associado ao de pós-modernidade, ou seja, da insuficiência dos mecanismos tradicionais de enfrentamento de novas questões a partir da experiência passada²⁴⁶. Ao longo dos últimos dois séculos, o capitalismo teve de ser reinventado, através de um processo recorrente à filosofia liberal e uma crítica aguda à função opressora do Estado. Na pós-modernidade, todavia, quem oprime é uma figura simbólica que represente, para muitos, o recrudescimento do processo de exclusão social, ou seja, o mercado. Com a crise econômica mundial do início da década de 70 e o

²⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1. A autora anota que “Com a grande crise econômica mundial dos anos 70, após os dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial firmado pelo acordo de Bretton-Woods, que definira a configuração do cenário político-econômico internacional durante a Guerra Fria, em 1979, encerrava-se um ciclo da vida político-econômica no mundo e junto com ele a era de ouro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. O Estado de bem-estar fora implementado com os excedentes de produção desse período, provedor de direitos sociais numa fase de crescimento da economia capitalista do mundo”.

²⁴⁶ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. De acordo com Gianni Vattimo, a partir das conexões possíveis entre a filosofia niilista de Nietzsche e a hermenêutica de Gadamer, que a pós-modernidade não representa uma mera superação da modernidade – o que, por si só, poderia ser considerada mais uma das concepções modernas apenas com uma nomenclatura diversa – mas sim, um estágio influenciado por uma filosofia marcada pelo imobilismo, pelo sentido histórico da compreensão humana que condensa passado e presente, despojado de uma pretensão de superação.

esgarçamento do pacto político social-democrata, o mercado passa a assumir funções tradicionalmente públicas e estatais. A consolidação do avanço neoliberal deu-se no governo Thatcher na Inglaterra, em 1979, e durante o de Reagan nos Estados Unidos, em 1980²⁴⁷.

A capacidade de transmissão de dados e tecnologia, bem como a busca de maiores mercados e mão-de-obra barata, permitiu o incremento do discurso efficientista. A razão instrumental generalizou-se, adquiriu preeminência, fundou ações e relações, processos e estruturas. Os produtos da ciência transformaram-se em técnicas, signos, emblemas, fetiches, ao mesmo tempo que organizaram a atividade e a imaginação em toda a parte e no íntimo do indivíduo²⁴⁸. A origem deste projeto, segundo Martin e Schumann, está no final da Segunda Guerra Mundial quando, em 1948, os EUA e a Europa Ocidental celebraram o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), que estabeleceu, pela primeira vez, um regime comum e internacional de comércio²⁴⁹.

²⁴⁷ MELLO, Aymoré Roque Pottes de. A Política neoliberal de endividamento e exclusão social e os instrumentos para o exercício da cidadania e da democracia. Revista **Cidadania e Justiça**, AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), Brasília, ano 5, n. 11, p. 6-18, 2º sem. 2001, p. 7. Nesse artigo, o autor recorda, ainda, que “O conteúdo programático neoliberal de base alicerçou-se na destruição da capacidade de regulação da economia pelo Estado, tendo como principais instrumentos a privatização do patrimônio público estatal e o desenvolvimento de políticas de desregulamentação dos mais importantes setores da vida nacional, com o fim de dar maior mobilidade ao capital financeiro, e viabilizar a maximização do lucro”.

²⁴⁸ IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 118. Em outra passagem (p. 119), o autor afirma que “Aos poucos, ou de repente, muito do que são os modos de vida e trabalho parecem impregnar-se da racionalidade enraizada na produção de mercadorias materiais e culturais, que atendem às necessidades reais e imaginárias, manipuladas pela publicidade, a indústria cultural, o jogo de imagens coloridas, pasteurizadas e fugazes, o *vídeo clip* mundial.

²⁴⁹ Cf. MARTIN, Hans Peter; SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social**. 6. ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 152. Os autores ainda recordam que “Aliás, desde princípios de 1994, quando foi criada a sucessora do Gatt, a World Trade Organization, ou Organização Mundial do Comércio (OMC), com sede em Genebra, os governos já

A ótima aplicação dos recursos materiais e humanos prescinde de decisões democraticamente debatidas pelas populações atingidas, sendo que o Estado social deve ceder passo a um Estado-piloto, ou ainda Estado-gerente das relações comerciais. Arruda lembra que

com a crise do modelo econômico pós-guerra, em 1993, os neoliberais passam a centrar fogo no que compreendem como nefasto, o poder crescente dos sindicatos, e passam a apostar na ampliação do exército de reserva para quebrar o movimento sindical²⁵⁰.

Ademais, os Estados nacionais têm seu papel redefinido, do que resulta a incapacidade para resolver, de forma interventiva, vários dos problemas da sociedade, já que “o processo de globalização econômica deslocou para fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes das decisões tradicionalmente reservadas à sua soberania”²⁵¹

O Estado, agrilhado pelo sistema econômico transnacional, abandona seus cidadãos a uma regulação livre, fundada na competição econômica no plano global, colocando à disposição dos agentes econômicos a infra-estrutura pública, sob a perspectiva da rentabilidade e fomento estatal de atividades empresariais²⁵². O modelo de Estado neoliberal passa, portanto, a direcionar suas ações e programas de intervenção em favor da desregulação do mercado interno e da transferência dos

não mais regateiam barreiras alfandegárias, mas discutem a redução de outras barreiras comerciais, tais como os monopólios estatais ou as normas técnicas”.

²⁵⁰ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**: conflito e ordem na onda liberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

²⁵¹ GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 223.

serviços públicos para a iniciativa privada, com o fito de obter melhores resultados econômicos.

A intervenção do Estado na economia globalizada somente é admitida na condição de “árbitro” ou “piloto”, mas não de efetivo protagonista no processo de produção e distribuição de bens e serviços²⁵³. Para os neoliberais, as raízes da crise estariam na corrosão das bases de acumulação capitalista e na pressão para que o Estado aumente, cada vez mais, os gastos sociais²⁵⁴. Para Bonavides, a inserção do Brasil numa economia globalizada, bem como o modo-de-produção imposto aos países de periferia, rendeu ensejo a quatro crises do Brasil constitucional, quais

²⁵² GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____ (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865, p. 830.

²⁵³ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. O autor entende que a conversão da tecnologia de produção em instrumento do sistema global de economia foi a principal mola propulsora deste modelo econômico, assentado em enormes investimentos na produção de novas marcas e patentes, dentro de um sistema dinâmico que não pode prescindir de leis internacionais de proteção aos direitos de patente. Conseqüência de um período cada vez mais reduzido entre o investimento e o retorno do capital (o qual, por sua vez, deve ser reinvestido) o sistema de investimentos gerou a necessidade de produção em escala planetária, com otimização dos recursos humanos e materiais em diversas regiões do mundo, permitindo ao investidor que compare diária e simultaneamente o desempenho dos novos produtores. Com este sentido, Wallerstein, citado pelo autor, consigna a expressão “economia-mundo” como sendo o sistema de produção que agrega múltiplos processos de produção organizados em torno de uma divisão axial de trabalho (tensão centro-periferia) e de uma divisão social de trabalho (tensão burguesia-proletariado). Neste sistema, as redes de mercadoria não possuem fronteiras nacionais, uma vez que consiste numa complexa rede de mecanismos inter-cruzados e interligados de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços, num processo global de acumulação via mercadoria, como lembra o autor. Ao criar mecanismos próprios de maximização do capital com intensa rede social, política e econômica (inclusive via meios de comunicação de massa), o poder econômico se torna independente do poder estatal, havendo uma disputa permanente entre diversos grupos econômicos pelo domínio da máquina pública como forma de utilizá-la em seu favor. Dentro deste sistema, as áreas situadas em países periféricos sofrem com o acúmulo de capitais e tecnologia em áreas mais desenvolvidas do planeta, como fruto, também, do deficitário funcionamento das classes empresariais nacionais e o Estado. Tal fenômeno traz como importantes conseqüências o aviltamento de salários, acesso bastante restrito ao consumo e debilidade estrutural da economia interna do país, dentre outras conseqüências. Neste panorama, existe um imenso fluxo de capitais que migram para países “centrais”, onde são processados em economias onde a atividade fiscal lhes é beneficiária, podendo retornar ao mercado no mesmo dia, alterando a cotação da moeda de um país ou mesmo sendo replicado em diversos países numa mesma semana. Desta forma, conclui o autor, a economia-mundo (globalizada) se caracteriza por profundas tensões sociais e conflitos de interesse permanentes.

sejam: a constituinte, a constitucional, a de soberania e a de unidade nacional, sendo que somente a última ainda não eclodiu no país²⁵⁵.

A inserção do país num sistema global de troca de bens e serviços, acompanhada de uma crescente dependência de capital estrangeiro, tem severas consequências no processo constitucional brasileiro, na medida em que: (a) o conceito de soberania fica reduzido, pois as decisões que afetam a Nação são tomadas por pessoas que não detêm mandato representativo, bem como não têm como foco de sua atenção a melhoria das condições de vida das populações atingidas, mas tão-somente o incremento do lucro; (b) a Constituição federal, antes uma garantia de estabilidade das relações no seio de uma determinada Nação, transforma-se em mero entrave burocrático para a obtenção, em menor tempo possível, dos resultados de sucessivos (e mal-sucedidos) planos econômicos; (c)

²⁵⁴ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras**: a sua independência e o princípio do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá. 2002. p. 29.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 2000. No texto, o autor recorda que a crise constituinte, no Brasil, está ligada à intensa atividade legislativa do Poder Executivo, com a edição de milhares de medidas provisórias, com o que recrudescer a centralidade no exercício do Poder político. Já a crise constitucional seria decorrência do abuso no poder de reforma da Constituição, o que acabaria por enfraquecer as disposições estáveis da Carta, como, por exemplo, as chamadas cláusulas pétreas constantes do § 4º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No caso da crise de soberania, esta seria decorrente da transferência do centro de tomada das decisões de grande importância para a Nação para os países de centro. Finalmente, a crise de identidade, a qual ainda não teria ocorrido, seria fruto das grandes desigualdades sociais existentes entre as diversas regiões do Brasil. O autor distingue crise constituinte e crise constitucional, quando afirma que “a crise constitucional – temos reiteradamente asseverado – é a crise de uma Constituição, ou, de modo mais freqüente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição basta, para removê-la, utilizar o meio de reforma ou revisão; um recurso ou um remédio jurídico que a Constituição, mesma, oferece, contido no chamado poder de reforma constitucional. Se a crise, porém, se manifesta mais ampla e profunda ou tem dimensão que excede o habitual, é de todo ponto conveniente ter recurso ao poder constituinte de primeiro grau: faz-se uma nova Constituição para recompor as bases de legitimidade e auferir um governo estável”. E, mais adiante, remata que “a crise constituinte não é, por conseguinte, crise de uma Constituição, senão crise do próprio Poder constituinte: um poder que, quando reforma ou elabora a Constituição, se mostra, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a sociedade mesma no seu conjunto”.

recrudesce a crença popular na força e legitimidade da razão guiada pela economia, como instrumento de planificação e racionalização das relações sociais, gerando nas populações atingidas a falsa expectativa de que é possível controlar a voracidade do mercado, apesar da Constituição; (d) o já rotineiro processo de reforma da Constituição de eventual se torna permanente, sendo que as conquistas sociais obtidas no passado, como sinal maior da civilidade humana, são classificadas como meros privilégios pertencentes a uma casta que se beneficia do trabalho do povo; (e) as metas fiscais são inseridas no bojo da Constituição. Existe um movimento de constitucionalização e normatização das condutas em conformidade com as metas econômicas a serem atingidas²⁵⁶. Deste modo, a mera alternância de partidos políticos legitimamente eleitos não gera qualquer alternância de modelos econômicos aplicados num país, que bem poderia ser considerado laboratório de experiências científico-econômicas; (f) além de reduzir o papel do voto e das eleições na vida da Nação, o modelo imposto implica considerável redução da margem de incerteza nas relações comerciais, mormente as que representam transferência do patrimônio e serviços essenciais para a iniciativa privada. O Poder Judiciário adota mecanismos cada vez mais eficazes de represamento das resistências individuais, assegurando que as leis e contratos firmados no âmbito internacional sejam rigorosamente cumpridos²⁵⁷ já que, na verdade, não há, por parte da globalização, desprezo pelo

²⁵⁶ Exemplo desta hipertrofia do Estado de Direito fiscal está consignado em recente emenda da Constituição Federal de 1988 (EC 42, de dezembro de 2003), a qual inseriu o disposto no art. 37, XXII, com o seguinte teor: “XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

²⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro – a ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei 9.882, de 3 de

Estado, mas necessidade de eficiência e eficácia em dismantelar os direitos individuais e sociais²⁵⁸. O controle de constitucionalidade, na via concentrada, bem como as medidas legais de restrição na concessão de liminares em ações coletivas, são rapidamente ampliadas e absorvidas pela comunidade jurídica. A própria dogmática assegura, através de um discurso alegadamente científico, as incursões sobre direitos adquiridos, ao acenar com as teses que as justificam perante à população, tais como a da expectativa de direito; (g) finalmente, a cidadania é substituída pela intransigente defesa do consumidor (e não do cidadão). Neste quadro, a Administração Pública federal se mostra refratária a mecanismos populares de controle e consulta das decisões governamentais.

A redução do papel do Estado em sua atividade prestacional e de intervenção no domínio econômico – nas áreas ditas estratégicas para os países periféricos – é acompanhada pelo incremento da atividade de repressão criminal.

A cidadania se resume ao direito de exigir penas mais altas para os criminosos e polícias mais truculentas. A representação máxima do Estado, neste modelo, é na área de segurança pública. Esta armadura, por sua vez, exige o incremento da atividade fiscal (inclusive com a utilização do conservador discurso penal) e arrasta atrás de si desemprego, recessão econômica e redução de investimentos públicos nas áreas sociais. Como resgatar uma cidadania seqüestrada

dezembro de 1999. **Revista Forense**, Brasília, v. 97, n. 357, p. 41-50, set./out. 2001. De acordo com o autor, a globalização não é um fenômeno puramente jurídico, mas implica também sua alteração, com a implementação de parlamentos transnacionais e integrados, bem como com a criação de Cortes com poderes jurisdicionais para dentro das fronteiras dos Estados partícipes (p. 42).

²⁵⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 158.

pela economia²⁵⁹? Como devolver ao cidadão tudo aquilo que lhe foi subtraído, especialmente o direito de eleger aqueles que realmente tomam as grandes decisões governamentais no país?

Uma das vias adequadas passa pela renovação da hermenêutica constitucional e a reafirmação de uma vontade de Constituição por parte dos operadores do sistema jurídico. Passa, também, pela resistência a decisões casuístas no controle de constitucionalidade das leis, bem como por uma profunda reflexão sobre a teoria das condições da ação nos processos coletivos.

1.4.5 A crise do Estado-providência e a democracia

A importância do Estado de bem-estar social no mundo contemporâneo é imensa, sendo que se constituiu em verdadeiro paradigma, mormente após as grandes guerras. García-Pelayo²⁶⁰, em conhecido estudo sobre o tema, assinala, inclusive, que

a denominação e o conceito de Estado social inclui não somente os aspectos de bem-estar, como também os problemas gerais do sistema estatal de nosso tempo, que em parte podem ser medidos e em parte somente entendidos. Em uma palavra, o *Welfare State* se refere a um aspecto da ação do Estado, não exclusiva de nosso tempo – uma vez que o Estado do absolutismo tardio também foi qualificado como Estado de bem-estar – mas que o Estado social se refere aos aspectos totais de uma configuração típica de nossa época.

²⁵⁹ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 164. Carl Schmitt sustentava, por exemplo, que a Constituição (jurídica) de Weimar fosse substituída por uma Constituição econômica, por ser natural que um Estado econômico fosse regido por uma Constituição econômica.

As transformações deste século, a partir da Primeira Guerra Mundial, passaram pela Segunda Grande Guerra, guerra fria, reformas econômicas na China (1979), inauguração da *perestroika* e da *glasnost*, queda do muro de Berlim (1989), crise dos sistemas capitalistas do Leste Europeu, abertura de novas fronteiras de expansão do capitalismo e universalização da produção, num sistema de economia-mundo, conforme lembrado por José Eduardo Faria²⁶¹, criando um novo contexto no qual se encontra inserido o Estado contemporâneo.

A partir da decantada “crise do Estado contemporâneo”, antecedido pelo Estado liberal – de cunho contratualista – e pelo Estado social, importa salientar que o próprio conceito de soberania acaba tendo de ser revisto, como aponta Octávio Ianni²⁶², pois não há um centro das decisões políticas num determinado espaço

²⁶⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996. p. 14.

²⁶¹ FARIA, José Eduardo. **Globalização e direito**. São Paulo: Malheiros, 1999. Cap. 2.

²⁶² O autor aponta, em seu livro **A sociedade global** – capítulo dedicado ao cidadão do mundo, as novas variantes que compõem essa sociedade, bem como a necessidade de que o próprio conceito de Estados soberanos seja revisto, considerando as inúmeras alterações de comportamento social decorrente da globalização econômica, que pensa a cidade como mercadoria. No momento seguinte, assevera a necessidade de autoconsciência das pessoas, enquanto pressuposto da plena cidadania, desde que se propiciem as condições mínimas de informação pelo cidadão. Todavia, o desafio que a nova sociedade global impõe é a própria definição e delimitação da esfera individual, uma vez que até os problemas estritamente regionais são, hoje, pensados globalmente, criando um paradoxo da busca do individualismo numa sociedade que pretende a globalização. Existe uma crítica da chamada “razão instrumental” uma vez que o indivíduo teria sido anulado pelo fenômeno do individualismo, gravando a crise do homem moderno. O autor anota, ainda, como o protestantismo se universalizou em sua missão global econômica, de forma que a mercadoria poderia transitar sem traumas num mundo sem lugar para a autonomia do indivíduo e talvez para a ética. Nota-se, portanto, que a globalização econômica assume manifestações culturais dos mais variados matizes, inclusive religiosos, na medida em que impõe novos valores ao cidadão global, articulados numa teia de produção voltada para o individualismo. A própria língua falada se universaliza, já existindo propostas de uma moeda e língua únicas – o inglês, naturalmente. Em tal contexto, rareiam as críticas ao sistema e não se focalizam as dificuldades regionais de um determinado Estado. Também, a individualidade e a liberdade de expressão são substituídas pelo politicamente correto, aquele que fuma mas não traga. Cria-se o arquétipo do homem moderno, o qual ambiciona prescindir da sociedade onde vive uma vez que dispõe de internet e tevê a cabo, não importando o país onde viva ou as misérias que passam por sua janela. Fecha-se em si mesmo, procurando evitar sua redescoberta como indivíduo, porque a necessidade de integração na sociedade global não lhe permitiria conviver com a liberdade de crítica

territorial, mas sim, a convergência de interesses econômicos num plano global. Ferrajoli, por exemplo, entende que neste novo contexto – no qual a soberania interna perde sentido em favor de uma soberania internacional, baseada numa Constituição que transcenda os limites dos Estados nacionais – o Estado “já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes”²⁶³. No plano interno, o Estado-providência acaba sendo apontado como a causa de todas as mazelas do Estado contemporâneo brasileiro, quando, em verdade, a adoção dos postulados econômicos da globalização é que levam o país à ingovernabilidade, além de afetar diretamente a democracia, em especial nos países periféricos²⁶⁴. Arruda lembra que

a outra face do que constitui a globalidade da crise mundial é a decadência do *Welfare State*, sob o impacto dos efeitos das políticas neoliberalizantes e suas exigências antidemocráticas, expressadas na redução considerável de conquistas populares no plano jurídico²⁶⁵.

Mergulha-se numa nova Idade Média, na qual as forças do mercado definem o plano de ação (políticas públicas) dos governos eleitos, sendo que o espaço

da razão massificada. Busca-se, desta forma, a alienação. Um estágio de letargia mental que supere a dor e a solidão da vida moderna, da vida global.

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50. Nesta obra, o autor explica que o Estado “É grande demais para a maioria das suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastem com os velhos moldes centralizadores. Mas, sobretudo, o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra”.

²⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. A democracia, a globalização e a exclusão social. **Anais**. XVIII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO. Salvador, 11 a 15 de novembro de 2002. Brasília, 2003. v. I, p. 264. O autor recorda que “com a globalização o núcleo real do poder político transcende o espaço da democracia representativa, sendo que os que decidem não são eleitos e os que são eleitos não decidem”.

destinado ao debate democrático em torno do papel do Estado-providência brasileiro foi retirado rapidamente de pauta, através da emergência de uma cultura da crise.

Edgar Morin menciona que

concebemos nossa sociedade moderna, em seu desenvolvimento, não como uma sociedade que ainda contém resíduos do arcaísmo, mas como uma sociedade que suscita um novo arcaísmo, não que expulsa o mito para a racionalidade, mas que suscita novos mitos e novas irracionalidades, não que supera de modo decisivo os problemas e as crises da humanidade, mas que suscita novos problemas e novas crises²⁶⁶.

A crise do Estado-providência é aquela de um modelo de democracia substancial, com a conseqüente redução dos serviços sociais e a limitação do acesso aos bens sociais e culturais, possibilidade de uma efetiva participação política do cidadão²⁶⁷.

1.4.6 Concepção formal e substancial de democracia

A democracia está tradicionalmente associada ao exercício do poder político através de instâncias formais de representação, razão pela qual a cidadania é

²⁶⁵ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**: conflito e ordem na onda liberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 59.

²⁶⁶ MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX**. 3. ed. Tradução de Agenor Soares Santos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. v. II: Necrose. Edição brasileira de O espírito do tempo, p. 201.

²⁶⁷ Cademartori ensina que “o garantismo redefine o conceito de democracia. É chamado democracia substancial ou social o “estado de direito” munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a democracia formal ou política será o ‘estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (...) democracia social e estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um estado liberal mínimo (pela minimização das restrições das liberdades dos cidadãos) e estado social máximo (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por

tomada apenas em seu aspecto funcional, ou seja, como um mecanismo através do qual se fará a seleção dos representantes dos cidadãos/eleitores. Equiparam-se, portanto, os conceitos de cidadão e eleitor no modelo liberal derivado da soberania popular, forjada através de uma construção dos filósofos contratualistas, inspirado num paradigma liberal da burguesia. Concebendo-se a democracia como um mero regime de exercício do poder, ou seja, como uma mera opção política dos nacionais por um modelo que garanta ótimas decisões políticas com o menor investimento possível de recursos públicos, adota-se um critério formal-utilitarista de democracia. A *democracia substancial*, todavia, consiste no valor nuclear da Constituição brasileira de 1988, a partir da conjugação dos valores de cidadania e dignidade da pessoa humana.

O critério formal de democracia se revela insuficiente para a sociedade brasileira contemporânea, já que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas produziu um ambiente exclusivo em que as relações entre governos eleitos e empresas privadas nunca foram tão próximas. Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnocracia invisível que opera no interior do Estado usando de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no Brasil, raramente passam por um processo de avaliação prévia da população. Não raro, as políticas públicas endereçadas a um mesmo setor são objeto de constantes e profundas alterações, criando-se

parte do estado)". (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem

mecanismos irracionais de decisão modulados de acordo com os interesses dos atingidos. As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados. A ilusão substitui a democracia. Trata-se, portanto, de um argumento pragmático, que parte da análise das condições existentes na atualidade, mas que se reproduzem no nível global, atingindo os demais países periféricos, em especial a América Latina, na qual governos militares e despóticos sempre se alternaram no poder. Como responder às sociedades contemporâneas, reconstruídas a partir dos escombros da democracia na América Latina, sobre as demandas sociais, sem afetar as bases de um exercício democrático do poder? A democracia e a busca da igualdade social podem conviver pacificamente na América Latina?

A Constituição responderá a esta pergunta, pois o Estado constitucional e democrático de direito tem base em um conceito substancial de democracia, através do qual se impõe a ampliação do espaço de participação dos nacionais na escolha do conteúdo e forma de execução das políticas públicas. Neste sentido, todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana²⁶⁸.

garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 161)

²⁶⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, 28. O autor recorda que, “De modo particular, o princípio da legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio da maioria e aos direitos fundamentais – logo, ao povo e aos indivíduos –, e transformando os poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais. Sob esse aspecto, o modelo de estado de direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam

Qual é, portanto, o grau de efetiva representatividade dos governos eleitos, quando se considera a intervenção exercida por organismos internacionais na formulação das políticas públicas do país²⁶⁹? Neste sentido, os partidos políticos deixaram de se apresentar como o principal espaço de interlocução entre Estado e sociedade civil, já que surgiram formas alternativas de participação política²⁷⁰. Contudo, não existe possibilidade de superação do modelo representativo à luz da Constituição vigente, revelando-se importante, desta maneira, a combinação entre democracia representativa e direta. Gesta Leal, ao abordar a importância do sistema representativo, sustenta que,

apesar da descrença que atinge os representantes e as instituições representativas, a representação política continua sendo um instrumento de direção e implementação de políticas públicas, até porque a capacidade diretiva dos sistemas políticos, que podem ser democráticos ou não...depende da habilidade na execução das decisões (conformação com as pautas de prioridades previamente definidas), e a arregimentação de respaldo para essas decisões exerce um papel importante no processo – senão definitivo –; as instituições representativas – oficiais ou não – geralmente oportunizam este respaldo²⁷¹.

Não existe uma superação do sistema representativo – expressamente previsto na Constituição brasileira de 1988 – mas a ampliação do conceito de

excluídos os sujeitos ou poderes *legibus soluti*; assim como a doutrina liberal do estado de direito e dos limites de sua atividade equivale a uma doutrina de negação da soberania”.

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich (*Op. cit.*, p. 264), ao focar os efeitos da globalização nos países periféricos, recorda que, “Se desse modo os eleitos não mais decidem (porque decidem o ‘mercado’, a bolsa de valores, o FMI, o Banco Mundial & Cia.) e aqueles que decidem não são eleitos, faz-se mister desenvolver estratégias de resistência democrática. Do contrário, as formas de democracia direta ou participativa ficam inteiramente impossibilitadas, e mesmo a democracia tradicional do modelo representativo sucumbe diante de uma exclusão que cava vez menos pode ser acobertada – a uma exclusão da esfera na qual são tomadas as decisões de longo alcance”. A falta de lisura da contabilidade eleitoral decorre, essencialmente, do absentismo de juízes e promotores eleitorais, os quais só raramente investigam a idoneidade das contas apresentadas. Considerando que todos os partidos, sem exceção, burlam a legislação vigente através de “contribuições não-oficiais” que alimentam campanhas milionárias, o controle a ser exercido pelos próprios partidos não é efetivo e o poder judiciário apenas se encarrega de chancelar a contabilidade suspeita.

²⁷⁰ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. **Revista do Legislativo**. Brasília, n. 25, p. 59-66, jan./mar. 1999, p. 64.

cidadania, através de funções complementares a serem desempenhadas pela própria sociedade²⁷². Não se pode subestimar a importância do sistema representativo no Brasil e as conquistas obtidas através do direito de sufrágio. A pura e simples supressão de um modelo representativo, além de colidir com o texto da própria Constituição Federal, poderia ampliar o espaço de desigualdade social, na medida em que a “sociedade organizada” possui interesses próprios, de natureza privatista, os quais geralmente não coincidem com os interesses das coletividades não organizadas. As desigualdades culturais poderiam ampliar, neste contexto, as desigualdades sociais, engendrando um verdadeiro círculo vicioso no qual a democracia participativa se constituiria em mero artifício retórico de uma democracia aristocrática. As eleições são, portanto, uma porção indispensável da democracia contemporânea. A democracia depende, portanto, da ampliação dos bens ligados à educação e cultura. Sem estes últimos, mesmo a democracia direta, na forma de participação popular, mostra-se individualmente insuficiente na construção de uma cidadania emancipatória do ser humano²⁷³.

O sistema representativo, a par de sua expressa inscrição na Constituição brasileira de 1988, assume uma capital importância no debate em torno da democracia constitucional, quando se considera o recente processo de redemocratização, no país, e a escassa prática da intervenção política por parte do Poder Judiciário. O

²⁷¹ GESTA LEAL, **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 151.

²⁷² Cf. BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003. p. 234.

²⁷³ Cf. LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981. p. 89. (a partir da análise de pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos na década de 1970 por sociólogos da Universidade de Michigan.)

debate sobre o alcance do princípio da separação dos poderes conduz a um exame da própria legitimidade das decisões judiciais, porque fruto da vontade de agentes políticos que não são escolhidos pela população, através do direito de sufrágio, mas sim, por critérios de seleção interna aplicados pelos membros do próprio Poder. A democracia constitucional tem de ser discutida a partir de dois paradoxos, quais sejam, o fato de que o conteúdo da Constituição será construído a partir de decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade – ou seja, que juízes não-eleitos limitem a vontade de governantes eleitos pela população – bem como que através das Constituições vigentes as gerações atuais limitam a liberdade das gerações futuras²⁷⁴. Neste sentido, a democracia passa a ser rediscutida a partir do *argumento contra-majoritário*, uma vez que é tradicionalmente vinculada às instâncias de representação formal. Compatibilizar a vontade da maioria com princípios constitucionais estáveis coloca em termos claros a oposição entre democracia representativa e justiça. O conflito, contudo, é aparente para os que sustentam que a democracia depende de uma interpretação judicial de juízes não-eleitos, a partir de uma moralidade que pode ser da própria sociedade. Neste sentido, Dworkin sustentará que a democracia constitucional é compatível com uma concepção substancial dos juízes acerca dos valores morais, o que autoriza-os a adotar posições contra-majoritárias. Outros autores, como John Hart Ely, por sua vez, defenderão uma *concepção procedimental da democracia*, segundo a qual os juízes

²⁷⁴ Cf. FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. Curitiba. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003, p. 32. Neste artigo, o autor analisa a relação da democracia com a natureza fortemente contra-majoritária do controle judicial da constitucionalidade das leis, concluindo que, em democracias imperfeitas, o controle judicial se faz necessário como forma de ampliar o debate democrático acerca do conteúdo da Constituição.

devem interpretar a Constituição de maneira a assegurar as condições de desenvolvimento do jogo democrático, ou seja, devem garantir que os cidadãos sejam efetivamente representados. Finalmente, autores como Bruce Ackerman argumentam que os juízes podem adotar posições contra-majoritárias sempre que os membros dos demais poderes atentarem contra os princípios basilares da Constituição, uma vez que a maior parte dos cidadãos da geração atual não está vinculada à discussão pública sobre política e moralidade. *A concepção dualista* de Ackerman fixa, portanto, um debate entre princípios constitucionais que decorrem da vontade de uma geração passada, formada por cidadãos efetivamente interessados nas questões políticas, e a geração presente, que se faz representar no Congresso norte-americano, mas que raramente se envolve com o debate sobre os destinos da comunidade²⁷⁵. Neste sentido, a interpretação contra-majoritária dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos não afrontaria, em verdade, a democracia; muito ao contrário, reforçá-la-ia, garantindo a estabilidade dos princípios constitucionais ante a vontade de um Congresso que só formalmente representa a da população. Somente nos verdadeiros momentos constitucionais, depois de mobilizada uma comunidade que pouco se interessa pela política, poder-se-ia debater a natureza

²⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. **We the people**: foundations. Massachusetts: Harvard University Press, 1990. p. 262. Segundo o “dualismo”, existem dois tipos diferentes de decisões políticas numa democracia. A primeira é tomada diretamente pelo povo americano, em um verdadeiro momento constitucional; a segunda, pelos governantes eleitos. O autor superou a “dificuldade contra-majoritária”, estabelecendo uma distinção entre a política normal, ou seja, a legislação que resulta da atividade ordinária do Congresso, pela qual a comunidade não se interessa diretamente, com uma atividade legislativa que efetivamente toca no âmago da Constituição norte-americana, quando então, caso esteja mobilizada a comunidade em favor de uma determinada posição legislativa, poderá ser oposto o argumento contra-majoritário como um limite da atividade judicial. O dualismo constitui-se em argumento de superação da dificuldade contra-majoritária, partindo da grande dificuldade de mobilização política da geração presente diante das grandes causas que envolvem a moralidade e o destino da nação norte-americana.

antidemocrática da decisão dos juízes em face de uma proposta de alteração do texto constitucional.

O debate entre as *concepções procedimental e substancial* de democracia passa, portanto, pela análise da concepção de algumas das mais importantes expressões do constitucionalismo contemporâneo. No capítulo subsequente, serão vistas as principais teorias acerca da capacidade de interferência dos juízes na política, uma vez que já definido o conceito substancial de democracia e a origem do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2

A FUNÇÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 OS JUÍZES E A DEMOCRACIA

O modelo constitucional contemporâneo tem, por escopo, assegurar o equilíbrio entre o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e a moral. Os princípios constitucionais são elos operativos que conectam estes sistemas parciais, na medida em que a Constituição incorpora os valores e objetivos que provêm da sociedade através da interpretação judicial dos princípios. O debate acerca do conteúdo da Constituição brasileira de 1988 gravita em torno de um tema central: o conflito entre direitos individuais baseados no respeito à vontade humana e uma concepção comum e solidária de justiça. Neste contexto, o caráter desagregador dos direitos estritamente individuais - que alcançaram seu ápice com o Estado Liberal do final do século XIX – passa a ser confrontado com a natureza solidarista de uma concepção judicial sobre a justiça, com o escopo de assegurar harmonia ao grupo social²⁷⁶. As decisões contra-majoritárias dos juízes – especialmente em sede de controle de constitucionalidade – afrontarão, em muitos dos casos, a vontade das maiorias parlamentares que expressam, por sua vez, os objetivos traçados pelos grupos mais fortes da sociedade. Como equilibrar dois instrumentos essencialmente contra-majoritários – o

²⁷⁶ Sobre o confronto entre direitos individuais com sentido socialmente desagregador e os princípios de justiça encartados nas Constituições contemporâneas, remete-se a ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 97, item 3: a oposição à força desagregadora dos direitos individuais.

controle judicial da constitucionalidade das leis e a existência de um núcleo rígido nas Constituições contemporânea – e uma concepção da democracia tradicionalmente vinculada com a representação popular²⁷⁷? Como inibir o arbítrio nas decisões judiciais, uma vez que a interpretação constitucional está fundada na concepção de um homem: o juiz²⁷⁸? Como evitar que o modelo de Estado idealizado pelo julgador seja a única condicionante do processo de decisão judicial sobre o conteúdo da Constituição, o que implicaria puro arbítrio e, em última análise, o totalitarismo judiciário no Estado democrático de direito²⁷⁹? A resposta passa, inicialmente, pelo exame do conceito de Constituição. Ela confere racionalidade às decisões judiciais, além de assegurar a legitimidade material e sua eficácia social. A distinção entre democracias formal e substancial pode ser sustentada na concepção dos mecanismos constitucionais de exercício e distribuição do poder político²⁸⁰.

²⁷⁷ Cf. FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. Curitiba. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

²⁷⁸ Canotilho alerta que “*A terceira dificuldade radica no perigo de um direito de conteúdo variável, conducente a um perigosíssimo subjetivismo judiciário. Com efeito, o pluralismo de princípios está a paredes-meias com fragmentações interpretativas dos juizes, ficando tudo inseguro desde a regra aplicada e jurisdicionalmente mediada*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. A Principialização da jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, p. 83-89, abr./jun. 2000)

²⁷⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, RT, v. 7, n. 29, p. 231-237, out./dez. 1999. Sobre o tema, o autor lembra que “A ambigüidade das normas legais e constitucionais, aliada a um sentimento de co-responsabilidade do juiz, na medida em que é chamado a corrigir os desvios na execução das finalidades inscritas nos textos legais e constitucionais, têm o condão de afastar o juiz da clássica neutralidade. O juiz passa a ser encarado como elemento participante do sucesso ou do fracasso político do Estado. Contudo, tal ideologização do juiz tem um efeito perverso, pois cada juiz tem para si o seu Estado ideal. Dificilmente os juizes entrariam num acordo em relação a qual modelo político é o mais correto. Desse modo, imbuídos da responsabilidade política que o *Welfare State* lhes impôs, os juizes interpretam os conceitos indeterminados explicitados através de princípios e diretrizes gerais de modo que mais lhes agradam politicamente, ou, ao menos, se vêem tentados a tanto”.

²⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 10. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003, p. 157. Bobbio sustenta que a democracia é um regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera, sendo que a igualdade jurídica está associada a uma concepção de democracia formal e a igualdade econômica e social está vinculada a um conceito de democracia substancial.

2.2 OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

A perspectiva de Ronald Dworkin assume grande significado para os constitucionalistas contemporâneos, pois traz à luz uma discussão tradicionalmente contornada pela dogmática positivista, a qual estabeleceu uma clivagem absoluta entre direito e moral. Nesta tarefa, irá produzir sua concepção própria sobre o Direito. Neste contexto, o problema de Dworkin não é a figura do operador jurídico – o qual assume grande relevo no pragmatismo, por exemplo – mas sim, o que os operadores consideram como direito²⁸¹. Como recorda Habermas, “Dworkin exige a construção de uma teoria do direito e não de uma teoria de justiça”²⁸². Outros autores também buscaram na justificação e racionalização do processo de decisão dos juízes um elemento de manutenção dos princípios da democracia. Robert Alexy, por exemplo, enuncia, já no início de uma de suas obras, a importância da discussão acerca dos processos de racionalização na tomada de decisões dos juízes²⁸³.

²⁸¹ Albuquerque recorda que “a missão específica de descobrir os princípios e valores sociais que supeditam o Direito, propiciando decisões justas, nos casos difíceis, constitui uma tarefa hercúlea, que não pode ser confiada a qualquer jurista. Para enfrentar essa dificuldade, Dworkin concebe a teoria do Direito de Hércules, hipotético juiz dotado de habilidade, erudição, paciência e perspicácia sobre-humanas, que é capaz de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas para todos os problemas, mediante a construção de uma teoria sólida, coerente, fundamental”. (ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. **O Órgão jurisdicional e sua função**: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 41)

²⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 263.

²⁸³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 12. A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados.

A análise de Dworkin, de forma alguma pode ser desprezada, na medida em que a forma como os juízes decidem os casos que lhes são submetidos influencia o destino de uma determinada comunidade. Dworkin opta, portanto, por sustentar uma teoria do Direito e da democracia a partir da atividade judicial nos Estados Unidos²⁸⁴.

Ronald Dworkin tenciona responder de que maneira um controle judicial amplo nos Estados Unidos (*judicial review*) pode conviver com um sistema de representação popular, bem como com a autonomia dos Estados que compõem a Federação norte-americana. Assim, irá defender uma concepção substancial do princípio democrático, a partir do direito de cada cidadão a um tratamento justo e isonômico²⁸⁵. Segundo Dworkin, existe uma distinção entre as concepções majoritária e a constitucional da democracia. No primeiro caso, não se aceita que uma posição contra-majoritária dos juízes possa prevalecer, a partir de uma leitura moral da Constituição. Já a partir de uma *concepção constitucional da democracia*, os juízes estão autorizados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade, sempre que não forem observadas “condições democráticas”, ou seja, sempre que o processo legislativo deixar de tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração²⁸⁶. Esta concepção constitucional da democracia de modo algum colide

²⁸⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19. “Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.”

²⁸⁵ Dworkin empresta, a exemplo de boa parte dos constitucionalistas norte-americanos, uma grande importância à liberdade humana. Deste modo, a igualdade concebida por Dworkin não pode ser reconduzida ao conceito de igualdade material, que caracteriza os Estados sociais, mas sim uma igualdade instrumental de acesso a bens e serviços prestados pelo Estado, o que fortalece o debate em torno da discriminação positiva.

²⁸⁶ Cf. Dworkin, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 17. Para o autor, as decisões majoritárias somente podem ser reputadas como formas legítimas de auto-governo, caso os membros desta comunidade

com a premissa majoritária, já que a democracia depende de um órgão eleito pela comunidade com a função específica de regular os temas afetos à moralidade, como o aborto e a pena de morte, por exemplo. Todavia, a concepção constitucional da democracia considera que a intervenção judicial, a partir de uma "leitura moral da Constituição", mostra-se necessária nos casos de quebra do princípio da isonomia, não se podendo considerá-la como uma anomalia do processo democrático, mas sim, como garantia do tratamento isonômico. Trata-se, portanto, de fundamentar um discurso judicial de proteção dos direitos das minorias a partir de um argumento de ordem prática, ou seja, se alguém tem de dar a última palavra sobre os limites à vontade das maiorias ele é o juiz constitucional, a partir de uma leitura da moralidade da sociedade em que se encontra inserido²⁸⁷.

possam ser considerados como "membros morais" da comunidade, ou seja, que possuam o direito de participação nas decisões que afetem a comunidade, bem como que a comunidade trate todos os seus membros com igual consideração e respeito (especialmente no tocante à distribuição de recursos públicos) e, finalmente, que o membro da comunidade se sinta como um membro efetivo da comunidade, ou seja, que se reconheça como sua parte integrante. Estas seriam condições estruturais (p. 24) para o reconhecimento de uma comunidade moral genuína.

²⁸⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana**: la teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003. p. 203. A relação entre democracia e a atividade judicial consiste em um dos temas centrais da obra de Dworkin, o qual pode ser considerado como um dos maiores teóricos da atualidade acerca dos limites da atividade judicial. Nesta obra – capítulo 4 – ao tratar da "igualdade política", Dworkin irá advertir que o conceito de democracia não é unívoco, ao contrário, é uma idéia de grande abstração e mesmo ambigüidade. Neste sentido, o autor propõe a existência de duas concepções distintas sobre a democracia, a concepção dependente e a independente. Segundo a concepção independente de democracia, esta consiste num mecanismo de distribuição eqüitativa do poder sobre as decisões políticas de uma determinada comunidade. Neste sentido independente, a democracia não é julgada pelos resultados que produz, mas sim, a partir do respeito à observância da vontade da maioria, ou seja, da adoção de procedimentos eleitorais que assegurem o direito de participação de todos os cidadãos, em sua função simbólica, de agência e comunitária. Na função simbólica existe a declaração comunitária de que o indivíduo possui as condições de participar das decisões políticas. Na função de agência, o indivíduo assume a capacidade de fazer inserir suas próprias concepções morais no processo coletivo de tomada das decisões políticas e, sob uma perspectiva comunitária, trata-se de assegurar que o indivíduo se sinta como parte de uma comunidade que compartilha de uma mesma tábua de valores e objetivos. Dworkin irá rejeitar esta concepção independente – e formal – de democracia, muito embora reconheça que esta concepção é a que goza de maior estima junto à população, pois pressupõe uma aparente neutralidade sobre as opções de uma comunidade. Opta, portanto, por uma "concepção dependente" de democracia, segundo a qual os resultados produzidos pelo sistema democrático

Neste sentido, Dworkin estabelecerá diferenças entre princípios e políticas, com o intuito de demonstrar a existência de uma unidade intrínseca inerente ao Direito a partir dos princípios, os quais deverão guiar os juízes em suas decisões.²⁸⁸ Os juízes estarão jungidos, portanto, a uma ordem moral superior, já que as decisões judiciais devem se basear em princípios, não em estratégias políticas. Ademais, o *Direito como integridade* insiste na observância dos precedentes já existentes sobre o tema na fundamentação das decisões (vertical), bem como na manutenção dos mesmos fundamentos nas decisões futuras (horizontal)²⁸⁹.

Ronald Dworkin irá rejeitar, portanto, uma concepção jusnaturalista do Direito²⁹⁰, passando a sustentar que a toda pretensão jurídica corresponde uma idéia

interferem na concepção sobre a justiça ou adequação deste mesmo sistema, no que pertine com a distribuição de recursos e oportunidades entre os cidadãos da comunidade norte-americana. Segundo esta última concepção “dependente”, os juízes exercerão uma função de capital importância na democracia constitucional, já que irão limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade das leis, ou seja, os resultados produzidos pelo sistema de distribuição do poder político serão avaliados pelos juízes a partir do direito de igual respeito e consideração já presente na concepção de Rawls, por exemplo. Segundo Dworkin, um sistema democrático deve permitir “igualdade de influência” no processo político, o que se dá, fundamentalmente através da liberdade de expressão, motivo pelo qual uma concepção independente de democracia não se coaduna com o poder de influência de determinados segmentos da sociedade tais como os proprietários dos meios de comunicação etc.

²⁸⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 26. Recorda a autora que Dworkin chama de diretriz ou diretriz política o tipo *standard* que propõe um objetivo que tem de ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Chama “princípios” a um *standard* que tem de ser alcançado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão na moralidade. Cademartori, ao tratar da importância dos princípios na obra de Dworkin, recorda que “Se, no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de ‘tudo ou nada’ (*an all or nothing*), os princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação, mas sim, o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que definem quando eles serão aplicados ou não (CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1. ed, 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 101)

²⁸⁹ Cf. Dworkin, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 83.

²⁹⁰ Cf. CALSAMIGLIA, Albert. **Derechos en serio**. Apresentação à edição espanhola traduzido por Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984. Segundo o autor, “Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios

original, não havendo espaço para uma criação discricionária do juiz²⁹¹. Em síntese, as decisões judiciais devem ser tomadas em estrita observância de princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento, sob pena de serem ilegítimas ao afrontarem o sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia norte-americana. Existe uma resposta correta que pode (e deve) ser obtida a partir de uma prática interpretativa por parte dos juízes, combinando-se princípios e determinações de objetivos políticos do legislador.

Sobre o tema Klaus Günther recorda que

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que freqüentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é conseqüente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade²⁹².

O fundamento de legitimidade da atuação dos juízes nos casos difíceis consistiria, portanto, mais na sua capacidade de deduzir princípios morais regentes do sistema jurídico a partir da própria Constituição. Não se pode olvidar, contudo,

unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma caixa de torrentes transcendental que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validade e a justiça do direito. Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo – que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir. O autor americano tenta construir uma terceira via – entre o jusnaturalismo e o positivismo – fundamentada no modelo reconstrutivo de Rawls”.

²⁹¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **A dimensão jurídico-ética da razão**: o liberalismo jurídico de Dworkin. Florianópolis. 217 p. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC, p. 2.

²⁹² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004 p. 410. Em outra passagem (p. 411) o autor recorda que “A exigência de justificar decisões legislativas e judiciais, segundo uma teoria política coerente, estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas”.

que Dworkin escreve a partir da experiência judicial norte-americana, utilizando-se de precedentes nos quais a busca de um princípio substancial de democracia impunha uma verdadeira atividade criadora, o que de modo algum se presta a uma universalização plena desta experiência. O Direito como integridade busca, em última análise, conceber soluções judiciais que possam ser justificadas a partir de um modelo político fundado na igualdade.

A pergunta a ser feita, no tocante à legitimidade do modelo concebido por Dworkin é: o modelo clássico, que prevê a existência de funções distintas e especializadas dentro da organização do Estado, visando um exercício equilibrado e compartilhado do Poder, resolve e explica os problemas da pós-modernidade?

Pode-se afirmar que não, na medida em que inúmeras questões de índole estritamente política, as quais até recentemente eram discutidas e resolvidas dentro da esfera – ou sistema – político, agora são trazidas diariamente ao exame do Poder Judiciário, dada a complexidade das atividades desempenhadas pelo Estado e as colisões de tais atividades com os interesses de milhões de pessoas no Brasil. Ronald Dworkin argumenta que,

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere (...) devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder (...)²⁹³.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

Tanto no Brasil, como nos Estados Unidos, os grupos empresariais exercem enorme influência no processo de definição das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, alijando, na maioria dos casos, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal. Em artigo publicado em jornal de grande circulação no Brasil, Dworkin refere que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável, e que tem-se mostrado eficiente na realidade norte-americana:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo²⁹⁴.

No caso brasileiro, a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre uma crítica mais intensa pela sociedade e pelos membros dos demais Poderes, os quais, tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – cada vez mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade. Dworkin irá sustentar que a atividade judicial se funda num peculiar tipo de argumento, de natureza principiológica, o qual deve prevalecer em relação aos argumentos de natureza política. Neste sentido, estabelece uma distinção entre as decisões políticas de capital importância para a

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de S. Paulo**, Espaço Aberto, 26 abr. 1997.

presente tese, qual seja, entre *questões sensíveis à eleição* e *questões insensíveis à eleição*, concluindo que as questões de política são “sensíveis à eleição” (e à vontade da maioria), enquanto que as questões de princípio “não são sensíveis à eleição”, permitindo, portanto, a intervenção reguladora dos juízes. Neste sentido, a decisão sobre a construção de um estádio de esportes ou sobre a construção de uma estrada pública depende da eleição da comunidade, o mesmo não podendo ser aceito no tocante à discriminação racial ou à pena de morte²⁹⁵. Existe, portanto, uma correspondência lógica e necessária entre participação democrática e políticas públicas. Nesta *concepção substancial de democracia*, os juízes possuem uma grande importância, pois será através da interpretação judicial dos princípios constitucionais que o espaço destinado a cada um dos órgãos do Estado será fixado. Conclui-se que à luz da concepção substancial de Dworkin sobre a democracia, o processo de formulação das políticas públicas é *uma questão sensível à eleição*, o que se converte em um importante argumento da presente tese em favor de uma limitação da atividade judicial.

2.3 JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE HABERMAS

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana**: la teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003. p. 224. A obra foi originalmente publicada em inglês no ano de 2000. Nela, Ronald Dworkin irá dizer que “a decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. Mais adiante escreve que (...) a decisão de matar ou não

A teoria da ação comunicativa se funda, basicamente, na tentativa de solução de um problema de ordem política, qual seja, a legitimidade da ordem jurídica e os conflitos entre facticidade e validade, a partir de uma perspectiva sociológica. Utiliza-se, para tanto, da concepção de Kant acerca das diferenças entre a moralidade e a legalidade²⁹⁶, com o que intenta explicar a vinculação dos cidadãos ao Direito a partir de uma legitimidade buscada no consenso. Muito embora reconheça a complementaridade entre o Direito e a Moral, Habermas adverte que

Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucionais. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação²⁹⁷.

Neste sentido, sua análise está centrada na consideração de que será com o surgimento da modernidade que ocorrerá uma transformação da consciência moral, sendo que, numa nova dimensão da moral institucionalizada ou convencional, ela se

os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição”.

²⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait, Brasília: UnB, 1997. Segundo Bobbio (p. 55), em Kant a distinção entre Moral e Direito consistiria apenas na forma através da qual o indivíduo se obriga, pois enquanto no Direito não há qualquer impulso interno, na Moral existe um impulso do agente voltado para a ação, ou seja, “o que faz da ação conforme a este dever sucessivamente uma ação moral ou jurídica é a diferente motivação da ação”.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 141. O autor recorda, ainda, que (p. 141) “A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam-se co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito mais tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas”.

revelará fundamental para a especificidade de um novo direito²⁹⁸. A forma como a democracia se expressa nas sociedades contemporâneas é analisada sob uma perspectiva kantiana, segundo a qual deve existir um consenso em torno das decisões políticas, tomadas no interior de espaços públicos que permitem a interlocução entre os cidadãos. A comunicação entre os cidadãos, através de instâncias públicas, consistiria em um mecanismo eficiente para mitigar o processo de distanciamento da Administração em relação à massa de eleitores, conseqüência natural das pressões exercidas no interior do sistema político pelos grupos organizados da sociedade. Habermas observa um fenômeno de absoluta insuficiência dos mecanismos tradicionais de representação, segundo os quais os partidos políticos realizariam uma “filtragem” das expectativas populares, razão pela qual propõe um “modelo de circulação do poder político”. Neste sentido, ao tratar da democracia, Habermas constata que as teorias existentes até a década de 60 estavam ancoradas em um modelo liberal de representação popular, de acordo com as quais haveria uma integração entre a massa de eleitores e os governos eleitos. Por isto irá sustentar, a partir de uma concepção contemporânea da teoria dos sistemas – a qual inclui o chamado “mundo da vida” – que “há evidências de que o sistema administrativo só pode operar num espaço muito estreito; parece que ele

²⁹⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. Os fundamentos de legitimidade do Estado Constitucional: As análises de Weber e Habermas. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 5-20, p.15.

age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja”²⁹⁹.

Para tanto, Habermas recorre a uma teoria na qual todos os membros da comunidade jurídica são considerados sujeitos capazes de entendimento e, portanto, de comunicação, através da qual será possível – a partir de um amplo debate – a obtenção de consensos acerca da legitimidade das normas positivadas. Para Leonel Severo da Rocha, “a teoria da ação comunicativa fornece instrumentais para uma melhor compreensão da racionalidade democrática e construção de uma nova cultura política”³⁰⁰. Esta nova cultura política se assenta na chamada “democracia procedimental” que se baseia na ampliação dos espaços democráticos de debate acerca das decisões políticas, transcendendo os limites da tradicional representação popular, a partir de uma perspectiva fundada em “uma prática discursiva dialógica, face-a-face e orientada para o entendimento mútuo, através exclusivamente da força do melhor argumento”³⁰¹. A teoria da ação comunicativa vai buscar nos espaços paraestatais a formulação de políticas baseadas na deliberação e no consenso dos cidadãos. Trata-se, portanto, de uma tese que busca conferir legitimidade à atuação do Estado contemporâneo, a partir de uma lógica discursiva, para a qual contribuem as opiniões do maior número possível de cidadãos. A legitimidade das normas

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 61.

³⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo da. **Direito, cultura política e democracia**. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo: 2000, p. 141-157, p. 156.

³⁰¹ GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865, p. 860. O autor ainda recorda, ao tratar da democracia procedimental, que “este modelo de comunicação tem por objetivo descrever e interpretar a inserção do indivíduo num contexto

jurídicas, a ser obtida a partir da efetiva participação dos cidadãos, é que irá garantir a sua validade. Paulo Bonavides, muito embora reconheça alguns dos problemas derivados da adoção de uma teoria sistemática para o Direito – tais como o imobilismo social correlato a uma concepção que busca a estabilidade – argumenta que “a nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social”³⁰². A teoria da ação comunicativa visa apresentar uma alternativa ao positivismo jurídico e ao seu projeto de uma validade formal e absoluta, bem como a uma retórica de valores individualmente considerados, a partir da aplicação da regra de precedência condicionada, como proposta por Alexy. Também assume a incumbência de superar as concepções tradicionais acerca da teoria dos sistemas, a partir de uma crítica à *autopoiesis* e sua incapacidade estrutural de romper com o que acredita ser uma forma autismo que impede uma comunicação entre os sistemas, propondo a adoção de princípios fundados na razão prática e na comunicação entre os cidadãos³⁰³. Através deste *conceito procedimental de democracia* é possível ampliar o grau de abertura cognitiva do sistema, impondo-lhe uma necessidade cada vez maior de hetero-

intersubjetivo concreto, oportunizando-lhe constituir(-se) o mundo da vida, no caso particular, co-responsabilizando-se pela gestão dos seus interesses e da comunidade em que vive”.

³⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125.

³⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos. A ética em redefinição: um novo fundamento para o direito. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 50-58, jul. 1993. O autor ainda aduz que “Além disto, toda e qualquer concepção ética, a partir do discurso prático consensualizado, deve tratar e considerar a reciprocidade de três grandes princípios de fundamentação universal: princípio da justiça, princípio da solidariedade e princípio do bem-comum. Passa a ser essencial para Habermas que a ética do discurso prático-comunicativo, enquanto ética de cunho universalista, dependa de formas reais de vida e das ações humanas concretas”.

legitimação³⁰⁴. Como recorda Gesta Leal, ao abordar a importância dos conceitos de Habermas para a construção da democracia,

um processo deliberativo que funcione sob o fundamento da inclusão intersubjetiva dos seus operadores, não precisa negar ou mesmo afastar a experiência da representação política, mas ampliá-la a extensões cada vez maiores, fazendo com que os resultados políticos de ações cotidianas respondam aos desejos e aspirações populares e massivas³⁰⁵.

Neste sentido, o escopo da tese sustentada por Habermas consiste em garantir as condições do processo democrático, já que não aceita a Constituição como uma ordem prévia de valores a serem descobertos pelos juízes, mas sim, como o espaço para um amplo debate através do qual os próprios cidadãos irão definir o destino da comunidade³⁰⁶.

Após analisar as teorias de Elster acerca da formação da vontade política nas discussões havidas nas assembleias constituinte da Filadélfia (1776) e de Paris (1789), especialmente a diferenciação entre as argumentações – que envolvem os argumentos de justiça e os ético-políticos – e a barganha entre os constituintes, Habermas desenvolve uma teoria que distingue os argumentos de *justificação* e de *aplicação* dos juízes. É na justificação das decisões judiciais que Habermas irá apresentar uma proposta que representa um notável avanço teórico no comparativo com as teorias tradicionais sobre a democracia nas sociedades contemporâneas. Ao adotar uma concepção procedimentalista da democracia, Habermas amplia, de forma sensível, a necessidade de observância pelos juízes das políticas públicas

³⁰⁴ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003. p. 203.

³⁰⁵ *Op. cit.*, p. 836.

formuladas pela própria sociedade. Como recorda Lenio Streck “Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito”³⁰⁷.

A compreensão de Habermas acerca do potencial democratizante da Constituição, como um verdadeiro espaço de debate entre os diversos segmentos das comunidades contemporâneas corresponde a uma concepção pluralista da sociedade atual. Muito embora sua aplicação no Brasil esbarre em questões de ordem prática – como, por exemplo, a baixa capacidade de mobilização política da massa de eleitores, como decorrência direta da deficiência estrutural dos meios de distribuição dos bens culturais – é válida como uma concepção de Constituição que impõe uma importante tarefa aos juízes, qual seja, a de não ceder à tentação de um ativismo judicial sem antes recorrer a argumentos democráticos que justifiquem sua intervenção em sede de políticas públicas.

A concepção de Habermas sobre a Constituição é válida no contexto brasileiro, desde que se considerem as limitações naturais de sua adoção no país. O caráter procedimental da jurisdição no Brasil impõe limitações à atividade judicial, caso se considere a democracia representativa – através da lei votada pelos representantes da nação – como a única e exclusiva alternativa. Contudo, uma interpretação aberta da Constituição brasileira de 1988 permite vislumbrar uma série de possibilidades distintas de superação dos modelos tradicionais de democracia

³⁰⁶ Cf. SOARES, Guilherme. O procedimentalismo constitucional e a modernidade periférica. In: SANTOS, Rogério Dutra. **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 1.191-1.210, p. 203.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 138.

representativa, de molde a incluir no debate constitucional atores sociais até então confinados aos guetos criados pela ciência do Direito e seus mitos dogmáticos.

As críticas a um modelo procedimentalista são, efetivamente, procedentes no que tange à tutela dos direitos e garantias individuais fundamentais, em relação aos quais o intérprete deve buscar diretamente na Constituição – e não na própria sociedade – a melhor proteção para um direito individual a partir de uma jurisprudência principiológica³⁰⁸. Devolver à sociedade uma função já outorgada aos juízes significaria romper com a democracia, quando se considera o caráter normativo da Constituição e o papel destinado ao Poder Judiciário pela Assembléia Constituinte. Não existem mecanismos de salvaguarda dos direitos e garantias individuais fora do Estado brasileiro, uma vez que as desigualdades sociais não propiciam a auto-regulação neste setor. Neste ponto, cabem as considerações de Lenio Streck no sentido de que “ (...) o procedimentalismo habermarsiano parece olvidar que, naquilo que a tradição tem entendido como Direito, a coerção é o elemento fundamental do processo que submete os indivíduos no interior de cada Estado”³⁰⁹. Todavia, em sede de formulação de políticas públicas, a tese sustentada por Habermas parece adequada, pois dá amparo à intervenção judicial a partir dos procedimentos de fixação de um consenso possível que envolva os cidadãos diretamente afetados pela ação dos governos eleitos.

³⁰⁸ Cf. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **O pêndulo da democracia contemporânea**: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição. 2004. 359 p. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). A autora critica a concepção procedimental da democracia proposta por Habermas, a partir da necessidade de se buscar na normatividade da Constituição algumas das soluções judiciais legítimas, o que demanda, segundo a autora, a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição, em sede de controle de constitucionalidade, a partir da concepção sugerida por Peter Häberle.

A aproximação entre Habermas e Dworkin é retratada por Frank Michelman³¹⁰, o qual recorda o fato de que Habermas estaria à esquerda de Dworkin, o que não deixa de conduzir a uma perplexidade, uma vez que proposições de caráter coletivista – como a teoria procedimental da democracia, por exemplo – geralmente estão vinculadas à esquerda. Dworkin, por sua vez, ao sustentar um caráter substancial de democracia autoriza uma maior intervenção dos juízes, a partir do conceito de Direito como integridade, o que de modo algum pode ser reputado como uma “bandeira da direita”. Ambos partem, desta forma, de um paradigma liberal, pois consideram a importância da soberania popular para a democracia, ou seja, a uma ideia que remonta ao movimento liberal francês e à concepção de “vontade geral”. Habermas acredita, *a fortiori*, que a intervenção judicial na formulação das políticas públicas se revela possível, já que as instâncias de democracia participativa legitimariam a intervenção positiva dos juízes. Dworkin chega ao mesmo resultado, mas através de via oposta, ou seja, considerando que numa democracia constitucional os juízes estão habilitados a expressar a única resposta correta, a partir da tradição, ou seja, do Direito como integridade. Esta proposição até poderia ser classificada de puro intuicionismo, não fosse a força normativa dos princípios constitucionais. A concepção de Habermas, por sua vez, oferece respostas satisfatórias a algumas das indagações inerentes às sociedades pós-industriais, tais como sobre o grau de efetiva influência da “massa de eleitores” nas decisões

³⁰⁹ *Op. cit.*, p. 153.

³¹⁰ MICHELMAN, Frank. Democracy and Positive Liberty. **Boston Review**: a political and literary forum. Publicado originalmente em nov. 1996. Disponível em: <www.bostonreview.net/BR21.5/michelman.html>. Acesso em: 23 jul. 2004. Segundo o autor, a teoria procedimental de Habermas acaba reconduzindo os termos da equação a um inexorável substancialismo, na medida em que o critério de validade universal, a partir de um ideal kantiano, não pode ser considerado um critério procedimental.

governamentais acerca das políticas públicas. Dworkin irá responder que mesmo em relação às políticas públicas formuladas a partir do consenso possível, numa democracia realmente participativa, o direito a um tratamento igual entre os cidadãos servirá como uma barreira intransponível que será construída a partir da Constituição, com o que a colisão entre substancialismo e procedimentalismo resulta clara. Conclui-se, à luz da concepção procedimental sustentada por Habermas, que a formulação de políticas públicas será um processo operacionalizado a partir das eleições da própria sociedade, prevalecendo os instrumentos de participação popular, tais como os conselhos deliberativos de políticas públicas³¹¹.

2.4 OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE JOHN ELY

Uma das obras mais importantes do constitucionalismo contemporâneo nos Estados Unidos é “*Democracy and Distrust: a theory of judicial review*” – traduzido para a língua portuguesa como “Democracia e Desconfiança: uma teoria da revisão judicial” – obra na qual John Hart Ely traça considerações acerca do debate entre *interpretativistas* e *não-interpretativistas*. Para Ely, a democracia é incompatível com um sistema no qual os juízes busquem em suas próprias concepções acerca dos valores fundamentais da Constituição, os limites para a atividade dos demais

³¹¹ O papel dos conselhos deliberativos será analisado em tópico próprio da presente tese, ocasião em que se sustenta a natureza vinculante de suas deliberações para o Poder Executivo, o qual deverá fazer inscrever no projeto de lei orçamentária anual a obra ou serviço público preconizado pelo

Poderes, escrevendo, obviamente, sob a perspectiva da função histórica desempenhada pela Suprema Corte norte-americana. Para o autor, o problema central do “judicial review” nos Estados Unidos consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou de outra forma, politicamente responsável em qualquer significado estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam”³¹². Ely confere, portanto, um imenso significado ao sistema de democracia representativa, ao referir que a base do constitucionalismo norte-americano se assenta num poder outorgado pelo povo dos Estados Unidos aos seus legisladores. Para tanto, o autor considera que a sociedade norte-americana necessita da atividade judicial para se manter coesa, ou seja, para que no sistema representativo os interesses da maioria não suprimam os das minorias. Esta função judicial teria sido compreendida pelos pais da Constituição dos Estados Unidos (*framers*), a partir das concepções de autores como Locke e Rosseau, para os quais os interesses de cada um dos indivíduos, numa concepção idealista, coincidem com o interesse geral. Somente a efetiva participação no sistema representativo e na percepção dos benefícios sociais poderia assegurar o equilíbrio entre a representatividade das maiorias no Congresso e a efetiva proteção das minorias. Para Ely, uma concepção substancial dos valores da Constituição não legitimaria as decisões judiciais, pois sob o ponto de vista axiológico não haveria qualquer distinção no tocante aos valores eleitos pelo Congresso.

conselho respectivo. Em caso de descumprimento deste dever, a ação civil pública se apresenta como o instrumento processual mais adequado.

³¹² ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press: 1995. p. 5.

A grande questão, segundo Ely, continua sendo, portanto, a legitimidade de juízes não-eleitos para deliberar sobre políticas públicas em sede do controle da constitucionalidade das leis aprovadas pelos representantes da população. Para tanto, o autor rejeita que a legitimidade das decisões judiciais possa ser amparada na tradição, já que na prática as maiorias parlamentares do passado estariam comandando as maiorias do presente. Não aceita, ainda, que os juízes possuam o método mais adequado para compreender a moralidade da nação, no comparativo com os membros do Poder Legislativo. É através de uma concepção histórica da Constituição norte-americana que Ely irá sustentar que o sistema representativo se assenta em duas premissas básicas, a participação no processo político (*procedures*) e a participação nos benefícios sociais decorrentes deste processo. Busca-se, claramente, proteger os direitos das minorias através da intervenção judicial, a partir da constatação de que na sociedade norte-americana os interesses das minorias têm sido historicamente desconsiderados, especialmente no tocante ao direito de participação das minorias no processo democrático (direito de sufrágio) e no direito a um tratamento isonômico em favor das minorias raciais. Para a corrente interpretativista, sempre que um juiz constitucional declara a incompatibilidade de uma lei ou de uma política pública com a Constituição não está, em verdade, confrontando o regime democrático. Muito ao contrário, está assegurando que a vontade da população seja satisfeita, através de uma interpretação que considere que os objetivos e limites implicitamente contidos na lei e na própria Constituição³¹³. Para Ely, o poder conferido aos juízes constitucionais – de analisar os limites da

³¹³ *Idem*, p. 8.

atividade legislativa ante os valores e princípios contidos na Constituição – consiste num poder superior ao exame de legalidade, pois neste último caso a própria lei poderia ser alterada pelo legislador, nos termos do que fora definido pelas Cortes. Já no exame de constitucionalidade, os juízes estariam construindo o conteúdo da própria Constituição, o que deve ser compreendido dentro do contexto da Carta norte-americana, ou seja, uma Constituição sintética³¹⁴. Neste sentido, Ely recorda que a concepção dos juízes acerca do conteúdo da Constituição não pode ser desprezada, já que muitas das políticas públicas envolvendo direitos trabalhistas, trabalho infantil e o sindicalismo podem ser retardadas por décadas pelo Poder Judiciário, o que para os atingidos significará um dano irreparável³¹⁵.

Não se pode olvidar, contudo, que a maior parte dos constitucionalistas norte-americanos, ao proceder à análise dos limites da atividade judicial em sede de controle das políticas públicas, tende a recordar a chamada era *Lochner* da Suprema Corte dos Estados Unidos. Durante este período que coincide com a Grande Depressão nos Estados Unidos, muitas das políticas públicas de natureza social preconizadas por Roosevelt, têm sua eficácia retardada por diversos anos pelo Poder Judiciário, sob o argumento de defesa da propriedade privada. Roosevelt então opta por uma abordagem política dos limites da atividade da Suprema Corte, propondo ao Congresso norte-americano a imediata alteração da composição da Corte, de molde a lhe assegurar a maioria (*Court packing*). Somente anos mais tarde, por força desta clara intervenção no poder judicial, é que Roosevelt irá garantir

³¹⁴ Para uma análise da concepção substancial do princípio democrático ver TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed. New York: The Foundation Press Inc, 1998.

³¹⁵ *Idem*, p. 45.

uma alteração das posições da Suprema Corte acerca da constitucionalidade das políticas públicas inerentes ao *New Deal*. Portanto, mesmo com o apoio incondicional das urnas e a partir de políticas de forte impacto junto à população, o Poder Judiciário exerce uma atividade de enorme importância neste contexto. Esta relação entre liberalismo e ativismo judicial não deixa de soar estranha na história da Suprema Corte, já que tradicionalmente o liberalismo pode ser identificado com uma postura de auto-contenção da atividade judicial. Portanto, ao fixar um debate entre os interpretativistas e os não-interpretativistas, Ely não aceita que os valores da Constituição dependam da “bondade” dos juízes³¹⁶, estabelecendo uma crítica aguda ao uso que os não-interpretativistas fazem do direito natural³¹⁷, o qual, segundo o autor, pode servir de argumento para qualquer proposição³¹⁸. A combinação entre

³¹⁶ Segundo o chamado “realismo” norte-americano, o conteúdo das decisões judiciais a respeito da Constituição dependeria exclusivamente das concepções pessoais dos juízes constitucionais, o que certamente é compatível com o princípio democrático, na medida em que os juízes não são eleitos pela população e seus valores pessoais não podem sobrepujar as opções legislativas da população. Não se trata de confrontar, portanto, a defesa das minorias com uma democracia fundada na vontade das majorias, mas sim de extrair da própria Constituição os limites impostos à vontade das majorias parlamentares em face de direitos fundamentais.

³¹⁷ WALLACE, J. Clifford. An inquiry into the limits of constitutional interpretation. In: _____. **Still the law of the land: essays on changing interpretations of the Constitution**. Michigan: Hillsdale College Press, 1987. p. 1-14. Segundo Wallace, o interpretativismo, de que trata Ely, estaria diretamente ligado a uma interpretação sobre a constitucionalidade das leis que parte da própria Constituição e dos limites impostos pelo constituinte, do que resultam os argumentos em favor da auto-contenção judicial. O não-interpretativismo, por sua vez, estaria relacionado a uma concepção substancial acerca dos valores constitucionais, o que poderia conduzir a uma aplicação do direito natural como um artifício para encobrir as preferências pessoais dos juízes.

³¹⁸ Cf. MICHELMAN, Frank. Welfare rights in a constitutional democracy. In: **Washington University Law Quarterly**, v. 1979, n. 3, p. 659-693, p. 668. Frank Michelman considera que Ely se insurge, basicamente, contra uma concepção de justiça baseada no voluntarismo judicial, a qual reputa incompatível com a democracia, bem como uma concepção baseada no direito natural. Para Michelman, a obra de Ely poderia ser utilizada na defesa da tese de que os direitos sociais estão previstos na Constituição dos Estados Unidos, na medida em que a estigmatização de determinados grupos raciais ou sociais, através da limitação de acesso aos serviços sociais, afetaria diretamente a forma de exercício do poder político nos Estados Unidos. O direito de participação no processo político dependeria, portanto, do acesso aos bens sociais essenciais, como educação e saúde por exemplo. Neste sentido, Michelman recorda que “sem educação básica – ou seja, sem a compreensão dos mecanismos da política e do mercado, que esperança existe para uma efetiva participação das minorias?” (p. 677). O autor conclui, portanto, que a satisfação de direitos sociais seria um ingrediente crucial em qualquer tentativa de eliminar os vestígios da escravidão existentes no

representação e participação consistiria no mecanismo compatível com a democracia contemporânea, assegurando um equilíbrio entre a vontade da maioria parlamentar e a proteção das minorias. A regra da maioria foi criada exatamente para atender a um ideal de respeito pela vontade de cada um dos membros da Nação, mas gerou um efeito secundário, no sentido de que as minorias restariam facilmente desprotegidas. As minorias, neste sentido, deveriam receber a proteção judicial específica, com o objetivo de lhes assegurar o direito de participação no processo democrático, ou seja, de proteção dos mecanismos institucionais de contenção dos efeitos indesejados da aplicação da regra da maioria. Para Ely existiria um direito substancial de participação das minorias no processo democrático, através do qual será institucionalmente decidido de que maneira os bens sociais serão distribuídos entre a população, do que se pode concluir que um sistema de igualdade de oportunidades deve ter como premissa a distribuição estatal de bens sociais fundamentais. Bem por isto, a intervenção judicial se legitima na tradição norte-americana exatamente para corrigir as deficiências do sistema de democracia representativa³¹⁹. Muito embora o ativismo judicial não possa ser equiparado a uma doutrina que remonta exclusivamente ao direito natural – especialmente quando se considera o papel dos princípios constitucionais –, não se pode subestimar a força dos argumentos de Ely neste particular. O autor pretende, em verdade, sustentar que uma *concepção procedimental da Constituição* se revela como a mais adequada à realidade contemporânea, já que a interferência direta dos juízes a partir de uma

sistema de representação democrática, já que existe uma relação direta entre segregação racial e pobreza nos Estados Unidos (p. 678).

³¹⁹ MICHELMAN, Frank. *Op. cit.*, p. 673.

hierarquia pessoal de valores conduz à tirania judicial. Realmente, a interpretação dos princípios da Constituição acaba conduzindo, de forma inexorável, a uma mensuração sobre a importância dos valores constitucionais no caso concreto e uma teoria da ponderação dos princípios em Alexy resulta, em apartada consideração, em um sistema tendencialmente conducente ao voluntarismo judicial.

A definição dos casos em que o legislador e o constituinte, de forma deliberada, outorgam aos juízes o papel de conformação prática dos valores constitucionais não é fácil, já que dificilmente o Poder Legislativo conseguirá traduzir em termos claros seus objetivos. Este tema ganha relevância no presente estudo quando se considera que os direitos sociais previstos na Constituição, bem como a forma de intervenção do Estado na economia, não estão previstos em termos precisos, mas geralmente remetem à adoção de determinados princípios constitucionais amplos. Não existem, portanto, limites claros à intervenção judicial, sendo certo que a preocupação da doutrina constitucional norte-americana está diretamente relacionada com as leis e políticas que afrontam direitos fundamentais.

No caso brasileiro, contrariamente, o debate gravita em torno dos limites da atividade judicial em face da omissão do Poder Público, especialmente no que tange ao atendimento dos direitos sociais previstos de modo expresso no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, como, por exemplo, o direito à moradia, à saúde e à educação. Estes direitos, tomados em sua expressão literal, conduzirão a um debate diferente no Brasil, já que a defesa da aplicabilidade imediata e ampla dos direitos sociais parte de uma interpretação literal da própria Constituição. A Constituição brasileira, por sua natureza analítica e compromissória, irá definir direitos sociais, os

quais considerados a partir de uma interpretação literal, poderiam conduzir a uma concepção plenamente compatível com o “ativismo judiciário”. Portanto, somente a partir de um debate acerca do conteúdo do princípio democrático no Brasil se revela possível traçar limites para a atividade judicial de controle das políticas públicas, quando então o papel dos juízes terá de ser redefinido a partir do Estado neoliberal. Para Ely, uma concepção procedimental da democracia é possível desde que se confira uma grande amplitude ao princípio da igualdade pois, segundo o autor, o modelo pluralista - no qual as minorias conseguem se proteger sozinhas, a partir de acordos de convivência obtidos junto aos demais grupos - nem sempre funciona, bastando mencionar a segregação racial nos Estados Unidos, apesar do direito de sufrágio da comunidade discriminada³²⁰. Portanto, Ely compreende que determinadas políticas públicas terão de ser suportadas diretamente pelos juízes, com o fito de assegurar a participação de grupos minoritários no processo democrático. Esta proposição esbarra, todavia, numa crítica rotineiramente endereçada aos interpretativistas por parte dos defensores do ativismo judicial, no sentido de que ao proteger os direitos de participação das minorias no processo democrático, os procedimentalistas estão aceitando uma concepção substancial de democracia e, por conseguinte, um dos pilares do ativismo judicial³²¹. Contudo, Ely irá argumentar que somente os bens que asseguram uma efetiva participação no processo democrático podem ser reputados como essenciais na Constituição e que a distribuição de outros bens e serviços, muito embora possam ser considerados muito importantes, não

³²⁰ ELY, John Hart. Op. Cit.p. 135.

afetam diretamente a democracia. Ely atenta para uma importante questão em sede de definição de políticas públicas, pois recorda que as razões que levaram um determinado governo eleito a escolher uma política pública como prioritária não podem ser consideradas inconstitucionais somente pelo fato de que alguns dos grupos sociais e econômicos não foram diretamente contemplados. Obviamente que os grupos não beneficiados pelas medidas previstas nas políticas públicas irão buscar junto ao Poder Judiciário a adoção de medidas de extensão, ou seja, que invalidem a escolha feita pelos governantes a partir de um argumento baseado no tratamento isonômico, o que de fato se releva bastante útil nos casos em que as políticas já tenham sido implementadas. Neste sentido, a exclusão de determinados grupos sociais e econômicos poderá ser considerada como inconstitucional pelos juízes, caso a exclusão seja reputada como incompatível com o tratamento isonômico. Portanto, na definição clara dos limites e alcance de uma política pública, o princípio isonômico deve ser considerado, o que em última análise, conduzirá os juízes à utilização de uma *concepção substancial dos valores da Constituição*, com especial relevo na igualdade. Todavia, a situação é totalmente distinta nos demais casos, quando então a própria escolha de uma política pública dependerá de uma avaliação política dos governos eleitos e que certamente implicará a exclusão dos interesses de um determinado grupo. Ao escolher construir um hospital ao invés de uma escola, certamente que um governo eleito terá de fazer uma opção a partir de critérios políticos que também tomem em consideração os dados técnicos sobre a

³²¹ Assim, por exemplo, MICHELMAN, Frank. Democracy and Positive Liberty. In: **Boston Review**: a political and literary forum. Publicado originalmente em nov. 1996. Disponível em: <www.bostonreview.net/BR21.5/michelman.html>. Acesso em: 23 jul. 2004.

prioridade a ser dado às obras. Esta escolha depende, portanto, de um ato de discricionariedade política, nos casos em que a Constituição não preveja, de modo expresse, a construção de uma determinada obra ou a prestação de um serviço específico.

O conteúdo das políticas públicas depende, portanto, de uma avaliação prospectiva acerca dos efeitos sociais que serão causados pela atuação estatal, o que, em boa parte dos casos não pode ser deduzido a partir de dados técnicos, dada a complexidade do tema e a própria velocidade com a qual as variantes desta equação são alteradas na economia contemporânea. Submeter esta sorte de tarefa à atividade judicial – mormente em se considerando que os juízes não terão responsabilidade política por seus erros, ou seja, apesar dos danos que venham a causar à população, permanecerão vitaliciamente em seus cargos – revela-se incompatível com a democracia.

John Ely alerta, portanto, sobre a relação direta entre a auto-contenção judicial e a democracia, sendo que suas posições não conflitam diretamente com a concepção de autores que possuem uma posição substancial acerca da atividade dos juízes, tais como Ronald Dworkin. Ressalte-se, todavia, que a concepção procedimental de Ely, muito embora possua evidentes pontos de contato com a concepção de Habermas, não pode ser a ela equiparada, já que para Habermas é a própria sociedade quem irá definir e regular a atividade do Estado. Para Ely, é o Estado, através dos juízes e nos casos em que o sistema democrático não esteja funcionando corretamente, que irá definir de que maneira a sociedade deve ser

regulada, através da imposição de limites claros e objetivos à vontade das maiorias³²².

A auto-contenção (e o interpretativismo) se revelam adequados, portanto, no processo de formulação das políticas públicas, enquanto que o ativismo judicial é parte de um complexo mecanismo destinado a assegurar tratamento isonômico entre os cidadãos³²³.

³²² *Op. cit.*, p. 137. Para Ely, critérios de seleção como raça, religião, partido político etc. Não podem ser considerados como critérios válidos de escolha de grupos determinados da sociedade que serão privados de um tratamento isonômico. Em tais casos, os juízes devem rejeitar o “produto do mal-funcionamento e começar de novo”. O debate acerca da divisão dos benefícios sociais nos Estados Unidos não pode ser descontextualizado de um debate maior acerca do chamado “sonho americano”, ou seja, sobre a concepção de que os norte-americanos vivem em uma verdadeira meritocracia, no qual cada cidadão recebe bens de acordo com sua capacidade, independente do contexto social originário. Cf. DESARIO, Nicole J. Reconceptualizing Meritocracy: the decline of disparate impact discrimination law. In: **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**. Massachusetts: Harvard Law School, v. 38, n. 2, p. 480-510, Summer, 2003, p. 489.

³²³ Ativismo judicial tomado como uma concepção que permite uma efetiva intervenção dos juízes em funções tradicionalmente destinadas aos membros dos demais Poderes da República, como a administrativa e legislativa, ou seja, com prevalência de posições contra-majoritárias.

2.5 ARGUMENTOS DE FUNDAMENTAÇÃO E ADEQUAÇÃO: LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DE KLAUS GÜNTHER

Na definição dos limites da atividade judicial, revela-se importante a distinção estabelecida por Klaus Günther entre os *argumentos de fundamentação* e os *argumentos de aplicação* numa ética discursiva³²⁴. Segundo o autor, os argumentos de fundamentação se fundam em critérios universalmente aceitos a partir de uma razão prática, ou seja, deve existir um canal de comunicação entre a sociedade e a Administração Pública quando da formulação das políticas públicas, o que tradicionalmente é reservado ao legislador, que deverá considerar todos os interesses envolvidos na formulação de uma norma genérica. Os argumentos de aplicação, por sua vez, irão tomar em consideração os dados específicos do caso concreto, do que resulta a necessidade de adequação das normas consideradas válidas às situações contingenciais, tratando-se, por conseguinte, de uma atividade tipicamente judicial.

A combinação entre os argumentos de fundamentação e aplicação permite, segundo Klaus Günther, a construção de um discurso ético fundado numa prática racional, assegurando a legitimidade de um sistema que conecta a moral e o Direito. Este original esquema poderia sustentar mecanismos de resolução prática dos conflitos que envolvem as políticas públicas no Brasil?

A distinção entre formulação e execução de políticas públicas se revela importante neste momento do debate. Existem políticas públicas que já se encontram

³²⁴ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 115.

previamente consignadas na Constituição brasileira de 1988, como, por exemplo, sucede no tocante à universalização e gratuidade do ensino fundamental obrigatório³²⁵, em relação às quais as ações poderão ser promovidas visando obrigar o Poder competente a sua “execução”. Trata-se, por conseguinte, de um debate acerca do “momento mais adequado” para a implantação de uma política pública específica. Não se trata, portanto, de “formulação” de uma política pública, o que somente irá suceder nos casos em que a Constituição Federal não define, desde logo, seu “conteúdo”.

A Constituição, ao prever direitos sociais outorgados a todos os cidadãos, de modo universal e sem qualquer distinção, bem como os princípios que regem a atividade econômica, define que o conteúdo da política pública dependerá de uma ação política, tradicionalmente vinculada às instituições formais de democracia representativa (Executivo e Parlamento). Não se trata de um debate acerca do “momento mais adequado”, mas sim, sobre o próprio “conteúdo” de uma política pública, a qual se revela como um mero instrumento de outorga efetiva de direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição brasileira de 1988.

A formulação de uma política pública decorre, portanto, de uma avaliação imparcial sobre como serão distribuídos os recursos do Estado entre os cidadãos de um determinado país, mensurando-se necessidades específicas a partir de critérios de justiça distributiva, já que a execução de qualquer política pública implicará redistribuição de renda. Neste sentido, a utilização do poder de tributar se apresenta como a forma clássica através da qual os Estados contemporâneos passaram a

³²⁵ CF/88, art. 208, I.

auferir os recursos necessários ao custeio de serviços sociais, não sendo incomum, portanto, que os mais pobres sejam diretamente afetados por algumas políticas públicas. O aumento ou a criação de novos tributos será custeada por toda a sociedade, através do repasse direto ao custo das mercadorias e serviços, razão pela qual qualquer política pública depende de uma estratégia a longo prazo, sob pena de se onerar justamente aqueles em favor dos quais foi concebida. Trata-se, portanto, de uma atividade que congrega estratégia administrativa com argumentos da filosofia moral.

Os argumentos de fundamentação se revelam compatíveis com este tipo de debate sobre a formulação de políticas públicas, avultando de interesse o caráter procedimental das escolhas, pois um amplo processo de comunicação entre os membros da comunidade jurídica garantirá maior coesão das políticas estatais. A adesão dos membros da comunidade, os quais irão aceitar as consequências e os efeitos colaterais de uma determinada política pública assegura sua validade. Um discurso de fundamentação opera no nível da validade.

O controle judicial e processual da “formulação” de políticas públicas depende, portanto, de uma opção política, segundo a qual as preferências e interesses de toda a comunidade jurídica deverão ser levados em consideração, seja através das instâncias de democracia representativa como participativa.

A aceitação de um debate sobre o “conteúdo” das políticas públicas, restrito ao espaço do Poder Judiciário e deflagrado a partir da ação concertada de grupos específicos da sociedade “organizada” – tais como associações e sindicatos – conduz à generalização de expectativas pontuais, através de políticas públicas

setoriais, que de modo algum são compatíveis com a democracia. A ação judicial será uma mera estratégia no debate político, e as políticas preconizadas irão decorrer da compatibilidade das ambições do Poder Judiciário, enquanto instituição política, com as do autor da ação (coletiva ou de controle concentrado de constitucionalidade). Ao invés de uma democracia inclusiva, uma aristocracia exclusiva.

Os argumentos de fundamentação estão diretamente relacionados a uma concepção procedimental da democracia e se revelam compatíveis com o discurso de formulação (do conteúdo) das políticas públicas. O Poder Judiciário deve assegurar, portanto, o direito de participação no processo de formulação das políticas públicas.

Os argumentos de aplicação, contrariamente, estão diretamente vinculados à atividade judicial, especialmente no que tange ao princípio da isonomia entre os cidadãos, onde avulta de interesse o exame de todos os aspectos particulares da situação concreta levada ao Poder Judiciário. Trata-se de uma avaliação retrospectiva e não prospectiva. Busca-se verificar se os cidadãos atingidos por uma política pública, já prevista em lei ou na Constituição, têm direito a sua imediata implantação. Esta proposição é compatível com uma *concepção substancial do processo democrático*, pois considera que somente em casos excepcionais o Estado pode restringir o acesso de determinada classe de pessoas aos programas de intervenção social e econômica.

Neste contexto, as ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis e as ações coletivas ambicionam controlar o “momento” mais adequado para a

implantação das políticas públicas, bem como a forma de sua execução a partir dos princípios constitucionais³²⁶. Uma visão substancial dos valores e objetivos constitucionais por parte dos juízes é perfeitamente compatível com a democracia, já que a própria Constituição lhes impõe um dever de proteção dos princípios e direitos fundamentais, através da avaliação das particularidades do caso concreto. Não existe qualquer afronta ao princípio da separação entre os Poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário controlar a atividade dos demais Poderes no que tange às tarefas constitucionalmente definidas.

Os argumentos de aplicação – de adequação das normas válidas às especificidades do caso concreto enfrentado – correspondem, portanto, ao sistema de controle judicial da “execução” de políticas públicas. Este discurso depende de argumentos derivados do Direito e não da moral, pois não se trata de mensurar, de forma abstrata, o conteúdo de expectativas universais válidas para todos os cidadãos, mas sim de avaliar se, a partir dos dados concretos, as normas que se pretende aplicar são as mais adequadas. Neste ponto, inteiramente cabível a distinção feita por Dworkin³²⁷ entre políticas e princípios, na medida em que os argumentos de fundamentação correspondem à formulação de uma política (*policy*), enquanto que os argumentos de aplicação, contrariamente, são correlatos com os princípios (*principles*).

³²⁶ O art. 198 e incisos da Constituição brasileira de 1988, por exemplo, irá definir os princípios de regência na execução das políticas sociais voltadas à área da saúde no País, dentre os quais avultam os princípios da descentralização dos recursos, da participação da comunidade atingida e do atendimento integral.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 128.

Não há, portanto, incompatibilidade entre as posições de Habermas³²⁸ e Dworkin neste particular, já que as teorias procedimentais do processo democrático são compatíveis com o processo de “formulação” de políticas públicas e as teorias substancialistas reforçam o discurso do controle judicial da “execução” das políticas públicas³²⁹. As diferenças estabelecidas por Klaus Günther entre Moral e Direito, ou seja, entre fundamentação e aplicação, somente irão reforçar esta tese.

2.6 UMA JURISPRUDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA: A CONCEPÇÃO DE ROBERT ALEXY

Na concepção do Direito de Robert Alexy os princípios determinam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes, razão pela qual são qualificadas como normas de otimização (*Optimierungsgebot*), “pelo fato de que podem ser cumpridas em diferente grau e que a medida do seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais ou fáticas como também jurídicas”³³⁰. O autor recorda, ao tratar das diferenças entre regras e princípios que

“as colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tam como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio,

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 45. A produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos.

³²⁹ MICHELMAN, Frank. Democracy and Positive Liberty. In: **Boston Review**: a political and literary forum. Publicado originalmente em nov. 1996. Disponível em: <www.bostonreview.net/BR21.5/michelman.html>. Acesso em: 23 jul. 2004. Frank Michelman sustenta que as teorias de Habermas e Dworkin são compatíveis em um outro nível, na medida em que critica o procedimentalismo por conta de adoção de categorias universais de validade, as quais reconduzem o procedimentalismo, em última análise, ao substancialismo.

³³⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. Op. Cit. p. 98.

está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso³³¹.

A concepção de Alexy se revela de capital importância na formulação de um conceito de Constituição, já que as Constituições contemporâneas instituem princípios e regras que vinculam diretamente a comunidade jurídica. Um outro dado de grande importância consiste no fato de que no interior do sistema constitucional não se admite a colisão direta entre regras, mas somente entre princípios, à vista da idêntica hierarquia de que gozam todas as normas constitucionais.

Remeter a solução dos conflitos entre duas regras constitucionais a um meta-critério, fundado em uma regra de precedência entre os princípios, realmente se constitui em um importante avanço para a teoria constitucional, quando se considera que as situações concretas do caso serão tomadas em consideração para fixar a regra de precedência. Sobre a teoria proposta, Atienza recorda que “Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele – da mesma forma que para Dworkin – a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, senão do tipo qualitativo ou conceitual”³³². O modelo de

³³¹ ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89 (tradução livre). Em outra importante passagem de sua obra (p. 86), o autor recorda, ao tratar das diferenças entre regras e princípios, que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio”.

³³² ATIENZA, Manuel. Op. Cit.204, (tradução livre). O autor recorda que, segundo a teoria de Alexy “se bem – como já se disse – não é possível construir uma teoria de princípios que estabeleça uma

Direito concebido por Alexy se assenta em três níveis – regras, princípios e procedimentos – através dos quais o autor busca um modelo de racionalidade prática dentro do Estado Constitucional de Direito.

A combinação feita por Alexy entre regras e princípios se revela absolutamente adequada para atender às complexidades do Estado contemporâneo, podendo ser transportada para o ambiente constitucional. Um sistema puro de regras apresentaria a desvantagem de não permitir ao juiz tomar em conta as situações do caso concreto - especialmente as condições pessoais dos litigantes - salvo quando a lei expressamente autorizasse tal sorte de valoração. Já um sistema puro de princípios poderia produzir um excessivo subjetivismo, além de afastar por completo os juízes do direito legislado, o que realmente não se afigura como desejável num sistema de democracia representativa. A fixação da regra de precedência condicionada para a solução das colisões entre os princípios depende, pois, de um processo de justificação racional, sobre o qual o autor se encarrega de dissertar em uma outra obra³³³, consolidando sua posição ao enfrentar as críticas de que um juízo fundado nos princípios permitiria uma excessiva discricionariedade judicial.

hierarquia estrita entre eles, cabe estabelecer uma ordem fraca entre os mesmos que permita sua aplicação ponderada (grifei) (de maneira que sirvam como fundamento para decisões jurídicas) e não um uso dos mesmos puramente arbitrário (como ocorreria se não fossem mais que um catálogo de topoi). Tal ordem fraca consta de três elementos: 1) um sistema de condições de prioridade, que fazem com que a resolução dos conflitos entre princípios em um caso concreto também tenha importância para novos casos: ‘as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam um suposto de fato de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalente’; ele também quer dizer que também rege aqui o princípio da universalidade. 2) um sistema de estruturas de ponderação que derivam da consideração dos princípios como mandatos de otimização em relação com as possibilidades fáticas e jurídicas. Com respeito às possibilidades fáticas, cabe formular duas regras que expressam o princípio de optimalidade de Pareto (e que supõem o passo do campo da subsunção e da interpretação da decisão judicial): a primeira é que uma medida M está proibida com respeito a P1 e P2 se não é eficaz para proteger o princípio P1, mas é eficaz para agredir o princípio P2’; e a segunda, que ‘uma medida M1 está proibida em relação a P1 e P2, se existe uma alternativa M2 que protege a P1 pelo menos da mesma forma que M1, mas que agride menos a P2. E a respeito das possibilidades jurídicas, a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade que se expressa através desta lei de ponderação: ‘quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou menoscabo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro’. 3) um sistema de prioridades *prima facie*: a prioridade estabelecida de um princípio sobre outro pode ceder no futuro, mas quem pretenda modificar esta prioridade tem o ônus da prova”.

³³³ ALEXY, Robert. “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 20, a preocupação do autor se relaciona diretamente com a legitimidade material das decisões judiciais, quando assevera que “(...) A pergunta

A combinação dos dois modelos permite, portanto, aplicar a lei de acordo com regras de precedência fundadas em princípios, emprestando maior normatividade à Constituição e assegurando maior flexibilidade no exercício da função judicial.

2.7 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA X JUSTIÇA CORRETIVA

Neste ponto da presente tese se impõe uma distinção conceitual entre justiça distributiva e justiça corretiva, pois a idéia irá acompanhar a evolução do presente estudo e pode ser sintetizada na seguinte afirmação: as políticas públicas partem de um ideal de justiça distributiva e não de justiça comutativa. Enquanto que as demandas processuais de natureza individual impõem a aplicação de um paradigma fundado na justiça corretiva – a partir do modelo liberal – as ações coletivas, contrariamente, assumem uma função política.

A *justiça corretiva* buscará, segundo a concepção aristotélica, repor as partes à condição de igualdade que se encontravam antes da prática de um ato ilícito,

é, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a estas perguntas é de grande significado teórico e prático. Dela, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem um grande peso para o problema da legitimidade da regularização dos conflitos sociais através das sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação.”.

enquanto que a finalidade precípua da *justiça distributiva* é assegurar um tratamento igual aos cidadãos iguais e desigual aos desiguais³³⁴.

A distinção de Dworkin entre “policy” e “principle”³³⁵ se revela importante neste contexto, pois as políticas públicas tradicionalmente são formuladas e executadas pelo Poder Executivo, a partir de critérios de oportunidade e conveniência. Tradicionalmente as decisões judiciais se resumem em dar concretude aos princípios, operando, portanto, a partir de uma lógica distanciada da política. Muito embora Ronald Dworkin aceite a possibilidade de uma combinação entre os argumentos de política e os argumentos de princípios, irá sustentar que estes últimos é que devem prevalecer nos casos difíceis, quando então os juízes se deparam com uma situação nova, em relação a qual terão de criar o Direito para o caso concreto³³⁶.

No plano constitucional, diante da abertura axiológica dos princípios, a diferenciação entre dar uma resposta política a um problema jurídico e uma resposta jurídica a um problema político não é fácil, mas se impõe como um objetivo

³³⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983. p. 58. O autor, em outra passagem (p. 118), vincula a justiça distributiva à função legislativa, e a justiça corretiva à função judicial, do que resultaria a impossibilidade de se conceber um processo de controle da formulação e execução de políticas públicas.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 36. “Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...) Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

³³⁶ Uma outra interessante distinção estabelecida pelo autor (*idem*, p. 130) consiste em dividir os casos de programas legislativos – os quais bem poderiam ser reputados como leis que prevejam políticas públicas – que tenham em sua origem uma concepção política, como, por exemplo, a concessão de subsídios governamentais em favor de um determinado segmento da economia e as leis que tenham por escopo a proteção de princípios. No primeiro caso, da combinação entre argumentos políticos e de princípio, resulta que a lei será editada por razões políticas, mas deve ser executada a partir da aplicação de princípios e, no segundo, que trata da discriminação racial, por

necessário. Caso contrário, os argumentos de natureza política seriam contestados com argumentos de natureza jurídica, o que impediria, por completo, qualquer debate sobre o tema. A ausência de uma distinção clara entre argumentos políticos e jurídicos conduziria a um modelo funcional de Constituição, segundo o qual os princípios constitucionais poderiam ser utilizados como argumentos de justificação de soluções contingenciais. A necessária transcendência de valores estáveis que levem em consideração critérios morais de conduta preconizada pela sociedade, impede que os conceitos de políticas e princípios sejam intercambiáveis.

A formulação de políticas públicas, muito embora transite através do Poder Judiciário através de processos de ampliação do debate constitucional – tais como as ações civis públicas e de controle concentrado de constitucionalidade – não pode partir do próprio Judiciário ou mesmo de instituições estatais que estabeleçam uma mediação entre a sociedade e o poder político³³⁷.

Recorde-se, ainda, que a natureza dos direitos coletivos de conteúdo social não permite a tutela individual, salvo quando o constituinte expressamente outorga

exemplo, o programa legislativo é decorrência da proteção de princípios, mas deve ser executada tendo em mira razões de ordem política.

³³⁷ A proposição de políticas públicas que não se encontram expressamente previstas na Constituição Federal, através dos legitimados ativos do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública – tais como o Ministério Público, por exemplo – parte de um pressuposto inexistente, qual seja de que os legitimados seriam os verdadeiros representantes da sociedade, ou seja, de que detêm a mesma representatividade dos que foram diretamente eleitos pelas urnas. Portanto, uma representatividade sem mandato, segundo a qual os legitimados ativos – e, com especial ênfase, o Ministério Público – poderiam vincular programas de ação dos governos eleitos a partir de suas próprias diretrizes, em verdadeira afronta à Constituição Federal. O papel institucional do Ministério Público, por exemplo, como defensor dos bens sociais indisponíveis, não conduz a uma automática autorização para atuar em juízo buscando soluções que se originem no seio da própria instituição, a partir de uma interpretação das expectativas sociais em um dado momento histórico. Esta leitura da Constituição conduziria a um deplorável sistema aristocrático, sem qualquer relação com a democracia, a qual somente se concebe a partir de uma estreita conexão com os interesses da sociedade. Sob o argumento de proteger a democracia, o Ministério Público estaria afrontando os principais instrumentos democráticos do país, a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada às aspirações da própria instituição.

esta capacidade ao cidadão, com a intenção de universalizar o programa social previsto na Constituição. Os direitos coletivos demandam, portanto, um tratamento legislativo e judicial específico. Direitos coletivos não podem ser considerados como a mera soma de pretensões individuais, mas sim, gozam de um *status* diferenciado, assumindo um sentido solidarista na sociedade brasileira contemporânea. A equiparação dos direitos sociais a direitos individuais oponíveis em face do Estado conduziria a um modelo de Estado utilitarista de sociedade. Neste modelo, os cidadãos seriam meros clientes porque pagam impostos, o que de modo algum se coaduna com uma visão de Estado como um espaço público no qual todos os cidadãos devem receber um mesmo tratamento pela simples condição de cidadãos. A promoção de ações coletivas em face do Estado para a defesa de direitos de natureza individual permitiria a privatização do Estado, ou seja, à orientação dos programas de governo – políticas públicas – de acordo com os interesses próprios de grupos organicamente bem representados, reprisando-se na esfera judicial as mesmas desigualdades de representação existentes na esfera parlamentar. Neste sentido, o espaço judicial seria apenas mais uma opção disponível pelos grupos já organizados da sociedade – como, por exemplo, grupos de consumidores de determinados produtos e serviços – para fazer prevalecer seus próprios interesses. Os direitos coletivos não podem ser caracterizados, portanto, por um senso de apropriação individual, na medida em que representam critérios de mensuração e repartição do ônus social no seio da própria sociedade.

Políticas públicas que não possam ser sustentadas a partir de princípios constitucionais, através de critérios de justiça distributiva, não são moralmente

justificadas e, portanto, não devem ser aceitos como normas válidas de comportamento. Neste sentido, uma política pública pode enfraquecer o senso de coesão social em uma determinada comunidade jurídica, especialmente se os ônus de sua implementação tiverem de ser suportados diretamente por um determinado segmento da sociedade, quando então a hostilidade entre os adversários sociais pode comprometer a execução de um programa público. A utilização do espaço judicial deve servir como um instrumento de debate acerca da importância das políticas públicas, comprometendo os diversos atores sociais atingidos, já que as decisões adotadas pela Administração Pública, sem qualquer mecanismo de consulta popular, serão recebidas pela sociedade como resquício autoritário do modelo político que caracteriza as comunidades de baixa densidade democrática.

Os conceitos de justiça distributiva e corretiva estão originalmente ligados à obra de Aristóteles (385 a.C.), especialmente ao livro V da *Ética a Nicômacos*, no qual o filósofo desenvolve o conceito de meio termo (justo meio) baseado na idéia de *prudencia*, tendo como finalidade a construção de uma meritocracia. Inicialmente, o autor salienta que o justo se encontra no meio termo entre dois extremos, porque toda a iniquidade e falta de proporção devem ser consideradas injustas³³⁸. A

³³⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1992. p. 109. Aristóteles refere que “A justiça e a equidade são, portanto, a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim, um corretivo da justiça legal. A razão é que toda regra é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares (...) quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão”. Esta anotação remete a uma das idéias nucleares sustentada por Ronald Dworkin, quando menciona (**Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128) que “os juízes devem, às vezes, criar um novo direito, seja esta criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do

vinculação entre justiça e equidade é intensa, o que leva o autor a afirmar que “de fato, a justiça e a equidade, quando examinadas, nem parecem ser absolutamente as mesmas nem são especificamente diferentes”³³⁹. Ressalva que a justiça corretiva trata de repor as partes a um estado de igualdade, como, por exemplo, sucede quando o juiz condenado o autor de um ilícito a indenizar a vítima. Luiz Fernando Barzotto, ao tratar do conceito de justiça corretiva, sustenta que

A justiça comutativa vincula o causador do dano à vítima, através de medidas que visam "a reparação das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas na sua forma normal". O ser humano é definido como um ser vulnerável, que demanda cuidados por parte de todos. A relação "na sua forma normal" é aquela que respeita a vulnerabilidade inerente à natureza humana. Toda violação deve ser reparada segundo uma igualdade absoluta, o que permite, no nível da vida social, a reconciliação objetiva entre ofensor e ofendido³⁴⁰.

Já a justiça distributiva, em sua feição tradicional, diz respeito aos méritos de cada cidadão, quando então se impõe um tratamento desigual para os desiguais³⁴¹.

A grande questão para Aristóteles consiste, portanto, em encontrar um critério

poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. Em outra passagem, Aristóteles sustenta que o juízo de equidade é superior à própria justiça, pois seve para corrigir a insuficiência da lei, quando menciona (p. 110): “Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma de pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica”.

³³⁹ *Idem*, p. 109

³⁴⁰ BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, aplicação e estrutura de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, n. 48, maio 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2004.

³⁴¹ ARISTÓTELES. *Ibidem*, p. 95. O autor sustenta, ao tratar da justiça distributiva, que “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição de uma cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”. Em outra passagem, o autor recorda que (...) “se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem das querelas e queixas (quando pessoas iguais recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente, porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo ‘de acordo com o mérito de cada uma’”.

adequado para mensurar a igualdade entre os cidadãos, o que somente se revela possível ao se fixar uma “escala de valores”³⁴².

Numa versão contemporânea, a justiça distributiva faz uma análise crítica da meritocracia, a partir da concepção de que “é injusto deixar que as pessoas sofram por riscos que não possam controlar”³⁴³, razão pela qual se propõe pela adoção de modelos de intervenção estatal que busquem mitigar a desigualdade de riquezas entre os cidadãos.

A distribuição de bens nas sociedades capitalistas se dá a partir da adoção de princípios fundados no liberalismo, segundo o qual a acumulação de capital decorre do empenho e talento pessoal de cada cidadão. Todavia, com a emergência do Estado social, fruto das desigualdades surgidas em face do próprio liberalismo, os princípios de justiça distributiva passam a ser considerados parte importante das Constituições. A própria Constituição Federal de 1988 assume, dentre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre e solidária. Como conciliar os dois objetivos, ou seja, compatibilizar a liberdade dos cidadãos e empresas, com a solidária? A Justiça opera, portanto, entre dois senhores, ou seja, entre o liberalismo e o intervencionismo do Estado, entre critérios de justiça corretiva e de justiça distributiva.

As políticas públicas se destinam, por conseguinte, a atender de forma desigual os cidadãos, a partir de suas realidades concretas, enquanto que nas

³⁴² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. cit.*, p. 42. O autor recorda que Aristóteles constata que a definição dos iguais depende da adoção de um critério. Para os democratas, o critério se funda na liberdade, para os oligarcas, na riqueza ou na nobreza advinda do nascimento, e para os aristocratas, na virtude.

³⁴³ ELSTER, Jon. The possibility of rational politics. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, p. 13-40, fev. 1999, p. 28.

demandas de natureza individual, o objetivo consiste em manter o equilíbrio entre as partes, corrigindo desigualdades artificiais que venham a surgir em decorrência das relações comerciais e da convivência humana.

2.8 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS PELOS JUÍZES

O positivismo tradicional sustentava a inexistência de uma relação direta entre a atividade de interpretação e aplicação do Direito, já que uma vez definida a regra preconizada pelo legislador, sua aplicação concreta se reduzia a um mecanismo lógico sem discricionariedade³⁴⁴.

As fronteiras entre interpretação e criação do Direito são imprecisas e talvez fictícias, porque interpretar é construir uma solução única para o caso concreto. Não se pode olvidar que através do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos ocorre verdadeira substituição da vontade política do legislador, quando então o juiz manifesta sua vontade de que o tema seja regulado pela lei anterior revogada ou mesmo de forma direta pela Constituição. A relevância de uma “interpretação evolutiva”³⁴⁵ da Constituição também não pode ser subestimada, na medida em que o texto constitucional foi vazado de forma aberta, especialmente no

³⁴⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 132.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 146. Barroso recorda a importância da interpretação evolutiva como mecanismo informal de mutação constitucional.

tocante ao conteúdo dos princípios constitucionais que informam a atividade do intérprete. Ao interpretar o alcance de um princípio constitucional o juiz manifestará um ato de vontade, na medida em que não existe objetividade apreensível no texto interpretado. A interpretação a ser conferida ao texto constitucional dependerá, portanto, das pré-compreensões histórico-filosóficas do juiz acerca do tamanho ideal do Estado contemporâneo e o princípio democrático.

O debate é, portanto, de natureza constitucional e, portanto, assume uma coloração indiscutivelmente política, na medida em que a CF/88 é um instrumento jurídico que visa regular a vida política do país. A interpretação judicial de cláusulas constitucionais abertas pode representar, em alguns casos, uma verdadeira tirania judicial, nas hipóteses em que a motivação da decisão do juiz se revele insuficiente, bem como nos casos em que a motivação do ato é apenas aparente e tem por fito esconder os verdadeiros motivos da decisão. Impõe-se, portanto, a demarcação de limites a partir da interpretação da Carta de 1988. Não se nega com isto um argumento de ordem prática, qual seja o de que no debate constitucional alguém tem de, afinal de contas, dar a última palavra sobre o tema e por termo ao impasse constitucional. Não há dúvida de que em muitos dos casos os próprios membros dos demais Poderes exigem uma decisão do Supremo Tribunal Federal na qualidade de árbitro. Contudo, esta transferência das decisões políticas para o interior do Poder Judiciário esbarra, no caso brasileiro, na questão da legitimidade das decisões, bem como na ausência de uma verdadeira Corte Constitucional que assumira o pesado encargo de ditar decisões políticas para o futuro da nação.

A discussão acerca do modelo conceitual cunhado pela doutrina acerca da divisão de Poderes, a partir da leitura do art. 2º, *caput*, da CF/88³⁴⁶, mostra-se relevante na medida em que demarca o espaço funcional do Poder Judiciário, consoante delimitado pelo constituinte de 1988. Neste quadrante, a concepção da separação (divisão) funcional dos Poderes assume uma nova dimensão, na medida em que a atividade legislativa negativa é exercida por um órgão ligado ao Poder Judiciário, com a finalidade de garantia da supremacia da Constituição.

Na atual conformação do Estado brasileiro contemporâneo, a divisão de funções deve ser melhor definida já que o Poder Judiciário e o Ministério Público têm uma função comum de controle³⁴⁷, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Sua função precípua e mais importante consiste em controlar a atividade dos demais Poderes.

Atuando na fiscalização e controle externo das atividades de governo, o Ministério Público e os órgãos do Poder Judiciário³⁴⁸ assumem um encargo demarcado

³⁴⁶ CF/88, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

³⁴⁷ Esta função, de modo algum, invalida o sistema de controle interno dos demais Poderes, tais como a Corregedoria-Geral da União, criada pela MP 2.143-31, de 02.04.2001 (Altera dispositivos da Lei 9.649, de 27.05.1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.) a qual prevê que “**Art. 14-A.** À Corregedoria-Geral da União, no exercício de sua competência, cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas à lesão, ou ameaça de lesão, ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde”. A Corregedoria-Geral da União, constituindo-se em órgão de mero assessoramento da Presidência da República, não reúne as garantias jurídicas para o exercício independente de suas funções, sendo que a tendência natural é seu completo esvaziamento por perda de credibilidade. **CF/88, art. 129, II:** São funções institucionais do Ministério Público: (...) II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição.

³⁴⁸ O poder judicial nos Estados Unidos, por exemplo, retira sua força e legitimidade diretamente da Constituição norte-americana, a qual prevê as garantias para o exercício das funções, de forma em tudo semelhante ao previsto do Ato de Assentamento inglês, prevendo, basicamente que os juízes manterão seus cargos enquanto mantiverem bom comportamento e receberão uma compensação financeira que não poderá ser diminuída durante o exercício de suas funções (art. 3º) “**Sect. 1.** *The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the Supreme and inferior*

pela Constituição Federal, fixando um ponto de equilíbrio em relação aos órgãos que desempenham as demais funções, seja no âmbito penal seja no civil, podendo, inclusive, adotar medidas concretas, tais como a alteração da lei orçamentária anual³⁴⁹.

No outro lado, tem-se a Função Constitucional Governativa, no qual estão congregados os Poderes Executivo e Legislativo, pois no sistema presidencialista atual, o Poder Executivo somente governa se dispuser de ampla maioria na Casa Legislativa (dado reforçado pelo atual regime jurídico das medidas provisórias – Emenda Constitucional n. 31 de 11.09.2001) e esta somente legisla com o apoio e concordância do Poder Executivo.

Os órgãos da Função Controladora não governam, apenas controlam de forma independente³⁵⁰ os atos e omissões dos demais órgãos de Função Constitucional Governativa, no tocante à sua compatibilidade com a Constituição, bem como com os direitos fundamentais do cidadão, função na qual está incluída a jurisdição constitucional, além de assegurar a participação das minorias parlamentares no debate constitucional³⁵¹. Diante de seu importante papel político, a Função

courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated time, receive for their services a compensation which shall not be diminished during their continuance in office”.

³⁴⁹ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 99. Andreas Krell recorda que “Podemos observar que o instrumento do orçamento público ganha suma importância na questão da realização dos serviços sociais; quando este não atende aos preceitos da Constituição, ele pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a cautela devida”.

³⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 309. “(...) el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentores del poder, es, en realidad, una decisión política.”

³⁵¹ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001. p. 151. assevera o autor, após estudo das ADIs propostas no Supremo Tribunal entre 1º de janeiro de 1990 e 31 de dezembro de 1996, que “(...) das 219 Adins dos partidos políticos, 163 foram propostas pelos partidos integrantes do bloco minoritário na Câmara dos Deputados, o que equivale a 74% das representações de inconstitucionalidade dos partidos. Esse bloco controlava 20% das cadeiras da Câmara e 13% das cadeiras do Senado Federal na legislatura iniciada em fevereiro de 1995, enquanto o bloco majoritário, formado pelos partidos de centro e de direita, controlava 80% das

Controladora não pode ser controlada, devendo, contudo, exercitar sua autocontenção³⁵², diante da abertura normativa possibilitada pela interpretação dos princípios constitucionais e a conformação analítica da Carta de 1988³⁵³. A distribuição de justiça entre os particulares é responsabilidade do Governo, constituindo-se numa das mais importantes funções do sistema constitucional.

Esta divisão tem por fito demonstrar de que forma podem convergir, num sentido comum, os esforços dos membros de uma mesma Função, muito embora seja outro o formato dado pela Constituição de 1988, baseado no modelo oitocentista. A classificação enunciada parte da análise do contexto político atual no Brasil, no qual não raro avultam conflitos internos entre os órgãos de uma mesma Função Constitucional e que demonstram o descompasso entre a realidade e o texto normativo.

Os mecanismos jurisdicionais de controle acabam sendo ampliados, na medida em que as minorias legislativas se vêem contingenciadas pela limitação numérica. Todavia as minorias (em sua expressão numérica – a oposição), têm

cadeiras da Câmara e 87% das cadeiras do Senado. O bloco majoritário é responsável, contudo, por apenas 26% das ADIns apresentadas pelos partidos nos sete anos investigados”.

³⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativas pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. “Procura-se, com base até mesmo na abertura estrutural dos textos constitucionais, na sua fragmentariedade e incompletude, recomendar que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de “*self-restraint*”, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional – *v.g.* um controle efetivo do controlador – acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade.”

³⁵³ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 311. Recorda o autor que a tutela dos direitos e liberdades fundamentais não pode ser considerada como uma decisão política da Suprema Corte dos Estados Unidos, porque se trata de meramente interpretar a lei vigente. “As sentenças de 1954 (*Brown v. Board of education*) referentes à segregação racial nas escolas não foi uma autêntica decisão política, em que pese suas importantes repercussões políticas; a Suprema Corte reinterpretou tão somente sua jurisprudência anterior no caso *Plessy v. Ferguson*, e a harmonizou com o sentido e a finalidade material e literal da Constituição”. (trad. livre)

direito de exercer o controle dos atos de Governo e o fazem através da tutela jurisdicional, não podendo ser subestimada³⁵⁴.

A atividade de controle, a qual é exercida na via das ações coletivas ou em sede de fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos, deve ser exercida de modo a obter a pacificação social³⁵⁵, o que somente se revela possível através da credibilidade das decisões judiciais, fundadas na imparcialidade da defesa da Constituição. Caso contrário, o próprio Supremo Tribunal passaria a figurar como núcleo das contendas constitucionais, e suas decisões correriam o risco de serem descumpridas. Tal proposição, de modo algum, implica politizar o debate judicial, mas apenas assegurar que os valores constitucionais sejam concretizados no atual sistema de força políticas. Caso o sistema jurídico seja conduzido pelos escopos da política, corre-se o risco de sua completa absorção pelo sistema político, quando em verdade o que se busca é uma ordenação da vida política do país através de um instrumento jurídico, qual seja, a Constituição. Saliente-se, novamente, que a proposição não se assenta na divisão orgânico-esquemática prevista na Constituição Federal, mas sim, no conteúdo das funções destes órgãos³⁵⁶.

³⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 146. "O poder da oposição não pode ser subestimado. Porque, se a oposição não consegue, de qualquer modo, sucesso no âmbito estritamente parlamentar – estamos falando do controle da atividade normativa do Executivo – pode, ainda, provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade em face da legitimação conferida pelo art. 103 da CF às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (que devem encampar representação neste sentido formulada pela oposição) ou anda aos partidos políticos com representação do Congresso Nacional". Todavia, a prática tem demonstrado que a representação junto à Presidência das Casas que foram o Congresso Nacional no Brasil não implica encampação da proposta, na medida em que os Presidentes das Casas legislativas geralmente são apoiados pelo Executivo, não raro prestando vassalagem ao chefe deste Poder, motivo pelo qual se reforça a idéia de um Poder Governativo.

³⁵⁵ PÉREZ, Jesús González. **Derecho procesal constitucional**. Madrid: Civitas, 1980. p. 44.

³⁵⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 135. Nesta passagem, o autor propõe que o modelo de Estado social e constitucional contemporâneo está fundado numa hexapartição de poderes, ou

2.9 A FUNÇÃO POLÍTICA DA ATIVIDADE JUDICIAL

A atividade do Poder Judiciário no Estado brasileiro contemporâneo pode ser dividida em dois segmentos básicos – independente –, se o conteúdo do litígio é regido pelo direito público ou pelo direito privado, quais sejam, a distribuição da Justiça entre os particulares – e o controle das políticas públicas.

Na primeira atividade, o Poder Judiciário atua como um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias que visam assegurar sua isenção frente ao caso concreto, incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas governamentais. Já a segunda atividade – a qual interessa no presente estudo – consiste na atribuição aos juízes de um controle político da atividade dos demais Poderes, a partir dos valores constantes na Constituição Federal.

Ao atuar na solução de conflitos individuais entre os cidadãos, o Poder Judiciário necessita apenas das garantias de imparcialidade e isenção, uma vez que se protege o juiz e não o Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79) prevêm mecanismos jurídicos que possuem a função de garantir a estraneidade³⁵⁷ do juiz frente ao litígio concreto,

seja, a tripartição clássica de Montesquieu, acrescida da participação das elites (governamentalismo de elites), governamentalismo pelos partidos (de massas) e, finalmente, no atual estágio, o governamentalismo do Tribunal Constitucional.

³⁵⁷ Não se confunde imparcialidade com neutralidade, uma vez que esta última se revela impossível diante da própria natureza do ato interpretativo, para o qual contribuem as pré-compreensões do intérprete, segundo a hermenêutica filosófica ou, ainda, os desejos e necessidades do intérprete

ou pelo menos convencer as partes de que vale a pena submeter a um juiz sua pretensão, pois ele a examinará na condição de terceiro imparcial³⁵⁸. Esta atividade judicial, inclusive a correlata aos casos em que o cidadão promove uma ação individual contra o Estado – como, por exemplo, uma ação indenizatória, nos termos do § 6º do art. 37 da CF/88 – não tem uma natureza política, na medida em que se trata de aplicar a legislação vigente a litígios individuais. Não existe, pois, uma interferência direta na atividade dos demais Poderes, e mesmo quando o juiz da causa declara – de forma incidental – a inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto, não está interferindo no espaço natural do Poder Legislativo, pois incumbe ao Poder Judiciário exercer o controle difuso da constitucionalidade³⁵⁹.

Já na segunda hipótese, a atividade do Poder Judiciário implica intervenção direta no espaço tradicionalmente reservado aos demais Poderes, quando então

segundo a psicanálise. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 277. O autor dispõe que “A idéia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc.”.

³⁵⁸ Esta imparcialidade é relativa, sob o ponto de vista prático, na medida em que a visão de mundo do juiz influencia diretamente o resultado de sua atividade, o que está demonstrado pela hermenêutica de cunho filosófico. O que se pretende consignar é, tão-somente, a importância da imparcialidade judicial em face da situação concreta que lhe é trazida, ou seja, em face das partes envolvidas no litígio, razão pela qual os Códigos fazem alusão aos impedimentos e suspeições, e a própria Constituição Federal consigna a impossibilidade de dedicar-se à atividade político-partidária “**Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias: **Parágrafo único.** Aos juízes é vedado: III - dedicar-se à atividade político-partidária”). A lei orgânica da Magistratura – LC 35/1979 – prevê que: “**Art. 36.** É vedado ao magistrado: I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;”. Enfim, são limitações que têm por escopo preservar a imparcialidade dos juízes, enquanto regra geral, o que não impede, obviamente, que suceda o inverso, no caso concreto, pois se trata de um sistema criado, de forma abstrata, para a concretização destes ideais.

³⁵⁹ A atividade de distribuição de justiça entre os particulares consiste, portanto, numa atribuição estatal diretamente relacionada com a Administração Pública, quando se considera que a solução dos litígios entre os particulares tem por finalidade evitar os atos violentos decorrentes da autotutela. O juiz, ao atuar nestas causas, está desempenhando um importante papel político, consistente em garantir a supremacia das leis vigentes no País, consoante dispõe a Constituição, de molde a

passa a exercer o controle das políticas públicas. Este controle demanda, pois, plena independência político-administrativa do Poder Judiciário, razão pela qual o constituinte de 1988 previu, ao longo do art. 96, as garantias necessárias, na forma de instrumentos jurídicos que lhe asseguram plena autonomia³⁶⁰.

Ao atuar em sede de controle das políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos³⁶¹. Neste caso, estará definindo limites à atuação dos demais Poderes, os quais não poderão atuar com discricionariedade plena, porque vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição. Sobre o tema, Carmem Lúcia Rocha consigna que

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos

assegurar cogência à vontade estatal. Contudo, esta atividade não implica alteração das formas como o Estado irá atuar em face de seus cidadãos, porque visa resolver problemas entre os particulares.

³⁶⁰ O Plenário do STF, no julgamento da liminar requerida na ADI 2.238-5/DF, acórdão publicado no DJ, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em ação direta de inconstitucionalidade promovida em face da Lei Complementar 101/01 (Lei de Responsabilidade Fiscal) deferiu, em parte, a liminar requerida, no intuito de garantir sua autonomia financeira e a preservação do princípio da separação dos Poderes, suspendendo a eficácia do § 3º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/01): “**Art. 9º.** Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. **§ 3º** No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

³⁶¹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 109. Recorda o autor que “(...) o exercício da cidadania há de realizar-se também perante o Judiciário, mediante o manejo do instrumental do processo, dirigido à exigência do cumprimento, pelos demais órgãos do Estado, dos cometimentos que lhe são específicos”.

fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional³⁶².

Ao assumir esta função, o Poder Judiciário aceita as consequências políticas deste embate, na medida em que sua atuação importará limitação da liberdade dos demais Poderes, sendo certo que somente no Estado constitucional e democrático é possível tal sorte de controle. A discussão sobre os limites da intervenção judicial envolve um importante debate acerca do conteúdo contemporâneo da democracia. A ansiedade das Cortes sobre se suas decisões serão cumpridas, ou mesmo sobre a responsabilidade política de juízes não eleitos pela população, depende das condições histórico-sociais inerentes a um determinado momento, e a intervenção judicial dependerá da capacidade de sua absorção pelos demais Poderes e pela própria população³⁶³. Em sede de controle judicial das políticas públicas, não existe um concerto prévio entre os Poderes, pois o espaço de cada Poder é ditado pelas contingências histórico-políticas que condicionam a atividade do próprio Poder Judiciário³⁶⁴. Sobre a importância dos discursos de justificação da ingerência judicial, Habermas sustenta que somente através de uma justificação

³⁶² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996, p. 285.

³⁶³ Cf. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 184.

³⁶⁴ Na data de 21 de junho de 2004, por exemplo, o senador José Eduardo de Siqueira Campos (PSDB-TO), membro da oposição, impetrou Mandando de Segurança (MS 24.949) no STF, com pedido de liminar, contra ato da Mesa do Senado Federal, que votou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 55-A em primeiro turno. O senador alega, segundo informações extraídas do próprio *site* do Supremo Tribunal, que houve violação do art. 357 do Regimento Interno do Senado. A PEC n. 55-A, de 2001, modifica a redação do art. 29-A da Constituição Federal (CF), disciplinando o número de vereadores por habitantes, e revogando, em razão desse novo dispositivo, o inciso IV do art. 29 da CF. De acordo com o senador, a emenda proposta altera a Resolução 21.702, do Tribunal Superior Eleitoral, que estabeleceu a proporção de um vereador para cada 47.619 habitantes, respeitando-se o mínimo de nove vereadores. A PEC aumentaria, no total, o número de vereadores em mais de 3.500, já para as eleições de 2004.

judicial passível de ser compreendida e assimilada como plausível pela comunidade jurídica se revela legítima a intervenção, pois

na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as suas cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas³⁶⁵.

As garantias de plena autonomia do Poder Judiciário são, neste sentido, outorgadas pela Constituição Federal em homenagem a este tipo de controle político, uma vez que a ingerência dos demais Poderes – no âmbito administrativo ou financeiro – poderia restringir os limites da atividade judicial de controle. Contudo, a suposta independência institucional aos juízes não passará de mera ficção caso se subestime a importância dos argumentos de justificação em uma democracia constitucional. A simples autorização constitucional de controle judicial não se mostra suficiente para os casos em que os juízes legislam e administram, impondo-se a adoção de argumentos jurídicos mais sofisticados do que o mero silogismo que instrumentaliza o “império da força bruta”. Como recorda Entelmann

O discurso jurídico é o discurso do exercício do poder e alude e identifica aqueles que podem produzi-lo, configurando a noção de autoridade ou órgão, ordenando as relações recíprocas dos produtores deste discurso do

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 183.

poder entre si e destes com o resto dos indivíduos atuantes em relação a uma determinada instituição social, com a mediação do discurso jurídico³⁶⁶.

O discurso de aplicação deve, portanto, ser complementado pelo discurso de justificação, o que somente pode ser alcançado através da ampliação dos espaços de democracia participativa. Como recorda Manuel Ortega, não basta a autoridade, pois é preciso que os juízes justifiquem todas as eleições e valorações que realizam ao largo do processo decisional³⁶⁷. O controle judicial das políticas públicas consiste em um instrumento estatal de superação de seus conflitos internos, outorgando-se ao Poder Judiciário a função de definir os limites de sua própria jurisdição. Neste contexto, as ações coletivas e de controle de constitucionalidade passam a desempenhar uma importante função política de controle no Brasil³⁶⁸, pois as sentenças produzidas atendem aos interesses das parcelas não organizadas da população.

O controle das políticas públicas pode ser feito através das ações civis públicas, no interior do próprio sistema estatal de distribuição de justiça. As sentenças judiciais produzidas contra a omissão do Poder Público no atendimento

³⁶⁶ ENTELMANN, Ricardo. La formación de una epistemología jurídica. In: **El discurso jurídico**. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos. Buenos Aires: Hachette. Buenos Aires: 1982. p. 96.

³⁶⁷ ORTEGA, Manuel Segura. **La Racionalidad Jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 117.

³⁶⁸ Sobre a função política exercida pelo Judiciário, no controle das políticas públicas, recorde-se ADPF 45/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator Ministro Celso de Mello em ação promovida no Supremo Tribunal Federal pelo PSDB (Partido Social Democrata Brasileiro) em face de veto apostado pelo Sr. Presidente da República no publicado no DJ de 04.05.2004, o qual incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei 10.707/03 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, no qual o Min. Celso de Mello consigna que "(...)a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/00), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do

das demandas sociais – em áreas como educação e saúde pública – representam um importante avanço na recuperação de um espaço político moldado pela cidadania (e não pelo consumo). Estas decisões, muito embora possam desbordar do esquema tradicional de separação de Poderes, baseada em Montesquieu e Locke, constituem-se em um fenômeno presente da realidade jurídica brasileira³⁶⁹.

O complexo processo de tomada de decisões políticas passa a sofrer o influxo direto de uma nova variante, qual seja, a decisão judicial nos processos coletivos. Os juízes assumem, neste contexto, um importante papel político, já que impõem aos demais Poderes da República limitações na execução de projetos de governo, sob o argumento de que apenas estão interpretando os princípios e valores contidos na Constituição.

2.9.1 GOVERNABILIDADE E INTERVENÇÃO JUDICIAL: OS JUÍZES GOVERNAM?

A governabilidade é, antes de tudo, capacidade de governar. Numa perspectiva simplificada, governabilidade pode ser entendida como capacidade de controlar, de

gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas.”

³⁶⁹ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Especial 493.811-SP, no qual figura como recorrente o Ministério Público do Estado de São Paulo e como recorrido o Município de Santos, publicado no DJ de 15.03.2004, em voto-vencedor da Ministra Eliana Calmon determinou que, no prazo de sessenta dias, a administração pública municipal reativasse programa social de recuperação de toxicômanos determinando a inclusão de verba “própria e suficiente” para atender o programa no orçamento do próximo ano. No voto-vencedor, a Ministra consigna que “não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do

algum modo, as demais forças políticas e de satisfazer minimamente os setores sociais mais combativos³⁷⁰.

Atualmente a governabilidade do país passa pelo Poder Judiciário, seja através do controle de constitucionalidade das leis editadas, seja através das ações coletivas que visam impor ao Estado o cumprimento de seus deveres sociais³⁷¹. A própria textura aberta da Constituição Federal de 1988 conduziu o Poder Judiciário brasileiro a uma gradativa ampliação de sua capacidade interventiva no controle de políticas públicas, na área social e econômica³⁷². Nem por isso se pode afirmar que o Poder Judiciário governa, pois não detém a atribuição de eleger as políticas públicas que julga adequadas, mas apenas de controlar a execução das políticas expressamente preconizadas na Constituição. Não há dúvidas de que mesmo nestes casos, os quais demandam a intervenção de técnicos que possam aparelhar a melhor decisão acerca do emprego das verbas contidas no orçamento, é possível ao juiz – a partir do exame de documentos e mesmo de colheita de informações de ordem técnica – proceder a uma revisão do ato político.

administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa”.

³⁷⁰ Cf. GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. **Revista do Legislativo. Brasília**, n. 25, p. 59-66, jan./mar. 1999, p. 60. O autor recorda que, no campo internacional, tem sido utilizada a expressão “*governance*”, que não se limita apenas ao campo econômico, mas procura incorporar aspectos políticos e sociais da ação estatal.

³⁷¹ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da democracia política. In: _____. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 209-223, p. 212. Recorda Martonio Lima que “Especificamente sobre o comportamento do STF nos últimos dez anos, quando o Brasil teve a implantação de dois programas econômicos de superação da crise econômico-financeira por meio dos Planos Collor e Real, o controle de constitucionalidade funcionou com a garantia de execução destes planos, viabilizando sua realização”.

³⁷² Cf. WAX, Amy L. **Rethinking Welfare Rights**: Reciprocity norms, reactive attitudes, and political economy of welfare reform. Disponível em: <[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+\(Winter&Spring+2000\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+(Winter&Spring+2000))>. Acesso em: 03 abr. 2004. A autora sustenta que a

A posição dos juízes que consideram a possibilidade de substituição da atividade administrativa e legislativa pelo Poder Judiciário está amparada na Constituição, dado seu conteúdo genérico que demanda a intervenção do intérprete.

Os riscos de um governo de juízes são imensos, quando se considera que a Constituição Federal de 1988, por se constituir num sistema que permite uma aplicação principiológica de seus dispositivos, amplia de forma considerável o poder de revisão judicial. No Estado Constitucional os juízes são os únicos responsáveis por demarcar com clareza os limites de sua própria jurisdição, motivo pelo qual somente podem-se socorrer de argumentos de natureza jurídica, pois do ponto de vista político não detêm legitimidade para conduzir as ações do governo. A representatividade eleitoral se apresenta, ainda, como um importante fator de contenção judicial, fixando limites políticos ao decisionismo judiciário, com o que se assegura um equilíbrio de forças. No interior de uma sociedade fragmentada como a brasileira, existe uma tendência natural em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que tange à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais. Todavia, um governo de juízes não é desejável num regime democrático, pois restaria inexoravelmente comprometida a função fiscalizadora.

Ao formular as políticas públicas que atendem às suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada” da Constituição, os juízes se lançam em

textura aberta das normas constitucionais permite que os juízes digam adotem posições contra-majoritárias que correspondam às expectativas da população.

verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre as conseqüências deste processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação dos limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca da plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão.

Ao analisar este tema, a partir da função desempenhada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, a professora Ingeborg Maus ressalta que

(...) a competência do TFC – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivo que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer ‘competência’ constitucional³⁷³

Em outra passagem a mesma autora arremata que

³⁷³ MAUS, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 191. Em outra passagem (p. 195), após detida análise da história do Poder Judiciário na Alemanha, especialmente a ruptura dos juízes com o direito legislado desde o ano de 1902 ocasião em que a Associação dos Juízes Alemães sustentava uma plena independência em relação ao Poder Legislativo, especialmente após um regime de gradativa redução de salários e garantias funcionais, a autora recorda que “Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça. O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico – tudo isso exige da justiça um sendo de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, a garantir a unidade do direito, independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a ‘produto e meio técnico de um compromisso de interesses’ – investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito supra-positivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social”.

No sopesamento dos valores do TFC manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio: o controle de constitucionalidade das leis e a relevância constitucional de processos, são exercidos, por exemplo, por meio da verificação da aptidão funcional das empresas e do conjunto da economia', da 'capacidade funcional do Exército' ou especificamente da manutenção da capacidade operativa das instituições penais', enquanto as determinações constitucionais específicas que lhes dizem respeito podem ficar em segundo plano. As garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiossincrasias não escritas dos aparatos econômicos e políticos³⁷⁴.

A função primacial do Poder Judiciário consiste no controle da atividade dos demais Poderes que se encontram vinculados às políticas públicas já previstas na Constituição ou na lei, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no momento apropriado para a sua implementação, não possuindo representatividade para escolher, de forma livre, quais as políticas que deverão ser implementadas pelos governos eleitos. Bem por isto, não se pode afirmar que os juízes governam ou que tenham uma responsabilidade solidária junto com o Poder Executivo no equilíbrio do orçamento público. Como leciona José Alcebíades de Oliveira Júnior, ao abordar a falta de racionalidade jurídica no sistema atual

(...) na realidade brasileira o que se observa é um desrespeito acentuado das regras do jogo quando se trata de resolver o paradoxo economia X direito. Atualmente, em nome do atendimento a determinados fins econômicos, cada vez mais instala-se, na realidade brasileira, uma 'lógica de emergência' que, para todos os efeitos, atenderia a uma suposta 'verdade': a de que todos os males da sociedade brasileira residem no tamanho e no custo do Estado. E na busca da demolição do Estado, instala-se essa lógica, para a qual pouco importa uma lógica da racionalidade (direitos deduzidos de direitos)³⁷⁵.

³⁷⁴ *Idem*, p. 200.

³⁷⁵ OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. Politização do Direito e Juridicização da Política. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis, n. 32, ano XVII. p. 9-14, jul. 1996, p. 12.

As decisões judiciais fundamentadas em razões de ordem econômica e no equilíbrio fiscal, de cunho consequencialista, representam verdadeira negação de justiça e não podem ser justificadas no plano racional-jurídico, muito embora possam ser respaldadas a partir de argumentos políticos e sociais³⁷⁶. Estas decisões são nulas, na medida em que investem contra a Constituição, pois não permitirem um controle jurídico sobre seu conteúdo. Sunstein e Holmes alertam sobre o conflito entre a independência judicial e a capacidade do orçamento público do Estado, uma das maiores indagações na democracia contemporânea³⁷⁷. Aos argumentos de natureza político-econômica não se pode responder com argumentos de natureza jurídica, revelando-se impossível o debate no plano lógico, do que resulta a completa – e indesejável – imunização do discurso judicial consequencialista³⁷⁸. Como ensina Warat, ao abordar as relações entre governabilidade e Direito.

³⁷⁶ ROCHA, Leonel Severo da. O Direito na forma de sociedade globalizada. Revista **Justiça do Direito**, Passo Fundo, Editora da Universidade de Passo Fundo (UPF), v. 2, n. 16, p. 367-380, 2002. p. 378. O autor recorda que os juristas devem poder antecipar os riscos inerentes às decisões judiciais, a partir de recursos oriundos da economia e da administração. Todavia, muito embora os juízes possam considerar os riscos de suas decisões – a partir do desenvolvimento nacional por exemplo, previsto expressamente na Constituição de 1988 – não podem decidir somente a partir deste critério, sob pena de uma completa aniquilação dos direitos individuais, pois qualquer decisão judicial em uma ação coletiva pode trazer riscos à economia e finanças públicas e privadas. Portanto, não são os juízes que devem antever os riscos decorrentes de suas decisões mas sim, os governos eleitos e os particulares é que, antes de uma opção que confronte com o ordenamento, devem mensurar de que forma o Poder Judiciário irá reagir em relação ao tema, a partir de um interpretação coletiva da Constituição. A redução da complexidade do processo judicial é, portanto, apenas aparente com a utilização da teoria dos sistemas, pois o momento histórico interfere no processo de decisão. Para uma defesa da concepção consequencialista, a partir de uma perspectiva estritamente econômica, ver FRANCO, Gustavo. O Judiciário e a economia. Artigo publicado na **Revista Veja**, ano 37, n. 35, 1º de set. 2004, p. 87.

³⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *Op. cit.*, p. 228.

³⁷⁸ MAUS, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 197. A autora, ao abordar o sentido de governabilidade imposto pelo Ministério da Justiça do III Reich aos juízes, recorda que “Na literatura da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: ‘o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’. As ‘Cartas aos juízes’ também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente das ‘muletas da lei’, sustentando também que o juiz era visto como ‘auxiliar direto da condução do Estado’. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não

reivindicar el carácter político de lo jurídico tuvo importancia estratégica contra 'el Estado de terror', como disparador de los procesos de redemocratización. Fue un argumento de salida de un horror de la historia, que no vale para las democracias de poderes ilimitados e apariencias representativas que estamos viviendo. Frente a ella importa reivindicar el valor jurídico de lo político, como una forma de sostener, en las democracias de poderes excedidos, el propio espacio de lo político³⁷⁹.

Ao aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então têm de assumir o ônus político de seus desacertos. As decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser politicamente responsabilizados por seus erros através de um controle regular exercido pela sociedade.

precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”.

³⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas**. Joaçaba: UNOESC-CPGD-UFSC, 1996. p. 28. “Reivindicar o caráter político do jurídico teve importância estratégica contra o ‘Estado de terror’, como disparador dos processos de redemocratização. Foi um argumento de saída de um horror da história que não vale para as democracias de poderes ilimitados e aparências representativas que estamos vivendo. Frente a elas importa reivindicar o valor jurídico do político.”(trad. livre) O autor ainda ensina, na mesma obra (p. 30), “*La ciudadanía tiene que hablar por la voz □ob poder judicial. Claro que los jueces tampoco pueden hacer un uso cesarino de sus facultades interpretativas. No pueden atender las cuestiones de la □obernabilidad ignorando la ley. En este punto aparece la importancia de la teoría jurídica; los jueces solo pueden atender las exigencias de un mejor funcionamiento del Estado, si consiguen argumentos de teoría jurídica que los respalden: redefinir, via teorías e sus conceptos, los sentidos legales para justificar los intereses de la □obernabilidad. Apelar a las teorías jurídicas ya es una forma de establecer límites, de realizar el Estado de Derecho.*” (A cidadania tem que falar através da voz judicial. Claro que os juízes tampouco podem fazer um uso cesarino de suas facultades interpretativas. Não podem atender às questões de governabilidade ignorando a lei. Neste ponto, aparece a importância da teoria jurídica; os juízes somente podem atender às exigências de um melhor funcionamento do Estado, se conseguem argumentos de teoria jurídica que os respaldem; redefinir, via teorias e seus conceitos, os sentidos legais para justificar os interesses da governabilidade. Apelar às teorias jurídicas já é uma forma de estabelecer limites, de realizar o Estado de Direito.” trad. livre)

CAPÍTULO 3

AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONTROLÁVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O que são políticas públicas? Esta indagação deveria se constituir no pórtico de qualquer debate jurídico sobre o tema, na medida em que a atividade judicial de revisão do conteúdo das políticas públicas deve ser estudada, com o objetivo de se evitar o transporte, puro e simples, das teorias que embasam a revisão judicial dos atos administrativos para o interior de um sistema político, o sistema constitucional. As políticas públicas possuem, por conseguinte, regime jurídico próprio e distinto em relação aos atos que as implementam e às diretrizes normativas pelas quais se pautam³⁸⁰.

As políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de “sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado³⁸¹”. Como lembra José Reinaldo Lopes “as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”, pois envolvem a

³⁸⁰ PIZZOLATTI, Rômulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Não publicada. Florianópolis, 2001, p. 172.

discussão de diversos ramos do Direito, tais como as leis que tratam do regime de finanças públicas, leis que regem as concessões de serviços públicos, leis de zoneamento urbano etc.³⁸². A inversão de recursos privados, através do chamado “terceiro setor”, muito embora interfira na execução das políticas públicas, com elas não podem ser confundida. Sobre o tema Gesta Leal sustenta que

(...) precisam referir-se às políticas geradas na imbricação da alavancagem propriamente estatal com alavancagem não-propriadamente estatal, incorporando, por exemplo, processos de interlocução comunitária cotidiana através de mecanismos e instrumentos apropriados, institucionais ou não, como as Organizações Não-governamentais, movimentos populares, Conselhos Municipais institucionalizados etc.³⁸³.

O traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado-providência. Para Maria Paula Bucci, políticas públicas, como categoria analítica,

³⁸¹ DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003, p. 121.

³⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143, p. 134. O autor recorda, em outra passagem (p. 132) que “para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros”. Para o autor, as políticas se classificam em (1) políticas sociais, de prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação; (2) políticas sociais compensatórias, tais como o seguro-desemprego; (3) políticas de fomento à economia; (4) reformas de base e (5) políticas de estabilização monetária.

³⁸³ GESTA LEAL, Rogério. **Os princípios fundamentais do Direito Administrativo brasileiro**. São Leopoldo: Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2000. p. 185-223, p. 221.

envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos³⁸⁴.

A intervenção dos juízes na formulação e execução de políticas públicas no Brasil é apenas um dos fatores que interferem no processo de decisão política, o qual geralmente depende de uma série complexa e desordenada de protagonistas e eventos históricos³⁸⁵. Neste sentido, não há qualquer garantia de que o controle judicial de uma política pública irá assegurar seu sucesso, muito embora se possa sustentar que a ampliação do universo de pessoas responsáveis por sua formulação corresponda a uma concepção contemporânea sobre a democracia. Pretende-se com isto focar a relação entre a intervenção dos juízes e a democracia, sob o argumento de que a ingerência judicial se dá com o intuito de garantir o direito de participação da comunidade, bem como a proteção das minorias.

O controle judicial das políticas públicas se dá, por conseguinte, em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação. A

³⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252. A autora, em outra passagem (p. 257) recorda, com acuidade, que "(...) a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo".

avaliação judicial das políticas públicas não se apresenta como novidade no contexto brasileiro, já que se faz a partir do controle de legalidade e legitimidade atos administrativos, especialmente através da aplicação da Lei de Improbidade administrativa (Lei 8.429/92), bem como através dos instrumentos de repressão penal. Ademais, existem instrumentos correlatos ao controle exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, visando assegurar a própria credibilidade das políticas públicas a serem implementadas³⁸⁶. Contudo, a participação do Poder Judiciário no processo de formulação e execução das políticas públicas se apresenta como fenômeno absolutamente inédito, pois implica a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos³⁸⁷.

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. Para Dworkin uma política é

³⁸⁵ Cf. LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981. p. 8.

³⁸⁶ MARQUES, João Batista. A gestão pública moderna e a credibilidade nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, p. 219-225, abr./jun. 2003, p. 224 recorda que “a credibilidade na gestão pública, naturalmente, há de resultar como fator determinante para o logro da política pública que se pretenda pôr em curso, pois esta necessita ser fiável diante dos exigentes olhos do usuário contribuinte que já não está mais tão despreocupado com a gestão de seus interesses confiados aos atores gestores”.

³⁸⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353. O autor sustenta, ao abordar o princípio da separação dos Poderes no Estado contemporâneo, que “(...) quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos

aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)³⁸⁸.

As políticas públicas simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo³⁸⁹.

As políticas públicas no Brasil se desenvolvem, portanto, em duas frentes, quais sejam, políticas públicas de natureza social e de natureza econômica, ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos.

O controle judicial da forma através da qual os governos eleitos irão distribuir bens sociais fundamentais, como educação e saúde pública, ou ainda de que maneira o Estado irá intervir na economia privada remete a uma discussão sobre a

fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle do Poder Público.”

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Néilson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

³⁸⁹ A resposta que o neoliberalismo dá ao vácuo social deixado pela retirada, do Estado, de seu papel tradicional é o chamado “terceiro setor”, ou seja, uma auto-regulação da sociedade, através de entidades filantrópicas – muitas das quais associadas a grupos religiosos – organizações não-governamentais e *marketing* empresarial. Existe, portanto, o retorno artificial a um modelo construído a partir de uma filosofia de matriz teológico-cristão, decorrência direta da desconstrução do modelo de Estado intervencionista em prol de uma maior liberdade do capital e a superação das barreiras nacionais – incluindo as de natureza legislativa e judicial – na busca de novos consumidores. Não causa surpresa, portanto, que as ações de voluntariado desenvolvidas pelo “terceiro setor” concentrem todas as atenções dos meios de comunicação de massa, pois permitem a simbiose do

própria democracia, pois juízes não-eleitos estariam limitando a vontade de representantes eleitos da população³⁹⁰.

Propõe-se o seguinte: 1º – a formulação das políticas públicas não previstas expressamente na Constituição está ancorada num sistema de democracia procedimental, não sendo possível a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, mas somente através da instância judicial; 2º – a execução das políticas públicas, por sua vez, demanda a adoção de mecanismos judiciais voltados à proteção de um conceito substancial de democracia, a partir da isonomia entre os cidadãos, prevista na Constituição Federal de 1988.

A democracia no Brasil depende, nesta proposição inédita, da combinação dos instrumentos de uma democracia procedimental sugerida por autores como Habermas e Ely, com uma democracia substancial, sustentada por juristas como Dworkin. Esta compatibilização é possível?

marketing pessoal – através da sublimação de neuroses individuais – com a eficiência das empresas privadas, criando as condições perfeitas para o encolhimento do Estado.

³⁹⁰ Cf. MICHELMAN, Frank. Welfare rights in a constitutional democracy. In: **Washington University Law Quartely**, v. 1979, n. 3, p. 659-693, p. 684.

3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E NEOLIBERALISMO

O controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado. Na economia globalizada, o papel de intervenção do Estado-nação na economia é rediscutido, porque está inserido em um contexto de fluxo instável de capitais e investimentos. A tendência à globalização de mercados, o desenvolvimento tecnológico avançado e a crise fiscal crônica do Estado, têm levado os gestores públicos a vivenciar um embaraçoso problema: priorizar eficácia administrativa ou buscar justiça social³⁹¹? As formas clássicas de intervenção do Estado na economia – o poder de tributar, o controle das tarifas públicas e a inversão de recursos em obras de infra-estrutura do país – são redesenhadas de molde a garantir o máximo de eficiência arrecadatória com o mínimo de investimento social.

Estranhamente, o Estado passa a ser convocado pela sociedade para formular políticas públicas amplas para os diversos setores da economia, na qualidade de mero supervisor – e não agente – do desenvolvimento do país, do que resulta a compatibilidade entre o modelo de Estado neoliberal e as funções de formulador das políticas públicas. O Estado neoliberal deixa de interferir diretamente na economia, mas assegura a eficiência de instrumentos normativos fundados no uso da força pública em prol das programações livres que propõe à sociedade. Não existe,

³⁹¹ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. **Revista do Legislativo**. Brasília, n. 25, p. 59-66, jan./mar. 1999, p. 59.

todavia, independência do Estado neoliberal em relação aos agentes econômicos. Muito ao contrário, a economia privada passa a condicionar diretamente a ação planejadora do Estado de acordo com seus próprios interesses, sem qualquer compromisso com os interesses da “massa de eleitores”. O neoliberalismo sustenta o papel hegemônico do Estado, mas define o sentido de seus programas a partir das necessidades concretas da economia, do que resulta a transição de uma sociedade na qual os agentes gravitam em torno do Estado, para uma sociedade na qual o Estado gravita em torno da economia. Esta verdadeira revolução copernicana, operada a partir de uma condenação do papel interventivo do Estado na economia, representa um grave problema para a democracia no modelo representativo. As eleições não esgotam o processo de decisão e, para muitos setores da economia, a escolha do candidato “A” ou “B” não tem qualquer relevância prática.

Muito embora se possa afirmar que o Direito consiste em um subsistema parcial, dotado de diferenciações próprias em relação ao sistema político, o que está em jogo é a capacidade do Estado de interferir de forma positiva nos demais sistemas, ou seja, da política interferir na economia. Até que ponto as decisões tomadas no interior do sistema político nacional condicionam a atividade de uma sociedade dominada pela lógica da economia? Os juízes podem orientar a ação do Estado e da economia³⁹²?

³⁹² Os juízes se inserem no sistema jurídico do país, na medida em que atuam no interior de um Estado constitucional que ambiciona regular, de forma cogente e através do uso da força, as relações sociais, a partir da atividade concertada entre os Poderes da República. A atuação judicial surge, portanto, como um vigoroso instrumento de atuação estatal, sem o qual a estrutura normativa do Direito tradicional perde seu sentido numa concepção estatocêntrica da sociedade.

Este fenômeno se apresenta nos casos em que, a título de controlar a execução de uma política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram o seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário. O mesmo sucede no tocante ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando então os juízes passam a desenvolver uma atividade substitutiva, na qualidade de verdadeiros legisladores positivos.

Neste contexto, as ações civis públicas assumem tradicionalmente a função de veicular pretensões de natureza supra-individual, tais como a proteção do meio ambiente e da probidade administrativa. Ao longo do processo evolutivo da democracia brasileira – a qual se iniciou com o movimento de distensão política a contar de 1985 com a abertura política no país – o grau de expectativa da sociedade civil vem crescendo numa proporção inversa à da participação do Estado na economia. A coincidência entre o processo de abertura política e a queda do muro de Berlim – com todas as conseqüências históricas a ela inerentes – teve como decorrência direta a frustração das expectativas nacionais com a democracia. A ditadura militar sonhava aos cidadãos a capacidade de participar, com liberdade de convicção, da vida política do país. A ditadura dos capitais voláteis que a sucedeu impõe sua própria lógica aos governos eleitos, em relação à qual se declaram publicamente reféns. Arruda recorda que

(...) há uma pressuposição falaciosa do neoliberalismo, que é tomar o mercado ideal como mercado real. O Estado de Direito, tão caro à tradição liberal, torna-se um verdadeiro obstáculo à realização dos interesses neoliberalizantes, resultando daí projetos de maior submissão ideológica do Poder Judiciário ao Poder Executivo e aos interesses da nova racionalidade do Estado mínimo³⁹³.

A democracia de modelo representativo tem como pressuposto a capacidade dos Estados nacionais de interferirem na economia privada e na sociedade, através de políticas econômicas e sociais. A partir do momento em que o Estado não se apresenta capaz de regular as relações entre o capital e os cidadãos atingidos pelo processo de globalização, o próprio sistema representativo tradicional entra em colapso, reforçando o sentimento de angústia e frustração do cidadão brasileiro contemporâneo.

Com o recrudescimento do processo de exclusão social – especialmente em decorrência da falta de postos de trabalho que absorvam a parcela jovem da população – a própria democracia nos países periféricos corre perigo. O controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais. Muito embora o controle social, através das instâncias de repressão penal (polícia e Judiciário), bem como dos meios de comunicação de massa (*mass media*), produzam um efeito narcotizante no tocante às expectativas sociais das populações afetadas, somente através de uma regulação estatal da sociedade é possível evitar o caos social. O baixo poder aquisitivo dos cidadãos dos países periféricos, aliado a uma sociedade fortemente voltada ao

³⁹³ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito, Marxismo e Liberalismo**: ensaios para uma sociologia crítica do direito. Florianópolis: CESUSC, 2001. p. 53.

consumo, são os ingredientes básicos de contestação da legitimidade das instituições democráticas e do próprio Estado.

3.3 A DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS (*Political Questions Doctrine*)

O debate sobre os limites da interferência judicial no processo de formulação e execução das políticas públicas está situado no âmbito do Direito Constitucional, já que implica discutir qual é a extensão da jurisdição dos juízes no país. Nos Estados Unidos, a discussão sobre os limites da jurisdição da Suprema Corte norte-americana se iniciou a partir da necessidade de a Corte fazer derivar direitos positivos de provisões previstas na Constituição. Os limites da intervenção judicial seriam fixados a partir da consideração de que existem decisões que devem ser tomadas por agências específicas do governo ou mesmo pelo próprio eleitorado e não pelos juízes.

A preocupação das Cortes consistiria em definir os limites de sua jurisdição nos casos em que princípios constitucionais impõem restrições aos governos eleitos ou ainda definições afirmativas da liberdade individual. Sobre o tema, Laurence Tribe anota que existem pelo menos três concepções diversas sobre os limites definidos pela *political questions doctrine*³⁹⁴. Numa concepção rígida, o caso *Marbury v.*

³⁹⁴ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed. New York: The Foundation Press Inc, 1998. p. 96.

Madison (1803)³⁹⁵ serve como parâmetro da atuação judicial, a partir da consideração de que toda e qualquer questão pode ser analisada pelo Poder Judiciário, por conta de seu poder de interpretação da Constituição, com o fito de aferir se a própria Constituição não teria outorgado, com exclusividade, uma determinada função, à autonomia de uma outra esfera de governo. Uma “concepção prudencial”, por sua vez, irá tratar a *political questions doctrine* como um meio que autoriza a intervenção judicial positiva, sempre que o julgamento de mérito force a Corte a adotar um compromisso com um princípio constitucional. Já numa “concepção funcional”, os juízes devem considerar as dificuldades de acesso a informações técnicas essenciais, a necessidade de uniformização das decisões, bem como as responsabilidades com outras políticas de governo, na determinação de quais os casos irão interferir.

A doutrina começa a se desenvolver na Suprema Corte dos Estados Unidos a partir de dois casos. No primeiro deles – *Luther v. Borden* (1849) – a Corte não aceita decidir qual seria o governo legítimo de Rhode Island após uma rebelião, que determinou a adoção de uma Carta de direitos local, sob o argumento de que esta decisão competiria ao Congresso norte-americano e ao Presidente dos Estados Unidos, muito embora tenha decidido, também, que uma Corte federal poderia julgar os casos em que o governo surgido com a rebelião infringisse direitos constitucionais, como o direito à vida. Com base neste precedente, a Corte acabou firmando jurisprudência em favor de uma limitação da ingerência judicial, sempre que

³⁹⁵ Com o qual a Corte inaugurou um sistema de revisão judicial das decisões legislativas, ou seja, do próprio controle de constitucionalidade das leis, ao decidir que qualquer juiz pode decidir acerca da constitucionalidade de uma lei, na medida em que a validade das leis condiciona a decisão judicial.

os direitos invocados necessitassem de uma provisão legislativa ou administrativa (e não judicial³⁹⁶). Num segundo caso – *Baker v. Carr* (1962) – a Corte altera substancialmente sua posição original, passando a aceitar um exame aprofundado de provisões constitucionais, ao estabelecer uma distinção técnica entre “questões políticas” e “casos políticos”. As “questões políticas” passam a ser consideradas como justiciáveis, ou seja, a Corte pode fazer derivar direitos decorrentes da interpretação de provisões constitucionais, conferindo-lhes proteção positiva, sempre que necessária a tutela dos princípios constitucionais³⁹⁷. No fundo, a “doutrina das

³⁹⁶ Assim *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon* (1912) e *Colegrove v. Green* (1946). Cf. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 189. Alexander Bickel relaciona o poder discricionário dos governos com a doutrina das questões políticas e sustenta que a construção pretoriana da Suprema Corte dos Estados Unidos se iniciou somente em 1946 com o caso *Colegrove v. Green*, a partir de uma dissensão do Justice Black acerca da legislação eleitoral do Estado de Illinois. Muito embora o autor reconheça que existem áreas defesas à intervenção judicial – quando o trabalho é melhor feito sem regras e a partir da responsabilidade política do órgão de governo – irá sustentar que a discricionariedade política não pode afrontar os princípios adjudicáveis pelo Judiciário a partir da Constituição. O autor defende, portanto, que o Judiciário não pode interferir em questões que são melhor resolvidas no nível estritamente político, tais como decisões regulatórias da proporcionalidade de eleitores em uma determinada eleição. Bickel não aceita a tese sustentada por Tribe, de que a Suprema Corte dos Estados Unidos alterou sua posição original em *Colegrove v. Green* no caso *Baker v. Carr* de março de 1962, já que a Corte não teria afirmado categoricamente a possibilidade de intervenção em atividades de natureza política.

³⁹⁷ No caso *Baker v. Carr* (1962), tratava-se de decidir se a legislação eleitoral do Estado do Tennessee poderia ser alterada pela Suprema Corte porque afrontava a cláusula de proteção da igualdade entre os cidadãos, já que os votos dos cidadãos dos distritos eleitorais menos populosos valiam, na prática, mais do que os votos dos cidadãos que residiam nos distritos eleitorais mais populosos. Neste sentido, o caso Baker inaugura uma nova fase da jurisprudência da Suprema Corte, especialmente no que toca ao poder de revisão das legislações dos Estados, incluindo *United States v. Nixon* (1974), no qual o ex-presidente norte-americano alegava imunidade contra as acusações formuladas pelo Procurador-Geral, tendo a Suprema Corte se manifestado pela possibilidade de revisão judicial deste argumento a partir da interpretação da Constituição, e *Davis v. Bandemer* (1986), no qual a Corte aceita a reclamação do Partido Democrata contra a nova sistemática de definição dos critérios de censo eleitoral no Estado de Indiana, então governado pelo Partido Republicano. Tribe recorda que apenas em um único caso desde *Baker v. Carr* em que a Suprema Corte dos Estados Unidos aceitou o argumento de que algumas questões não são justiciáveis, em *Gillian v. Morgan* (1973), ocasião em que a Corte considerou que os critérios adotados para o treinamento da Guarda Municipal do Estado de Ohio não eram passíveis de revisão judicial, mesmo sob o argumento de proteção da igualdade constitucional, mas apenas de controle pelo Congresso e Executivo norte-americanos, já que se tratava de revisar assuntos de cunho técnico sujeitos à competência regulatória dos militares. Em *Golwater v. Carter* (1979), a Suprema Corte considerou que os juízes das Cortes Federais não tinham jurisdição para definir sobre o poder conferido ao Presidente dos Estados Unidos de finalizar um

questões políticas”, a exemplo de outras doutrinas sobre a justiciabilidade dos direitos, reflete a mistura entre interpretação constitucional e discricção judicial que consiste num efeito inevitável dos esforços das cortes federais dos Estados Unidos de definirem os seus próprios limites³⁹⁸. Os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependerão, portanto, da concepção que a própria Corte irá adotar sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação da Constituição como um todo.

3.4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO CONTEMPORÂNEO

As políticas públicas, por sua vez, surgem como resposta a uma necessidade contemporânea decorrente da concentração das massas em aglomerados urbanos e do processo de industrialização. Sobre o tema, Truyol y Serra consigna que

as primeiras conseqüências da revolução industrial sob o signo da livre concorrência haviam dado lugar a condições de trabalho duríssimas e muitas vezes inumanas, que evidenciavam a insuficiência dos direitos individuais se a democracia política não se convertia em democracia social³⁹⁹.

Cezar Saldanha alerta que “necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional,

tratado com Taiwan sem a aprovação do Senado, devendo ser concebida como uma questão política não-justiciável, a ser resolvida entre o Congresso e o Presidente dos Estados Unidos.

³⁹⁸ TRIBE, *ibidem*, p. 107.

³⁹⁹ TRUYOL y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos**. 4. ed. Madrid: Tecnos., 2000. p. 31.

atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política”⁴⁰⁰. Os direitos sociais se convertem em “declarações setoriais”⁴⁰¹, porque são direitos de pessoas concretas, pertencentes a determinadas coletividades, que se vêem discriminados ou privados de determinados direitos.

Os limites gerais da intervenção do Estado na vida dos cidadãos estão concretizados na forma de direitos e garantias individuais, ou seja, espaços intangíveis à atuação do Estado, os quais somente podem ser limitados pela própria Constituição⁴⁰². As imposições constitucionais – as quais surgem com um modelo de bem-estar social – estão diretamente relacionadas com um modelo dirigente de Constituição, o qual emerge através da declaração de inúmeros deveres estatais

⁴⁰⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 64; FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37. Recorda o autor que “A mudança de compreensão da função estatal força o reconhecimento, por aquela entidade político-administrativa, dos direitos sociais, com o início do processo de positivação dessas prerrogativas. A primeira Constituição político-social do mundo foi instituída pelo México, em 1917, seguida, logo após, pela Alemanha, em 1919”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional – anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 39. Schier recorda que o Estado social surge para oferecer soluções a certa crise do capitalismo de cunho liberal que, indubitavelmente, gerou abalo nas estruturas de legitimação do Estado e nas suas formas de relacionamento com a sociedade civil.

⁴⁰¹ GARCÍA, Emilio García. Derechos Humanos y calidad de vida. In: ARNAIZ, Graciano González (Org.). **Derechos Humanos**: la condición humana en la sociedad tecnológica. Madrid: Tecnos, 1999. p. 131-163, p. 139.

⁴⁰² A própria Constituição brasileira de 1988 prevê inúmeros direitos que podem ter seu exercício limitado pela atividade do legislador ordinário, como, por exemplo, a liberdade de exercício de uma atividade profissional (art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”). Geralmente, ao tratar dos direitos e garantias individuais, o constituinte desde logo define os limites máximos de restrição destes direitos, nada remanescendo ao legislador ordinário (e.g.: “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”) ou, ainda, declara a existência de direitos fundamentais individuais, os quais não podem sofrer qualquer tipo de restrição (e.g.: art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”). No primeiro caso, os direitos individuais terão a eficácia restringível pela lei, enquanto que nos demais casos a eficácia da norma constitucional não poderá ser restringida, sob pena de inconstitucionalidade.

gerais, bem como na outorga de direitos subjetivos públicos aos cidadãos⁴⁰³. Tradicionalmente, os direitos sociais estavam vinculados ao Direito do Trabalho e ao Direito previdenciário, como expressão máxima dos conflitos entre capital e trabalho. Nas sociedades contemporâneas, os direitos sociais surgem como um reflexo das necessidades dos cidadãos, os quais não obedecem a uma ordem rígida de prévia positivação pelo Estado, pois podem ser dessumidos diretamente dos princípios e valores da Constituição. Como lembram Morais e Hermany,

é justamente o texto constitucional e seus princípios informativos fundamentais, destacando-se a idéia de cidadania e democracia como direitos fundamentais, que constituem a base do relacionamento entre Estado e comunidade política subjacente. A efetivação de um direito social condensado, como ordem de integração social, está intrinsecamente relacionada à assunção pela sociedade de seu papel de sujeito ativo no processo de atribuição de sentido ao texto constitucional de um Estado Democrático⁴⁰⁴.

⁴⁰³ KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo. (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27. Andreas Krell recorda que “Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos de ‘segunda geração’ surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem”. Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 233), ao examinar a Constituição de Weimar, recorda que “Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico”. Já Dirley da Cunha Júnior (*op. cit.*, p. 283) ensina que “o que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que estes direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em conseqüência, os recursos materiais indispensáveis para a existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social”.

⁴⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; HERMANY, Ricardo. O Direito Social como estratégia de integração entre sociedade e espaço público estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvich. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. Tomo 3, p. 867-889, p. 885.

O modelo adotado pelo Estado brasileiro contemporâneo está assentado em programas de distribuição de renda mínima destinados às populações carentes, o que certamente representa um poder eleitoral muito grande nas mãos do Poder Executivo. Já a inversão de recursos públicos nas áreas sociais, como saúde e educação, está ligada ao desenvolvimento do país, assegurando-se aos cidadãos as condições mínimas de inserção num mundo globalizado onde não existe espaço para as pessoas que não tenham tido acesso à instrução fundamental e à saúde básica. O espaço adequado para que todos esses direitos sejam garantidos é justamente aquele traçado pela Constituição de 1988, quando se refere aos seus objetivos fundamentais, que poderiam ser resumidos em dois valores norteadores: desenvolvimento e democracia⁴⁰⁵. No tocante à saúde e à educação, o próprio constituinte se encarregou de garantir os recursos necessários ao seu financiamento, através de um sistema automático de repasses, que elimina a discricionariedade do Poder Executivo em sede de formulação da lei orçamentária anual. A forma como estes recursos serão investidos passa pelo controle da sociedade e, com especial ênfase, de conselhos previstos em lei, tais como os conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente e os conselhos municipais de saúde. Contudo, é na área de intervenção do Estado na economia, através das políticas econômicas, que surgem as grandes questões para as quais se faz indispensável o controle judicial, especialmente no tocante aos serviços públicos essenciais.

⁴⁰⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas**. revista jurídica **Consulex**, ano VI, n. 129, 31 maio 2002, p. 66.

O Estado passa a arrecadar fundos junto à sociedade, através de seu poder de tributar, com a finalidade exclusiva de garantir a solvência do país em face de sua dívida pública. O Estado ainda se revela como a única instância capaz de financiar os custos de serviços sociais e de proteção dos direitos e garantias fundamentais num ambiente de livre mercado⁴⁰⁶, sendo certo que a participação do Estado na assistência aos necessitados subsiste mesmo num modelo econômico neoliberal⁴⁰⁷. A política passa, neste contexto, a ser regida pela economia e o sistema representativo serve como uma forma de ratificar a adoção de postulados que caracterizam o Estado neoliberal.

3.5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos Poderes não se encontra superado na conformação das ações do Estado, mas apenas relocadas as responsabilidades políticas de cada um dos Poderes. A concepção que, do ponto de vista histórico, foi cunhada no apogeu do liberalismo econômico conduziu a uma equação na qual a tônica da atividade política está assentada na vontade do legislador, enquanto representante da nação.

⁴⁰⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 204.

⁴⁰⁷ Cf. WAX, Amy L. **Rethinking Welfare Rights**: reciprocity normas, reactive attitudes, and political economy of welfare reform. Disponível em: <[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+\(Winter&Spring+2000\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+(Winter&Spring+2000))>. Acesso em: 03 abr. 2004.

A formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em sede legislativa esbarra, por seu turno, em uma discricionariedade do legislador no tocante às prognoses necessárias à atividade normativa. Somente através do controle concentrado de constitucionalidade o Supremo Tribunal poderá declarar a nulidade de uma lei que se apresente, desde logo, incompatível com as finalidades almejadas, ou seja, fundada em prognoses legislativas originalmente incorretas. A substituição da atividade legislativa – seja em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou em sede de ação civil pública – acabaria por substituir um espaço destinado à discricionariedade legislativa, com verdadeira subversão das funções desempenhadas pelo Poder Judiciário⁴⁰⁸.

Neste caso, não se discute a aplicação do princípio da “separação dos Poderes”⁴⁰⁹ ou mesmo da correção dos postulados de Montesquieu no universo constitucional contemporâneo. Trata-se, em verdade, de uma manifestação expressa do Poder constituinte originário, a qual condicionou o exercício de um determinado direito social à edição de lei⁴¹⁰. Bem por isto, o Supremo Tribunal, em data recente,

⁴⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 180. Dizem os autores que o Tribunal Constitucional alemão por diversas vezes procedeu ao controle concentrado de constitucionalidade de leis fundadas em prognoses legislativas, mas estabelecendo a distinção entre leis baseadas em prognoses com “falhas de início” (*im Ansatz verfehlt*) e falhas legislativas que somente podem ser constatadas com o decurso do tempo, sendo que o Tribunal somente admite o controle das primeiras, quando, inclusive, pode alterar o sentido da norma, adequando-a à finalidade desejada pelo legislador.

⁴⁰⁹ CF/88, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴¹⁰ Como, por exemplo, no caso do art. 194, parágrafo único, IV, da CF/88, o qual infunde ao legislador ordinário o dever privativo de regular o direito à irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;”.

manifestou-se sobre a limitação da atividade positiva do Poder Judiciário, a qual se contra juncia pela própria Constituição⁴¹¹.

A separação dos Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade-fim⁴¹². Já a reserva absoluta da lei implica a destinação específica da regulação de uma dada matéria – inclusive as formas de exercício de um determinado direito – à atividade legislativa, a qual não pode ser exercida pelos membros dos demais Poderes. É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela

⁴¹¹ STF, Segunda Turma, Recurso Especial 322.348 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 06.12.2002: “(...) A manutenção, em bases permanentes, do valor real dos benefícios previdenciários tem, no próprio legislador – e neste, apenas –, o sujeito concretizante das cláusulas fundadas no art. 194, parágrafo único, n. IV, e no art. 201, § 4º (na redação dada pela EC 20/98), ambos da Constituição da República, pois o reajustamento de tais benefícios, para adequar-se à exigência constitucional de preservação de seu *quantum*, deverá conformar-se aos critérios exclusivamente definidos em lei. O sistema instituído pela Lei 8.880/94, ao dispor sobre o reajuste quadrimestral dos benefícios mantidos pela Previdência Social, não vulnerou a exigência de preservação do valor real de tais benefícios, eis que a noção de valor real – por derivar da estrita observância dos “critérios definidos em lei” (CF, art. 201, § 4º, *in fine*) – traduz conceito eminentemente normativo, considerada a prevalência, na matéria, do princípio da reserva de lei. O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.”

⁴¹² O Poder Judiciário, por exemplo, muito embora não tenha como atividade-fim a Administração Pública – destinada ao Poder Executivo pela Constituição – pode gerir seus próprios recursos e administrar suas atividades, uma vez que tais funções são compatíveis e até indispensáveis à sua atividade-fim (CF/88, art. 96).

função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal. Andreas Krell recorda, neste sentido, que “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde sua atualidade”⁴¹³.

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não existir a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa.

Neste quadrante, imperativo que se distinga o processo de formulação do processo de execução (ou implementação) das políticas públicas. No primeiro caso, os mecanismos de apreensão das demandas da sociedade na área social e econômica dependerá de um modelo político que amplie a participação popular através de instâncias coletivas de comunicação⁴¹⁴. No segundo caso, tendo sido

⁴¹³ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 90.

⁴¹⁴ Cf. CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 49. O autor ensina que existem diferentes formas de buscar soluções dos problemas apresentados pela sociedade. Segundo o “modelo incremental”, ela se faz de maneira gradual, sem provocar rupturas de qualquer natureza, já que os governos atuais estão jungidos a projetos de longo prazo, formulados no passado, com grande comprometimento da renda pública disponível. Já segundo o “modelo racional-compreensivo”, parte-se da convicção de que o conhecimento da realidade é possível, o que permite aos governos tomar decisões de grande impacto que produzirão resultados de longo prazo, razão pela qual a decisão é lenta, pois requer o levantamento de todas as informações técnicas e políticas disponíveis. Neste sentido, o Poder Judiciário recebe as demandas sociais e econômicas, em face do Estado, através de ações judiciais promovidas pelos segmentos

definida uma determinada política pública, o controle de sua execução dependerá dos atores sociais diretamente afetados pelas medidas governamentais, fundamentalmente a partir da exigência de um tratamento isonômico por parte da Administração Pública.

3.6 CONTROLE JUDICIAL DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As consequências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, traria consequências políticas importantes.

A substituição do legislador/Administrador Público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o Administrador Público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas⁴¹⁵. Ademais (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a

atingidos por uma política governamental, sem que a parcela adversa da sociedade seja ouvida ou consultada sobre o tema no decurso da demanda judicial, do que resulta um grave déficit de informações que depõe contra as virtudes de um sistema amplo de revisão judicial do processo de formulação de políticas públicas. Assim sendo, somente através dos conselhos deliberativos, com a participação plural de toda a comunidade atingida, revela-se possível obter consenso em torno dos problemas a que se dará prioridade governamental, bem como as soluções técnicas e políticas mais adequadas.

⁴¹⁵ Opta-se pela expressão “políticas sociais” ao invés de “políticas públicas”, na medida em que a expressão encontra apoio no texto do art. 196 da CF/88, por exemplo, estando, portanto, consagrada na Constituição, sendo que o conceito de políticas públicas é bem mais abrangente, de modo a abarcar as atividades da administração pública de intervenção na economia privada (CF/88, art. 170) além das próprias atividades dos entes privados no desempenho de atividades públicas, tais como nos casos das obras e serviços público concedidos.

identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial de administração”⁴¹⁶. A discricionariedade do Administrador não pode ser substituída pela do juiz⁴¹⁷. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorreita execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial⁴¹⁸.

⁴¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 742. Recorda Canotilho que “*por reservas especiais de administração entendem-se as competências específicas directamente atribuídas ao governo pela própria constituição. Nesta perspectiva, além da reserva geral de administração, haveria um conjunto de reservas funcionais específicas insuscetíveis de expropriação por parte da lei do parlamento. Estariam, neste caso, além das reservas referidas no ponto 1, a competência para elaboração e execução dos planos, a execução do orçamento do Estado, o poder de superintendência sobre a administração indirecta do Estado, o poder de tutela sobre a administração autónoma. A isto acrescentar-se-ia ainda a prática de actos e a tomada de providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico e à satisfação das necessidades coletivas.*”

⁴¹⁷ PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Edis (Org.). **Lei 7.347/85: 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 493-524, p. 519. Segundo a autora, “A negação da arbitrariedade judicial é a identificação, nos litígios concretos, das finalidades materiais definidas pelo ordenamento normativo, que se realizarão no espaço da discricionariedade judicial.”

⁴¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 673. O autor fala sobre a reserva de juiz e a atividade do legislador, consignando que em várias hipóteses pode existir uma ingerência do Poder Legislativo em matéria sujeita ao Poder Judiciário, como, por exemplo, no caso dos “*bills of attainder*”, os quais consistem em atos legislativos que impõem sanções sem a observância do devido processo legal, as

Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal⁴¹⁹.

3.6.1 Argumentos jurídicos contrários a uma intervenção do Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 prevê a existência dos Poderes da República tendo em vista a necessidade de especialização das funções a serem desempenhadas na complexa estrutura do Estado contemporâneo brasileiro.

A intervenção indevida do Poder Judiciário na atividade legislativa ocorreria nos casos em que o constituinte previu a incidência da cláusula de reserva legal, no

leis-medida (*Massnahmegesetze*), como as leis individuais expropriatórias e as leis de anistia; as leis interpretativas, as quais são aplicadas, em alguns casos, aos processos judiciais em curso, as convalidações legislativas, que se constituem em atos legislativos intencionalmente dirigidos a tornar válidos atos originalmente viciados de nulidade e as leis retroativas, ou seja, que operam mudanças em prazos processuais, caducidade e prescrição além da classificação dos crimes (públicos ou privados).

⁴¹⁹ VILHENA, Oscar. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 80. O autor recorda o célebre embate entre Roosevelt e a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1936, durante a chamada “*era Lochner*”, quando Roosevelt foi reeleito (em 1936) com a maior margem de votos jamais existente na história dos Estados Unidos, obtendo 27.480.000 votos contra 16.675.000 de seu adversário. A partir de então iniciou uma reação contra a oposição da Suprema Corte em face do pacote de medidas legislativas que davam amparo ao “*New Deal*”, culminando com a sugestão de um *court packing* que alterava a composição da Corte em seu favor, com o que a Suprema Corte acabou por se dobrar à vontade presidencial a partir de 1937 desde o caso *West Coast Co. Hotel v. Parrisch*. O episódio também é recordado com excelência por MORO, Sérgio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 17: “Na década de 1930, a doutrina estabelecida em *Lochner* gerou grave crise institucional, pois a Corte invalidou medidas centrais do *New Deal*, do Presidente Franklin Roosevelt. A resposta de Roosevelt, que chegou a declarar que era hora de salvar a Constituição da Corte, foi o envio de projeto de lei que lhe permitiria nomear um juiz adicional em todos os tribunais federais (sem exceção, incluindo, portanto, a Suprema Corte) em que magistrados com mais de 70 anos

tocante a determinados direitos sociais. Também ocorreria nos casos em que a lei que outorga um direito social defere ao Executivo, em determinado prazo legal, a regulamentação do direito previsto, não se podendo conceber a ingerência do Executivo durante este lapso temporal⁴²⁰.

Impõe-se, portanto, uma clara distinção entre os casos em que o direito subjetivo público está previsto de forma vaga, demandando, portanto, um verdadeiro ato de vontade da administração e os casos nos quais a norma que outorga um direito subjetivo público possui um elevado grau de concretização, de molde a permitir a tutela jurisdicional direta deste direito, a exemplo do que sucede em relação ao art. 208, I, da Constituição brasileira de 1988⁴²¹..

Muito embora a regulação, na via constitucional, dos direitos sociais no Brasil, seja sintomática de sua escassez histórica, não se pode pretender um controle judicial ilimitado da atividade do legislador. Ambos, juiz e legislador, estão vinculados diretamente à Constituição, porque parcelas representativas do poder político exercido dentro do Estado. Os deveres de cunho genérico, impostos ao legislador, tais como os de prover saúde⁴²², educação e cultura para todos os cidadãos,

declinassem de pedir aposentadoria. Tendo a Suprema Corte seis juizes com mais de 70 anos, era patente o desejo de interferir em sua composição.”

⁴²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 4. tir, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48. Mello recorda, ao tratar da discricionariedade do administrador, que “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida ao mandamento, dela não se puder extrair objetivamente uma solução unívoca na situação vertente”.

⁴²¹ CF/88, art. 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”

⁴²² Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em data recente de 31 de maio de 2004, nos autos do AI 452.312, no qual figura como agravante o Município de Porto Alegre,

esbarram numa limitação de cunho prático, qual seja o fato de que as escolhas do juiz não serão forçosamente superiores que as do administrador. A superação normativa do sistema representativo encontra óbice na própria Constituição, de modo que a alteração substancial dos mecanismos econômicos que engendram as desigualdades sociais no país somente é possível através de um golpe de Estado, uma proposta que se revela absolutamente impronunciável no debate constitucional. A proposição de transferência ao Poder Judiciário das funções destinadas aos demais Poderes da República é sintomática de uma crise de confiança no atual

decidiu que cabe ao Poder Judiciário interferir na política social genérica, determinando a implementação de medidas de cunho específico: “DECISÃO: Entendo não assistir razão ao Município de Porto Alegre/RS, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta a ora agravada (que é portadora de paralisia cerebral e de microcefalia) – impediria, se aceita, que a paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (...) *omissis*. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional”.

sistema. O ceticismo quanto ao sistema representativo não raro decorre de uma crença desmedida em suas virtualidades, olvidando-se as naturais limitações de um sistema forjado na desigualdade social. O discurso de atribuição de uma atividade executiva ao Poder Judiciário pode muito bem culminar num processo de intensa erosão constitucional, quando se consideram as limitações inerentes a esta atividade⁴²³. A pura e simples normatização se revela insuficiente para alterar um quadro no qual as limitações econômicas do Estado brasileiro são o resultado de sua inserção em uma economia globalizada sem um projeto concreto de aumento da renda nacional⁴²⁴. A substituição da pauta de prioridades do Executivo pela do Judiciário retira do legislador os meios indispensáveis para a consecução de suas finalidades, além de tornar o ato imune à revisão dos demais Poderes, numa perigosa concentração de funções⁴²⁵.

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 161. Streck menciona o chamado “intervencionismo substancialista” aplicável pelo Judiciário nos casos de omissão do processo político através do Legislativo e do Executivo. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 357. Lenza admite como possível a intervenção nos casos em que as medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário se amparam nos princípios do art. 37, *caput*, da CF/88. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 147-164, p. 112. Mazzilli sustenta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em face das omissões do Poder Público.

⁴²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 559. O autor alerta que, “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.”

⁴²⁵ Neste sentido, STJ no REsp. 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, publicado no DJ de 20.05.1996; REsp. 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, publicado no DJ de 26.03.2001; REsp. 169.876, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.09.1998.

3.6.2 O Judiciário como Superpoder

Releve-se, ainda, que a despesa gerada pela política social a ser implementada deve estar prevista na lei orçamentária anual⁴²⁶, regularmente votada pelo Legislativo, com base na proposta do Executivo. O Poder Legislativo, inclusive, tem uma importante prerrogativa consistente no poder de emenda no projeto de orçamento, de modo a alocar parcela da receita a despesas que julga importantes e que expressam a representatividade do legislador. Deste modo, por uma expressa imposição constitucional, o juiz ao prolatar uma decisão em ação civil pública na tutela dos interesses difusos, no tocante a um direito subjetivo público genérico em favor de toda a população, não teria condições de indicar as fontes dos recursos, além de invadir uma competência privativa do Poder Legislativo, qual seja a de apreciar a lei orçamentária anual, procedendo aos ajustes necessários, mas sempre com a indicação da fonte de custeio da nova despesa⁴²⁷.

A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redestinação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários⁴²⁸, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-o num “superpoder”.

⁴²⁶ A apreciação da lei orçamentária por parte do Legislativo é de tal forma importante, que seu descumprimento implica crime de responsabilidade por parte do Presidente da República (CF/88, art. 85, VI).

⁴²⁷ CF/88, art. 165, § 8º: “A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

⁴²⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98. Sérgio Moro menciona a chamada “reserva do possível” como uma

Este postulado implicaria grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Esta postura conduz a uma superposição de esferas, critérios e lógicas decisórias, a uma erosão de valores precípuos de cada um dos Poderes da República e a uma sobrecarga no *policy making* do país. A tensão institucional e a assim chamada ‘crise de governabilidade’ são as conseqüências mais visíveis desta ‘desdiferenciação’ de papéis⁴²⁹.

Esta atividade tradicionalmente demanda o exercício de um ineliminável poder discricionário pelo Poder Legislativo, através de prognoses legislativas, as quais levam em consideração os fins que se pretende atingir e a idoneidade dos meios eleitos. Muito embora o Poder Judiciário possa proceder a um exame acerca da

barreira passível de ser transposta, dando a entender que é possível ao juiz interferir nas questões orçamentárias, sob o argumento de que “a violação de um direito fundamental do contribuinte, como a não-observância de sua capacidade contributiva, pode acarretar a invalidação de lei tributária, afetando o orçamento público...”. Todavia, nestes casos, a escolha dos meios de financiamento das políticas sociais restam intocada, porque se tratam de decisões políticas. O controle de constitucionalidade das imposições tributárias afeta, no plano lógico, a atividade legislativa, a qual terá de conformar o orçamento com a decisão judicial. Todavia, nestes não existe invasão da competência legislativa, como ocorreria nos casos em que o Judiciário passasse a inscrever novas fontes de custeio das políticas sociais de suas próprias políticas sociais. A opção política continuando subsistindo em mãos do Legislativo. Como a lei orçamentária anual não pode contabilizar a incerteza, decorrente de eventual e futura decisão judicial, terá de ser adaptada à nova realidade. Toda decisão judicial prolatada em face do Poder Público produz, em princípio, alterações no orçamento público, sem que tal postulado implique supressão da opção política do Legislativo. O Judiciário controla os meios e não os fins. Ao decidir pela implementação de uma política social, prevista com base em um dever genérico do Estado, o Poder Judiciário passa a ditar os fins do Estado e não a constitucionalidade dos meios eleitos para sua consecução. O preenchimento do conteúdo de um dever genérico do Estado faz parte de uma atividade política, a partir de uma pauta de prioridades para as quais o legislador e o administrador foram eleitos. As campanhas políticas contemplam, num regime democrático, diversas políticas sociais, adequadas ao perfil ideológico de cada um dos partidos, as quais são escolhidas pelo cidadão. Não se pode admitir, numa democracia, a substitutividade, pelo Poder Judiciário, do exercício deste poder político, sob pena de esvaziamento dos demais Poderes da República, eleitos pela população.

⁴²⁹ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: algumas notas para discussão. **Separata da Revista do Ministério Público de Portugal**. Lisboa, n. 89, p. 9-45, 2002, p. 26.

constitucionalidade destas leis, sempre que demandado⁴³⁰, a formulação da política pública compete ao Poder Legislativo

3.6.3 A democracia participativa e o processo de formulação de políticas públicas

Como controlar o conteúdo dos atos políticos sem afrontar diretamente um regime democrático ancorado na representação popular? O controle judicial não representa, na prática, um modelo aristocrático?

O conteúdo das decisões políticas não pode ser objeto de revisão judicial, pois sua legitimidade decorre do sistema representativo. Recorde-se, todavia, que o papel construtivista da Constituição não consiste em uma atribuição exclusiva dos governos eleitos, mas sim numa tarefa que transcende os limites da representatividade formal e da estrutura orgânica do Estado⁴³¹. Nesse sentido, a democracia participativa não revoga os fundamentos da democracia representativa,

⁴³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868 de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175. Os autores recordam as técnicas utilizadas pelo Tribunal Constitucional alemão para solução destes casos, nos quais a constitucionalidade da lei é impugnada porque se assenta numa perspectiva futura manifestamente inviável do ponto de vista fático, tais como a adoção de um “processo modelo” (*Modellverfahren*), que se refere a um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica; “análise de tendências” (*Trenverfahren*) na qual se estudam determinadas tendências em função do tempo; “processo de teste” (*Testverfahren*) que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro e “processo de indagação” (*Befragungsverfahren*) no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.

⁴³¹ Cf. BICKEL, Alexander M. *Op. cit.*, p. 192. Recorda o autor que a solução acerca do direito de igual representação de todos os cidadãos é apenas parte do problema afeto ao sistema democrático, o qual depende de uma tarefa de julgamentos pragmáticos e erros para construir instituições deliberativas representativas responsáveis pelas aspirações de toda a comunidade, capazes de ações decisivas identificadas com o povo, aptas a gerar o consenso a partir do respeito da diversidade e pluralidade de opiniões.

mas apenas amplifica os instrumentos de proteção direta deste valor constitucional. A democracia não se identifica unicamente com um sistema de valores, mas se traduz igualmente em mecanismos e instituições⁴³². Não existe um conflito real entre democracia representativa e participativa, já que se tratam de conceitos complementares. Ressalvem-se, todavia, os casos em que o próprio constituinte definiu que a regulação de um determinado direito depende de lei, quando então somente através de um projeto derivado da iniciativa popular, os cidadãos poderão exercer, de forma direta, o poder político.

O controle judicial da formulação de políticas públicas implicará a substituição da vontade dos membros dos demais Poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não-eleitos. Somente a própria Constituição Federal poderá fornecer um argumento forte o suficiente para imprimir ao jogo político esta nova variante, sem que este fenômeno implique a ruptura com o equilíbrio político no país. O princípio democrático depende, portanto, da força normativa da Constituição. Neste sentido, ao abordar a natureza do princípio democrático e sua diferença com a moral, Habermas leciona que “enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das

⁴³² CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82. Sobre o tema, Karl Doehring (**O federalismo na Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Centro de Estudos, 1995. A função do Tribunal Federal Constitucional Alemão na qualidade de principal guardião da Constituição, nos termos da lei e da democracia, p. 205-211, p. 205) recorda que o art. 25 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos Cíveis e Políticos, ratificada por inúmeros países, prevê a obrigação dos Estados signatários em conferir aos seus cidadãos instrumentos de participação direta na condução dos assuntos políticos do país.

normas de direito”⁴³³. Muito embora o sistema representativo se constitua num importante argumento em prol da insindicabilidade judicial dos atos políticos é a própria Constituição de 1988 que irá definir os limites da liberdade dos governos, não através de cláusulas gerais e abertas à interpretação judicial, as quais poderiam conduzir a um perigoso governo dos juízes⁴³⁴, mas por meio de normas constitucionais que impõem limitações concretas aos Poderes da República.

O sistema representativo se assenta na necessidade de obtenção de um consenso mínimo em torno da legitimidade dos atos políticos praticados, ou seja, através do direito de sufrágio o cidadão legitima as decisões que serão adotadas pelos governantes. A intervenção judicial será mais pronunciada nos casos em que o governo eleito se distanciar dos programas inicialmente propostos, na medida em que o Poder Judiciário gozará, nestes casos, de uma legitimidade material que decorre dos objetivos do próprio sistema representativo. A relação entre legitimidade e democracia é intensa, quando se considera a superação dos postulados tradicionais de um sistema fundado exclusivamente na representação popular. Neste contexto, não existe mais a legitimidade em si; transcendente e indiscutível, justa e

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 146.

⁴³⁴ Um governo de juízes seriam de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerir a máquina administrativa ou para inovar no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. Gozando da prerrogativa da vitaliciedade e da inamovibilidade, os juízes seriam insubstituíveis e mesmo quando suas decisões rompessem com a Constituição ainda assim somente poderiam ser retirados do cargo por força de um golpe de Estado, com a alteração da própria Constituição. Neste contexto, a fixação de um mandato fixo para os juízes do Supremo Tribunal se revelaria como uma sadia medida de oxigenação do Poder, assegurando, inclusive, uma maior ingerência por parte de seus membros nos atos de governo, sem que a sociedade pudesse temer a eternização de seus membros. Ademais, não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação arbitrária acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político do que os interesses reais dos cidadãos.

imaculada. A legitimidade passa a ser um direito conquistado todos os dias, transforma-se num discurso no qual a justificação depende da práxis argumentativa racional⁴³⁵. O sistema representativo se revela de suma importância da democracia brasileira, não se podendo conceber, como regra geral, a alteração de decisões de cunho político em consideração estrita das expectativas dos perdedores do processo eleitoral. Portanto, a margem de discricionariedade política outorgada pelo próprio constituinte aos governos eleitos não pode ser suprimida por força de uma decisão judicial, sob pena de afronta ao sistema representativo e indevida invasão de atribuições políticas. A resposta para o aparente conflito entre Constituição e democracia representativa se encontra afeta à concepção de democracia participativa, especialmente através dos conselhos deliberativos.

3.6.4 Conselhos deliberativos e atividade administrativa: a democracia participativa

O Poder Judiciário não pode determinar a implantação de um programa social com base em um direito social genericamente previsto na Constituição Federal, porque esta questão é de natureza política. Todavia, os meios tradicionais de exercício do poder político têm de ser submetidos a uma nova lógica jurídica, que incorpore ao discurso judicial a necessidade de adaptação dos instrumentos processuais existentes à democracia participativa. A crise dos parlamentos como instâncias de representação de interesses coletivos e do “bem-estar geral”, por um

⁴³⁵ ROCHA, Leonel Severo da. **Direito, cultura política e democracia**. São Leopoldo: Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2000. p. 141-157, p. 149.

lado, e o questionamento e denúncia das racionalidades sistêmicas e do discurso tecnocrático-cientificista, por outro, abriram perspectivas teóricas para a democracia direta⁴³⁶. Na sociedade brasileira contemporânea, como decorrência de um modelo econômico neoliberal, assentado na livre concorrência e na busca de investimentos no país, cresce a participação de grupos empresariais no processo de formulação de políticas públicas na proporção inversa da efetiva participação popular⁴³⁷. Neste sentido, o aperfeiçoamento da democracia depende de uma maior responsabilidade dos cidadãos nos processos de elaboração e de gestão das políticas públicas⁴³⁸. A concepção de democracia participativa surge, segundo Rover e Seibel,

Mais do que uma tendência de pensamento político, a vertente da democracia participativa consiste de idéias inspiradas por Rousseau, pelos anarquistas e pelos anteriormente chamados de marxistas libertários e pluralistas. Seu maior impulso se dá nos anos 60, no bojo das convulsões políticas do final da década, e expressa a insatisfação dos autores com a herança da teoria política liberal e marxista. Eles questionavam a materialização da liberdade e da igualdade diante das desigualdades de classe, sexo e raça. Argumentando o entrelaçamento complexo entre a o público e o privado, o que torna as eleições mecanismos insuficientes para assegurar a responsabilidade dos envolvidos nos processos de governo, os teóricos da democracia participativa levantam a questão: qual forma deveria assumir o controle democrático e qual deveria ser a esfera do processo democrático de tomada de decisões?⁴³⁹

⁴³⁶ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003. p. 121. O autor propõe um modelo de administração pública forjado a partir da combinação entre descentralização política, administrativa e econômica segundo a adoção do princípio da subsidiariedade, ou seja, a sociedade passa a atuar diretamente nos casos de deficiência na intervenção estatal.

⁴³⁷ Cf. LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981. p. 69.

⁴³⁸ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. **Revista do Legislativo**. Brasília, n. 25, p. 59-66, jan./mar. 1999, p. 62.

⁴³⁹ ROVER, Oscar; SEIBEL, Erni. **O Dilema da Participação Política na Concepção de Diferentes Instituições Proponentes de uma Política de Agricultura Familiar**. NIPP (Núcleo Interdisciplinar de Políticas Públicas) do Centro de Filosofia e Ciências Humanas na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~nipp/art6.html>. Acesso em: 10 jul. 2004.

O conceito tradicional de cidadania, moldado pelo liberalismo, deve ser revisto, quando se considera que a democracia representativa, muito embora se revele um notável avanço civilizatório – contrapondo-se ao autoritarismo – mostra-se insuficiente dentro da complexidade da estrutura política atual, na qual os agentes econômicos direcionam a ação do Estado⁴⁴⁰. Hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto⁴⁴¹. Neste sentido, José Geraldo de Sousa Júnior consigna que “uma chamada de cidadania tem relação direta com a exigência de releitura da experiência democrática para o aprendizado de novas formas de convivência e sociabilidade”⁴⁴². O controle judicial das políticas públicas envolve a sua formulação, execução e avaliação, sendo certo que os problemas políticos surgem no tocante à primeira fase, para a qual os governos eleitos geralmente gozam de elevada margem de discricionariedade política que lhes permite definir o conteúdo e o momento de execução de uma política pública. A própria Constituição Federal de 1988 explicita a proteção da democracia participativa, quando, em seu art. 37, § 3º, prevê a participação dos

⁴⁴⁰ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do Direito aos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 121. Ensina a autora que “(...) se a democracia liberal não deve ser considerada uma falsa democracia – sobretudo se contraposta aos regimes autoritários e totalitários – também não pode ser dogmatizada como a única realização democrática possível. Trata-se de uma realização historicamente determinada da democracia, que define e articula suas idéias constitutivas, imprimindo-lhes um conteúdo limitado, uma vez que se restringe ao nível do regime político.”

⁴⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 157.

⁴⁴² SOUSA JÚNIOR, José Geraldo da. Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melilo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (Org.). **Ética, Justiça e Direito**: reflexões sobre a reforma do Judiciário. Petrópolis: Vozes 1996. p. 91-99, p. 99.

usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta. Maria Paula Bucci, ao analisar o tema, sob a ótica da legitimidade material das políticas públicas e da relevância da participação popular na sua formulação, escreve que

o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja 'qualidade decisória', no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos⁴⁴³.

Também sustentando uma substancial participação da sociedade na formulação das políticas públicas, a partir da aplicação da teoria da ação comunicativa de Habermas, Gesta Leal rejeita o argumento de que a complexidade das atividades administrativas desempenhadas pelo Estado contemporâneo no Brasil impediriam uma maior participação, pois

a capacidade de mobilização e organização social propiciou um processo de conscientização política gradual e em desenvolvimento dos novos movimentos sociais, já que necessitavam decifrar os códigos fechados da linguagem do poder e da administração, para os fins de buscar a implementação e promoção de suas prerrogativas garantidas pelos sistemas jurídicos operantes⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 269. A autora recorda, em outra passagem (p. 40) que "A contenção da discricionariedade, o assim chamado paradigma antidiscionário, representaria o conjunto de limites negativos à atuação da Administração Pública. Esse limite negativo consistiria no conjunto de barreiras em torno da esfera dos particulares. Faltaria, no entanto, um parâmetro de limites positivos, se assim se pode dizer, à ação administrativa, um referencial mais completo ou mais consistente de quais são as diretrizes para as escolhas abertas ao administrador público. O espaço dessa lacuna poderia ser ocupado pelas políticas públicas, juridicamente qualificadas, segundo forma e regimes próprios. Desse modo, a definição do 'interesse público' (ou 'interesses públicos') deixaria de caber ao agente público isoladamente, mas decorreria de uma opção consciente dos cidadãos, da procura de metas coletivas e definidas, opção informada pelo conhecimento dos meios disponíveis para o alcance de tais metas, que a elas passariam a estar vinculados." Também neste sentido, mas sustentando a necessidade de os cidadãos e juízes ampliarem sua capacidade de informação sobre os assuntos públicos através de assessoria técnica: SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 228.

⁴⁴⁴ Cf. GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____ (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**:

Em outra passagem, o autor conclui que somente através de uma democracia procedimental nos moldes propostos por Habermas, revela-se possível construir o que chama de Administração comunicativa, ou seja, que

(...) que qualquer Administração Pública, para se configurar como democrática e comunicativa precisa, então, contar/construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas permanentes (tensionais e conflituosas em face de tratar de interesses eventualmente distintos) com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucionais ou não⁴⁴⁵.

Há que se ressaltar o fato de que existem importantes órgãos legislativos anômalos⁴⁴⁶, tais como os conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente (previstos no art. 88, II, da Lei 8.069/90) e o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI⁴⁴⁷), que detêm atribuição legislativa, em suas respectivas

Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865, p. 851. O autor, na mesma passagem, recorda que "(...) é igualmente frágil a tese de que um excesso de participação da sociedade acarretaria desgaste às formas clássicas de representação política da democracia moderna, isto porque não são incompatíveis com os novos sujeitos sociais que são os grupos mobilizados de determinados setores da comunidade. Se é verdade que tais movimentos apresentam perfis organizacionais próprios, inserção específica na tessitura social e articulações particulares com o arcabouço do poder existente, não é menos real de que eles também necessitam da esfera pública e institucional do debate de temas que lhes dizem respeito (por exemplo, dialogando com o Estado para obter dele demandas que lhes afligem)."

⁴⁴⁵ *Op. cit.*, p. 858.

⁴⁴⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117. Mancuso, ao tratar da resistência dos agentes do Estado em aceitar grupos intermediários de exercício do poder, tais como as associações, na tutela de direitos difusos, ensina que "É possível que na base dessa resistência esteja o temor do Estado em ceder aos grupos intermediários o espaço que lhes possibilite fazer aflorar aqueles interesses ainda não suficientemente maduros. Na verdade, quer o Estado reservar para si o poder de fazer a 'escolha política' dentre aqueles interesses; e a ação dos grupos que deles querem se fazer portadores significaria uma concorrência incômoda". FALCÃO, Raimundo Bezerra. Controle judicial e social das políticas públicas. XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. JUSTIÇA: Realidade e Utopia. **Anais**. Rio de Janeiro, 29 de agosto a 2 de setembro de 1999. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000. p. 589-603, p. 600. Nesse trabalho, o autor sustenta a necessidade de criação de "conselhos comunitários" os quais assumiriam a função de mediar conflitos entre diversos grupos sociais, como, por exemplo, entre empregadores e empregados de um determinado setor da economia.

⁴⁴⁷ A regulamentação da composição e funcionamento desse Conselho Nacional se deu através da edição do Decreto Presidencial 5.019, de 17.06.2004, sendo que o Conselho tem entre suas

áreas de competência, constituindo-se em indispensáveis instrumentos de “democracia participativa”⁴⁴⁸. A escolha do conteúdo das políticas públicas, bem como o momento mais adequado para sua efetiva implantação, passa a ser resultado de um processo conjugado de decisão entre as instâncias formais de representação popular – as quais se constituem em indispensáveis instrumentos para a consolidação da democracia no país – e as instâncias paraestatais de representação política, através da intervenção direta de cidadãos ligados às atividades atingidas pelas medidas preconizadas⁴⁴⁹. A tutela judicial da heterogeneidade se contrapõe, neste contexto globalizado, ao paradigma totalitário de homogeneização dos desejos e das condutas⁴⁵⁰, possibilitando que o processo seja um instrumento efetivamente vocacionado a concretizar o ideário da

competência: “Art. 2º, VII - acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos do idoso;”. Infelizmente, metade de seus membros são diretamente indicados pelo Poder Executivo Federal, sendo que não está prevista a participação de membros indicados pelos outros Poderes ou Ministério Público.

⁴⁴⁸ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57. Morais recorda que “As fórmulas da chamada democracia participativa talvez se constituam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive, às insuficiências – outras – que enfrenta, em particular no que tange à formação da opinião em sociedades dominadas por sistemas de informação cujo controle público é diminuído.”

⁴⁴⁹ Cf. BAVA, Sílvio Caccia. As Ongs e as políticas públicas na construção do estado democrático. **Revista do Serviço Público**, v. 118, n. 3, p. 97-100, set./dez. 1994, p. 98. Sílvio Bava recorda a importância da preservação da autonomia das Ongs no processo de formulação de políticas públicas.

⁴⁵⁰ Luis Alberto Warat ensina que “A democracia não se pode reduzir mais à liberdade negativa, à proteção contra o poder arbitrário; se define como resistência a um mundo globalizado em homogeneidades dissolventes e interesses de consumo massivo (confundidos com os interesses majoritários). Democracia é permitir a heterogeneidade em todos os seus aspectos. A heterogeneidade que permite o reconhecimento do outro e a fuga do dogmatismo como conhecimento”. (WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas**. Joaçaba: UNOESC-CPGD-UFSC, 1996)

democracia⁴⁵¹. Trata-se de verdadeiro mecanismo de “autolegislação” o qual assegura a amplificação dos valores constitucionais cidadania e dignidade da pessoa humana, garantindo a legitimidade da intervenção judicial⁴⁵². Para Frischeisen, o modelo de democracia representativa se mostra insuficiente, pois afirma que

especificamente na produção de políticas públicas locais, os conselhos municipais e a adoção do orçamento participativo concorrem com as Câmaras de Vereadores e com os Executivos Municipais na escolha das prioridades; a participação política da população não se esgota nas eleições, subvertendo a lógica tradicional da democracia representativa, que passa a ser substituída pela democracia participativa⁴⁵³.

Antônio Carlos Wolkmer, ao tratar do esgotamento do modelo tradicional de democracia representativa, anota que “trata-se da criação de novas instituições políticas que integrem novos sujeitos emergentes e que universalizem a estratégia da democracia participativa”⁴⁵⁴. Leonardo Valles Bento, ao tratar dos problemas derivados de uma democracia brasileira de baixa intensidade, forjada no sistema representativo tradicional, anota que

(...) outra questão que atrapalha o potencial democratizador dos conselhos é a recusa do poder público de partilhar com eles o poder. Esta recusa manifesta-se em, pelo menos, três aspectos: no domínio pelo Estado da

⁴⁵¹ GROLLI, Irio. A democracia participativa e o processo judicial. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MEZZARROBA, Orides (Org.). **Crise da Justiça e democratização do Direito**. Joaçaba: UNOESCC, CPGD da UFSC, 1999. p. 83.

⁴⁵² HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 157. Diz o autor: “A idéia de autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”. Em outra passagem (p. 173), Habermas recorda que, “No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos.”

⁴⁵³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Op. cit.*, p. 107.

⁴⁵⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. In **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 42, ano XXII, p. 83-97, jul. 2001, p. 90.

agenda dos conselhos, na recusa de sua legitimidade, e na recusa de seu caráter deliberativo⁴⁵⁵.

No tocante à recusa das diretrizes e metas fixadas pelos conselhos, em sua atividade deliberativa, cumpre assinalar que as suas decisões vinculam o Poder Executivo, pois consistem em instrumentos de exercício descentralizado do poder político, com a participação direta das comunidades atingidas.

Nos casos em que a lei municipal outorgue competência normativa e de fiscalização a referidos órgãos municipais, suas decisões vincularão a Administração Pública⁴⁵⁶, porque se constituem em importantes instrumentos de descentralização administrativa. As deliberações do conselho vinculam o Poder Executivo de tal forma que resta obrigado a fazer inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação das fontes de receita. A criação, através de lei, de conselhos deliberativos nas respectivas áreas de competência administrativa depende, portanto, de um ato de vontade política, na medida em que a descentralização depende de uma nova concepção sobre a forma de exercício do poder político. Neste sentido, a descentralização administrativa permite elevar o grau de legitimidade das políticas públicas, através das instâncias de democracia direta, além de permitir a alocação dos recursos públicos com maior eficiência⁴⁵⁷. Bem por isto, a ação civil pública poderá instrumentalizar um controle acerca de um ato de

⁴⁵⁵ Cf. BENTO, Leonardo Valles. Sobre a separação do Estado – sociedade civil como categoria do pensamento burguês. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 40, p. 62-86, jul. 2000, p. 106.

⁴⁵⁶ REsp. 493.811-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado na data de 15.03.2004, Segunda Turma do STJ, adotou posicionamento da relatora no sentido de que incumbe ao Ministério Público promover as ações civis públicas necessárias à implementação das medidas preconizadas pelos conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente.

⁴⁵⁷ Cf. ARRETCHE, Marta. Políticas sociais no Brasil: Descentralização em um Estado federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 111-141, jun. 1999. A autora demonstra, a partir de minuciosa análise de dados estatísticos colhidos nos principais Estados do

natureza política, qual seja a inserção em lei orgânica municipal. Em todas as áreas nas quais o município opta por atuar de forma descentralizada, as decisões dos conselhos municipais vinculam a Administração Pública, incumbindo aos legitimados do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública a propositura de ações visando seu cumprimento⁴⁵⁸. A forma como esta vinculação será implementada dependerá da lei específica que cria o conselho municipal, ressalvados os casos em que a própria lei federal já se encarrega de fixar o objeto da atividade destes conselhos, no âmbito federal, devendo os demais entes federativos adotar idênticos princípios⁴⁵⁹. Estes

Brasil, que um elevado grau de politização das comunidades locais não corresponde, diretamente, à descentralização administrativa, a qual depende, portanto, de um ato de vontade política, através de um novo modelo de Administração Pública que envolva as comunidades locais, especialmente no nível municipal.

⁴⁵⁸ A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, prevê, em seu art. 218, a competência normativa e deliberativa dos conselhos municipais: “Art. 218. Fica criado o Conselho Municipal de Saúde, órgão normativo e deliberativo, com estrutura colegiada, composto por representantes do Poder Público, trabalhadores da saúde e usuários que, dentre outras atribuições deverá promover os mecanismos necessários à implementação da política de saúde nas unidades prestadoras de assistência, na forma da lei”. A Lei federal 8.142, de dezembro de 1990, prevê que “Art. 1º. O Sistema Único de Saúde – SUS, de que trata a Lei 8.080, de 19.09.1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: (...) II - o Conselho de Saúde; § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”. A Lei federal 8.429/92 prevê a existência de um Conselho Nacional de Assistência Social, o qual tem dentre suas atribuições: “Art. 18. Compete ao Conselho Nacional de Assistência Social: (...) II - normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; (...) *omissis*; VIII - apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social a ser encaminhada pelo órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social;”.

⁴⁵⁹ O *caput* do art. 6º da Lei 8.472/93 tem uma estrutura lapidar, quando prevê que “As ações na área de assistência social são organizadas em sistema descentralizado e participativo, constituído pelas entidades e organizações de assistência social abrangidas por esta Lei, que articule meios, esforços e recursos, e por um conjunto de instâncias deliberativas compostas pelos diversos setores envolvidos na área”. Os conselhos se constituem, portanto, em indispensável instrumento da democracia participativa, não havendo interferência direta no âmbito da atividade do Poder Legislativo, muito embora suas decisões interfiram, de modo direto, numa atribuição do Poder Executivo, qual seja, a de elaborar a lei orçamentária anual. Bem por isto, os projetos aprovados no âmbito dos conselhos deliberativos não estão imunes à apreciação e emenda da Casa Legislativa.

conselhos representam, portanto, um importante avanço rumo à construção de uma democracia participativa, a qual permita ao cidadão comum, de forma concertada, em um processo decisório transparente, participar do processo de tomadas das decisões políticas que interferem no destino de sua comunidade⁴⁶⁰. Como recorda João Pedro Schmidt

As políticas públicas coordenadas por agentes comprometidos com métodos democráticos e respeito às redes sociais, preocupados em aumentar a confiança social e a auto-estima dos cidadãos, garantindo os arranjos institucionais adequados e a participação popular nas decisões, terão o efeito de incrementar o capital social existente nas comunidades. Com isso, criam-se condições apropriadas para a viabilização do desenvolvimento e da democracia⁴⁶¹.

O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais.

⁴⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. A democracia, a globalização e a exclusão social. In: XVIII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: cidadania, ética e Estado. **Anais**. 2002, Volume I. Brasília: 2003. p. 262-274. p. 269. Recorda Friedrich Müller que um dos espaços de resistência frente aos efeitos sociais da globalização seria, exatamente, a ampliação da democracia participativa, diante da insuficiência do modelo tradicional, fundado no plebiscito e referendo popular.

⁴⁶¹ SCHMIDT, João Pedro. Capital social e políticas públicas. In GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2003. Tomo 2, p. 419-458, p. 455.

3.7 CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A execução das políticas públicas depende da prática de atos administrativos. Sempre que os formuladores de políticas públicas especificam os vários critérios conflitantes que pretendem aplicar à execução de uma política, o processo decisório recai nas mãos da Administração Pública⁴⁶². Não há, portanto, uma separação estanque entre formulação e execução de políticas públicas, já que os insucessos da execução servirão como elementos para a formulação das políticas futuras. Contudo, revela-se possível estabelecer uma distinção, do ponto de vista metodológico, entre formulação e execução de políticas públicas, com o escopo de evidenciar que em muitos dos casos a revisão judicial dos atos administrativos tocará diretamente com o princípio democrático, existindo, portanto, limites à intervenção judicial.

A prática de atos administrativos incumbe ao Poder Executivo, uma vez que o constituinte de 1988 previu, no art. 84, II⁴⁶³, que incumbe ao Poder Executivo o exercício das atividades inerentes à Administração Pública. Ao mencionar os deveres do Estado, o constituinte está, em verdade, erigindo uma obrigação estatal que deverá ser cumprida pelo Poder Executivo, motivo pelo qual a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela como excepcional e vinculada aos casos previstos na Constituição. Incumbe ao Poder Judiciário apenas fiscalizar a atividade administrativa e não substituí-la. A omissão intencional do Poder Executivo pode resultar de um ato de vontade política, consistente na opção de priorizar a

⁴⁶² LINDBLOM, Charles E. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁶³ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;”

implantação de determinados programas sociais ao invés dos almejados por determinados segmentos da sociedade. Toda opção implica a frustração das expectativas de parcela da sociedade brasileira. Somente naqueles casos em que não existe uma prerrogativa constitucional erigida em favor do Poder Executivo é que se pode conceber a intervenção judicial positiva. Bem por isto, a atividade de revisão judicial deve estar assentada nos seguintes pressupostos: 1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa).

Num primeiro momento será abordada a implantação dos programas sociais e, na sequência, a implantação de políticas econômicas

3.7.1 Programas sociais não previstos na Constituição e na lei

O Poder Judiciário não poderá determinar, através de uma sentença em ação civil pública – que visa a proteção de bens sociais, tais como a prestação de serviços sociais decorrentes de direitos genéricos previstos na Constituição – a prática de um

ato privativo da Administração Pública, em observância do princípio da separação dos Poderes⁴⁶⁴.

O Estado Democrático de Direito impõe aos governantes eleitos o cumprimento de determinados deveres sociais, mas a forma de cumprimento destes deveres genéricos permite o uso de uma larga margem de discricionariedade política, através da qual irá prevalecer a execução das políticas sociais e econômicas que o governante repute mais adequadas ao seu programa de governo. Não se olvide, todavia, que vários mecanismos de cumprimento destes deveres já estão expressamente previstos na Constituição, de modo a vincular o governante, outorgando ao cidadão um direito subjetivo público em face do Estado. Trata-se, pois, de uma limitação da atividade do governante, vinculada a um programa mínimo a ser cumprido pelo Estado. Contudo, não é pelo simples fato de que o constituinte previu, por exemplo, no art. 208, II, a “progressiva universalização do ensino médio” que o Poder Executivo está impedido de buscar a progressiva universalização do nível universitário. Trata-se, pois, de uma pauta mínima, a qual não impede sua ampliação por parte do Poder Executivo. Somente quando as instâncias de democracia participativa já tiverem deliberado acerca de uma determinada política econômica ou social é que as ações coletivas poderão ser promovidas pelos legitimados ativos da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) com o fito de vincular o Poder Executivo.

⁴⁶⁴ Neste sentido, acórdão do STJ em sede de REsp. 63.128-GO, relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 20.05.1996. Neste caso, a ação civil pública havia sido proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Goiás, no intuito de obter provimento que determinasse a construção de abrigos para adolescentes infratores, tendo a ação sido extinta sem julgamento de mérito no primeiro grau. O STJ referendou esta posição, sob o argumento de que a política pública não poderia ser formulada pelo Poder Judiciário.

3.7.2 Política social prevista de modo específico na Constituição: execução de decisões judiciais que determinam o aumento das despesas públicas

Nos casos em que o constituinte definiu com clareza a forma de adimplemento de determinados direitos sociais previstos na CF/88, infundindo ao Poder Executivo o dever de implementar políticas sociais específicas, cumpre ao Poder Judiciário exercer um controle através das ações civis públicas.

Cite-se o exemplo do art. 208, I, da CF/88, o qual prevê que é dever do Estado assegurar o acesso universal ao ensino fundamental, inclusive em benefício dos que não se encontrem em idade própria. Trata-se de uma política social que deve ser imediatamente implementada, através de atos administrativos, sendo que a fonte de financiamento destes programas já se encontra prevista na Constituição Federal. Não cabe, neste caso, a alegação de dificuldades técnicas ou de insuficiência de recursos financeiros, vez que os valores já se encontram à disposição das três esferas da federação brasileira, através de repasses obrigatórios.

Mesmo nos casos em que não existam valores específicos previstos em orçamento, a ordem judicial determinará a utilização de recursos públicos, previstos em rubrica especial, destinadas a fazer frente às despesas de natureza emergencial, consoante determina a lei de responsabilidade fiscal. Os valores deverão sair da chamada “reserva de contingência”⁴⁶⁵, que deverá estar prevista na Lei de Diretrizes

⁴⁶⁵ “São valores reservados para situações específicas em circunstâncias adversas ou diferenciadas das previstas”. Deve estar prevista na LDO, para o atendimento a passivos contingentes e outros eventos imprevistos, bem como nas medidas de compensação a renúncias de receita e no aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado [(mais de dois anos) art. 5º, inc. III]. Fazem parte ainda dos anexos do orçamento as contas do Banco Central do Brasil. Informações extraídas do site <www.senado.gov.br>.

Orçamentárias, não havendo necessidade de alteração da lei orçamentária anual no ano de cumprimento da decisão. O crédito a ser previsto na lei orçamentária anual, todavia, não pode ter um valor ilimitado, razão pela qual o Poder Público terá limites mesmo em sede de despesas contingenciais (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 5º, § 4º), do que pode resultar a necessidade de uma suplementação orçamentária específica para atender novas despesas decorrentes de decisões judiciais. Caso a decisão projete despesas de caráter continuado para os anos subseqüentes, a lei orçamentária anual ulterior deverá prever estas despesas, sob pena de responsabilidade direta e pessoal do chefe do Poder Executivo.

Note-se que o conteúdo da ação coletiva para a proteção de um direito difuso, consistente em assegurar vagas a todos os que dela necessitem, não pode ser objeto de ação individual. Nos casos em que a Constituição de 1988 prevê a outorga de um direito subjetivo público, como, por exemplo, no caso do art. 208, § 1º, da CF/88⁴⁶⁶, o cidadão poderá promover uma ação individual, uma vez que a Constituição outorga direitos individuais homogêneos em face do Estado. A busca da universalização da prestação do ensino fundamental pelo Poder Público é um direito difuso e não colide com a busca da prestação do ensino fundamental no caso concreto e individual. Ao promover uma ação individual, o cidadão não pretende a universalização do serviço, mas apenas garantir sua vaga a partir de um direito subjetivo público. A Constituição brasileira prevê, portanto, dois direitos distintos, um de natureza difusa, constante do art. 208, I, da CF/88 (“universalização do ensino

⁴⁶⁶ Art. 208, § 1º: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”

fundamental”) e outro de natureza essencialmente individual, em face do Poder Público, constante do art. 208, parágrafo único, da CF/88, qual seja, o acesso “gratuito” ao ensino fundamental. A proteção do direito difuso poderá ser feita na via da ação civil pública, ante a omissão do Poder Público, através de uma ordem dirigida ao Poder Público competente, devendo o juiz consignar, de modo expresso, em sua sentença, a disposição específica contida na lei orçamentária anual de onde sairão os recursos necessários à implementação do programa social.

3.7.3 Política social prevista em lei

O legislador ordinário tem a faculdade de implementar direitos sociais previstos de modo genérico na Constituição Federal de 1988. Não pode, todavia, determinar as hipóteses concretas de atuação do Poder Público, o que implicaria invasão da atividade administrativa. Deve, portanto, prever de modo genérico e abstrato a implantação de um determinado programa social positivo, de molde a beneficiar um dado segmento da sociedade. Ao Poder Executivo incumbe a execução do programa social previsto em lei ordinária, a partir dos limites impostos pela lei orçamentária anual. Nesta seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão, através de ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto⁴⁶⁷. Interfere, portanto, na prática de

⁴⁶⁷ A Lei federal 10.741, de 1º.10.2003 (Estatuto do Idoso), prevê um eficiente sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em favor das pessoas com idade superior a 60

atos administrativos, uma vez que a lei vincula a atividade do Administrador. Não se trata de controle de uma decisão política de governo, mas sim de mero controle de um ato administrativo, jungido que está ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88).

(sessenta) anos, preceituando que: “Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;”. Todavia, o instituto vem tendo sua eficácia reduzida por conta de decisões insuladas do Poder Judiciário, as quais não aceitam a intervenção judicial na atividade regulamentadora do Poder Executivo, impedindo, desta forma, o exercício de direitos legítimos outorgados à população de idosos (assim se manifestou o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do AI 2004.01.012154-1-PR, através de agravo de instrumento interposto em face de liminar deferida pelo juiz do primeiro grau, em ação civil pública proposta pelo Instituto Constituição Viva (Consviva) de Ponta Grossa-PR, na subseção judiciária de Curitiba-PR, a qual buscava assegurar o direito de reserva de passagens gratuitas aos idosos carentes, nos ônibus que fazem o transporte intermunicipal de passageiros, em voto do e. relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti (4ª Turma do TRF4, vencido Desembargador Federal Lippmann) nos termos do art. 40 do Estatuto do Idoso. A decisão do juiz federal de primeiro grau impunha à União e à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a fiscalização do fornecimento de passagens gratuitas a idosos carentes pelas empresas paranaenses de transporte interestadual, mas já havia sido suspensa por decisão liminar em agravo interposto pela União pelo Desembargador Federal Capeletti. Trata-se de uma interpretação restritiva do instituto, a qual frustra as expectativas da população que foi bombardeada durante meses pelos meios de comunicação de massa, sobre as inovações e direitos trazidos pelo Estatuto do Idoso, os quais não se concretizam em suas respectivas realidades, não passando, na prática, de peças de publicidade. Note-se que tecnicamente o art. 40 já prevê todos os requisitos para o exercício do direito, sendo que a omissão regulamentar do Poder Executivo não representa impedimento ao exercício da atividade regulamentar do Poder Judiciário. Não existe reserva absoluta do ato administrativo, nos casos em que lhe cabe regulamentar determinada matéria, uma vez que a regulamentação serve, tão-somente, à execução da lei pelos próprios órgãos da Administração. Esta atividade regulamentadora pode ser exercida pelo Poder Judiciário através das ações civis públicas, na medida em que a própria Constituição prevê, em seu art. 103, § 2º (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) que o Poder Judiciário deve conferir um prazo de 30 dias à Administração Pública, findos os quais deverá regulamentar o exercício do direito outorgado pela Constituição, o mesmo devendo ser aplicável aos direitos previstos em lei. Infelizmente, a teorização destes conflitos ainda não atingiu um nível desejável, de modo a permitir um exame acurado pelo Poder Judiciário, frente ao princípio da separação dos Poderes, especialmente sobre a vinculação do ato administrativo regulamentador à lei editada, situação na qual não existe discricionariedade por parte da Administração Pública no tocante ao prazo de sua atuação, o qual, por força da Constituição Federal, é de 30 dias. Nestes casos, o juiz da ação civil pública deverá conceder um prazo prévio de 30 (trinta) dias para a adoção da atividade regulamentadora, findos os quais passam a ter eficácia as disposições regulamentadoras de sua decisão em verdadeira atividade legislativa. Assinale-se, finalmente, que segundo a posição consolidada do Supremo Tribunal (ADI 19-5, relator Ministro Aldir Passarinho, em acórdão publicado no DJ de 14.04.1989) somente as omissões de cunho normativo são passíveis de controle na via da ação direta, excluídas, portanto, as omissões de natureza administrativa concreta.

3.7.4 Política social através de uma atuação negativa

Pode suceder, ainda, que a política social a ser implementada não dependa de uma atuação positiva do Estado, mas antes de uma atuação negativa, no sentido de garantir isenções fiscais previstas em lei, imunidades fiscais previstas na Constituição ou, ainda, benefícios financeiros diretos na prestação de serviços públicos, executados de forma direta ou indireta. Trata-se da proteção de direitos individuais homogêneos, uma vez que as ações poderão ser individualmente propostas. Cumpre, todavia, distinguir os casos em que a lei ou a Constituição impõe uma prestação positiva por parte do Estado – visando assegurar um dever de abstenção pelo particular – como, por exemplo, nos casos em que o Poder Público tenha de assegurar a oferta de benefícios por parte de concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Neste caso, a omissão do Administrador Público poderá ser ilidida através de uma ação coletiva na qual a sentença judicial irá substituir a atividade da Administração. Muito embora a ação deva ser promovida somente em face do Poder Público omissor, produzirá efeitos em face de todas as concessionárias e permissionárias envolvidas.

3.7.5 Proteção de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal somente podem ser atendidos pelo Poder Judiciário de forma concreta no

caso individual. Resulta claro que uma necessidade individual – a qual demanda e pressupõe a prévia implementação de uma determinada política social – não pode ser atendida pelo juiz no caso concreto, através de uma ação individual, vez que estaria interferindo numa atividade administrativa vinculada. Trata-se da busca de proteção de um direito coletivo através de uma demanda de natureza individual.

A vinculação do Administrador à lei não lhe permite atender a uma necessidade específica de um de seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada pelo Estado. Da mesma forma o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. Caso o programa já esteja sendo executado, cumpre ao juiz assegurar o exercício do direito fundamental em juízo. Caso assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação social positiva ainda não implementada e que vise atender a toda a população, estará afrontando o princípio da isonomia entre os cidadãos. Note-se, portanto, que a aparente ofensa ao princípio da separação dos Poderes não é a verdadeira tônica deste debate, o qual deve ser procedido a partir da discussão acerca do papel do Estado na distribuição dos recursos públicos entre seus cidadãos. A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual.

Pode suceder, ainda, que o autor da ação coletiva pretenda a adoção de uma providência jurisdicional consistente na prestação de um serviço social que não se encontra prevista em lei ou na Constituição, mas relacionada com a proteção de direitos fundamentais como direito à vida e à segurança pública⁴⁶⁸. A construção e melhoramento das condições de uma rodovia pública ou mesmo a melhoria da qualidade dos serviços de segurança pública certamente que representam instrumentos através dos quais o Estado assegura o exercício dos direitos fundamentais à vida e à segurança. Todavia, a atuação positiva do Poder Judiciário implica indisfarçável intervenção na atividade privativa dos governos, a qual somente se justifica a partir de um processo de fundado na democracia participativa.

3.7.5.1 O princípio da isonomia e a “reserva do possível”

Nos casos em que já exista um programa social implementado pelo governo, a partir da interpretação que confere a um dever genérico previsto no texto constitucional ou, ainda, que já exista um programa social previsto de forma específica em lei aprovada pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário deverá interferir de forma positiva, de molde a assegurar a proteção da isonomia constitucional.

⁴⁶⁸ CF/88, art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

Ocorre que o princípio da isonomia impõe um tratamento idêntico, por parte do Estado, em favor de todos os cidadãos que se encontrem em uma mesma situação de necessidade, não se podendo limitar a assistência social aos valores previstos na lei orçamentária anual, sob pena de tratamento desigual.

A proteção da isonomia constitucional se apresenta, portanto, como uma injunção necessária decorrente do próprio art. 5º da Constituição Federal de 1988. Muito embora a formulação de uma política pública seja responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, a sua execução demanda um tratamento isonômico que será assegurado pelo Poder Judiciário através de uma concepção substancial acerca do papel da Constituição. Nos Estados Unidos, Frank Michelman sustenta que as Cortes não podem criar serviços sociais inexistentes, mas quando o Poder Legislativo assim o faz, as Cortes devem tratar estas ações legislativas como meios de satisfação dos direitos, com conseqüências significativas para os litígios envolvendo a interpretação das leis. Para Michelman, as Cortes não podem criar as políticas públicas a partir das necessidades sociais, mas quando o Poder Legislativo aceita um dever de legislar sobre o tema, a partir de uma imposição constitucional, os juízes passam a decidir sobre as formas como os direitos serão atendidos, a partir da própria vontade do legislador⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ MICHELMAN, Frank. Welfare rights in a constitutional democracy. In: **Washington University Law Quartely**. V. 1979, n. 3, p. 659-693, p. 663. Tradução livre. O professor norte-americano sustenta que, muito embora a Constituição norte-americana não preveja, de modo expresso, a existência de direitos sociais, existem direitos que decorrem de decisões políticas, ou seja, direitos aos meios necessários ao atendimento dos direitos fundamentais e que devem ser estendidos a toda a população. Michelman chega a esta conclusão após analisar diversos precedentes judiciais norte-americanos que se situam entre os anos de 1969 a 1974.

A argumentação dos governos consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social depende da vontade do Poder Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual e ao Congresso Nacional, que tem a incumbência de aprová-la e mesmo de emendá-la. Ademais, o Poder Judiciário teria de indicar as fontes dos recursos destas novas despesas, o que esbarra na chamada “reserva do possível”, quando então os gastos do governo estão previamente limitados por suas receitas. Muito embora a escolha dos programas sociais que serão implementados pelo governo, em atendimento de deveres genéricos constantes na Constituição Federal, seja atribuição do Poder Executivo, o mesmo não sucede em face dos programas já implementados pelo governo.

No tocante a estes programas, o Poder Executivo terá de previamente analisar sua própria capacidade de financiamento de um programa social, antes de implementá-lo, pois estará sujeito à fiscalização do Poder Judiciário caso o implemente sem os recursos suficientes. A implementação das políticas públicas de natureza social é, portanto, um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não admite a outorga ilusória de direitos sociais, condicionados à disponibilidade do orçamento público. A prática recorrente no Brasil tem sido a da ampla utilização das políticas públicas como verdadeiras peças de propaganda dos governos eleitos, mas que na prática resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada “reserva do possível”. Acena-se com uma promessa que se sabe, de antemão, que não será cumprida, com o fito exclusivo de se obter benefícios eleitorais, naquilo que

se convencionou chamar de “populismo”. Como lembram Sunstein e Holmes, políticos, vendedores de carros usados e publicitários tendem a exagerar sobre o conteúdo de suas promessas, muito embora saibam que possam ser cobradas em algum momento no futuro⁴⁷⁰.

As estimativas do governo podem não corresponder à realidade, o que conduzirá à necessidade de apresentação de uma emenda à lei orçamentária anual, com o objetivo de atender a uma situação contingencial, sob pena de suspensão do programa. Caso o Poder Executivo se omita em relação a este dever constitucional, correlato à proteção da isonomia entre os cidadãos, o Poder Judiciário, em estrita aplicação da Lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/01) poderá, em sede de ação civil pública, ordenar à Administração Pública que garanta o acesso ao programa em favor de todos os cidadãos brasileiros que dele necessitem.

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, em seu art. 24 que estes serviços não dependem da apresentação da fonte de custeio:

Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17⁴⁷¹.

§ 1º É dispensada da compensação referida no art. 17 o aumento de despesa decorrente de:

⁴⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & company, 1999, p. 102.

⁴⁷¹ **Art. 17.** Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inc. I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. § 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

I – concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente;

II – expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados;

III – reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se a benefício ou serviço de saúde, previdência e assistência social, inclusive os destinados aos servidores públicos e militares, ativos e inativos, e aos pensionistas.

Resulta claro, portanto, que a manutenção de um programa de proteção social, especificamente voltado à saúde, previdência e assistência social não está limitada pela indicação precisa da fonte dos recursos, na medida em que o legislador impõe a manutenção destes programas, independente da previsão específica na lei orçamentária anual para atender a estas despesas. Um programa de proteção social que tenha sido criado, por exemplo, com a finalidade de assegurar medicamentos especiais gratuitos a todos que deles necessitem não está jungido pelos limites impostos pela lei de responsabilidade fiscal, motivo pelo qual os recursos deverão ser disponibilizados diretamente do orçamento, mesmo que em prejuízo de outras rubricas já aprovadas. Cabe ao Poder Executivo encaminhar as alterações necessárias à Casa Legislativa de acordo com suas opções próprias. A vinculação da Administração Pública a este comando legal é automática e não permite o exercício de um poder incontestável porque não existe discricionariedade administrativa neste caso específico.

Estas despesas de natureza continuada concorrem, portanto, com as despesas correlatas ao pagamento da dívida pública e ao reajustamento anual dos vencimentos dos servidores públicos, nos termos do § 6º do art. 17 da Lei de

responsabilidade fiscal⁴⁷². Há que se ressaltar, ainda, o fato de que os valores não poderão sair das rubricas em relação as quais o Poder Executivo não tem disponibilidade, por força de sua vinculação direta aos repasses obrigatórios previstos na CF/88, como sucede, por exemplo, com as verbas públicas destinadas à educação⁴⁷³.

O art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, de modo expresso, que as despesas obrigatórias do Estado, previstas em lei ou na Constituição não poderão ser limitadas, mesmo que extrapolem os limites inicialmente previstos na Lei Orçamentária Anual, o que também sucede em relação ao programa de metas fiscais – constantes do anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias – e os valores necessários ao pagamento dos serviços da dívida pública. Desta forma, as despesas obrigatórias nas áreas de educação e saúde não poderão ser afetadas pela adoção de medidas de “corte no orçamento”, nos termos do art. 9º da Lei de

⁴⁷² “§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inc. X do art. 37 da Constituição”. O art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê o regime de compensação, nos casos em que exista aumento de despesas em um programa social, ou seja, majorada a despesa, incumbe ao Poder Executivo demonstrar de que rubrica do orçamento os valores serão retirados: “O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: (...) II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;”.

⁴⁷³ As despesas com repasses obrigatórios são as previstas na Constituição de 1988, regulamentadas por Leis Complementares que determinam a forma pela qual um ente da Federação repassa para outro, ou a Fundos específicos parte determinada da receita de tributos.

A Constituição prevê transferências para os Fundos dos Estados e Municípios (art. 159) e transferência de receita tributária entre os mesmos (art. 157); prevê ainda dotações específicas em percentuais, para o Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159), e Fundos para a educação (art. 212). Recomenda-se verificar se há disposições outras na Constituição do Estado ou na Lei Orgânica do Município. Há outra referência no art. 40, relativa ao uso de transferências constitucionais pelos entes da federação. O art. 212 da CF/88, por exemplo, prevê que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

Responsabilidade Fiscal, o qual autoriza o Poder Executivo a proceder ao contingenciamento dos recursos sempre que a estimativa da arrecadação se mostre incorreta⁴⁷⁴. Emerge, portanto, a responsabilidade do Poder Executivo ao implementar um programa de proteção social na área da saúde e assistência social, uma vez que estará vinculado juridicamente a este programa, renunciando, portanto, à importante parcela de sua descrição política⁴⁷⁵. A intervenção positiva do Poder Judiciário se assenta, desta forma, na legislação vigente sobre o tema, não havendo óbice legal à liberação de verbas constantes do orçamento, razão pela qual, em havendo aumento de despesas nos serviços de natureza continuada, caberá ao Poder Executivo apresentar emenda à lei orçamentária anual junto à Casa legislativa competente (CF/88, art. 165, § 3º).

Concluindo, as prestações de natureza coletiva somente poderão ser concedidas ao indivíduo quando existir uma política pública já implementada através de um sistema de democracia procedimental. Caso já implementada esta política pública, o direito do cidadão poderá ser protegido pelo Poder Judiciário através de ações individuais – como o mandado de segurança, por exemplo – a partir da proteção à isonomia entre os cidadãos. Disto resulta a possibilidade jurídica de extensão de um programa social a um determinado indivíduo, independente da

⁴⁷⁴ Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

⁴⁷⁵ Os programas nas áreas de assistência social e previdência social já se encontram pormenorizados na Constituição e nas leis que regulam estes temas. Na área da assistência social o legislador poderá conceber novas formas de atuação positiva do Estado, o que de modo algum inibe o Poder Executivo de implementar novas políticas sociais.

expressão previsão legal ou de verbas orçamentárias específicas. As intervenções do Poder Judiciário neste último caso se dão a partir de uma concepção substancial de democracia, quando o juiz irá proteger no caso concreto o direito do cidadão, a partir de sua própria consideração acerca do princípio da isonomia. A escolha dos instrumentos é, portanto, uma prerrogativa dos governos eleitos e da própria sociedade (democracia procedimental).

3.7.5.2 A Lei Orçamentária Anual e a “reserva do possível”: a questão dos créditos suplementares

A Lei 10.837/04 (Lei Orçamentária Anual da União⁴⁷⁶) prevê a possibilidade de abertura automática de crédito suplementar, já aprovado na Lei Orçamentária Anual,

⁴⁷⁶ “A lei orçamentária anual corresponde à enunciação quantificada e pormenorizada da receita esperada e dos programas e projetos que vão ser realizados no exercício seguinte a sua elaboração. Os orçamentos estão previstos para a União, no art. 165 da Constituição brasileira. Cada ente da Federação deve atentar também para sua Constituição ou Lei Orgânica do Município. O dispositivo constitucional federal se refere a Orçamento Fiscal, de Investimentos de Estatais, e da Seguridade Social. Integra o detalhamento de todas as expectativas de arrecadação, de receitas patrimoniais, de créditos e de todos os gastos. Na LRF, a despeito das primeiras referências à Constituição são feitas outras, adiante no art. 5º, que deixam clara a necessidade de cumprimento da norma orçamentária pelos demais entes da federação. Além da programação de receita e despesa, exige programação relativa à renúncia de receitas e compensação financeira relativa aos efeitos da reciprocidade dos regimes de previdência (art. 5º). Consolida-se no Orçamento Fiscal toda a programação de trabalho das unidades da administração direta e indireta, com demonstrativos da dívida, da despesa da dívida e do endividamento. O projeto de orçamento é devido pelo Executivo ao Legislativo até o dia 30 de agosto de cada ano (art. 5º), e pelo Legislativo ao Executivo para sanção até o final do exercício. O orçamento deve conter demonstrativos que não são chamados de anexos pela Lei, estão descritos no *link* “Anexos”. Integram o projeto da Lei Orçamentária os itens vinculados ao Orçamento da Seguridade Social e do Orçamento de Investimento das Estatais. As alterações ao Orçamento são possíveis durante todo o ano por via de créditos especiais e adicionais. Os anexos devem demonstrar a compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos da lei de diretrizes orçamentárias e o impacto sobre as disparidades regionais de desenvolvimento (CF/88, art. 5º, II e art. 165, § 6º). Conterá ainda Reserva de Contingência consoante a lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao pagamento de restos a pagar (art. 5º, III), atendimento de passivos contingentes e outros riscos fiscais imprevistos, despesas relativas à dívida mobiliária e contratual, refinanciamento da dívida, atualização monetária da dívida, que não pode superar os índices previstos na LDO. É vedada a consignação de crédito para finalidade imprecisa ou dotação ilimitada ou ainda superior à cobertura anual, exceto se

em caso de despesas decorrentes ao atendimento de “relevantes interesses públicos” que possam trazer prejuízo para a sociedade. Se a obra ou serviço tiverem caráter permanente, a decisão judicial deverá determinar a inclusão, na lei orçamentária do ano subsequente, das verbas necessárias ao atendimento desta despesa. Contudo, para o ano em curso, a despesa terá de ser reputada como um serviço extraordinário e sairá dos cofres do Poder Executivo. Note-se que para o ano de 2004 a receita estimada da União é de R\$ 1.502.129.012.295,00 (um trilhão, quinhentos e dois bilhões, cento e vinte e nove milhões, doze mil e duzentos e noventa e cinco reais). A maior parte da receita estimada da União para o ano de 2004 provém da emissão de títulos da dívida pública, atrelados à correção monetária pelo IGPD-I, no valor de inacreditáveis R\$ 860.041.414.290,00 (oitocentos e sessenta bilhões, quarenta e um milhões, quatrocentos e quatorze mil, duzentos e noventa reais). O art. 4º, II, da Lei Orçamentária Anual de 2004, permite a abertura automática de suplementação de verbas federais até o percentual de 30% (dez por cento) sobre o excedente da arrecadação tributária federal, valores que poderão ser utilizados livremente pelo Poder Executivo sem necessidade de alteração da lei orçamentária anual ou autorização do Congresso Nacional. Para o atendimento de sentenças judiciais já transitadas em julgado, o Poder Executivo está autorizado a abrir créditos suplementares sem percentual definido, mas que se provêm do excesso de arrecadação e anulação de despesas (art. 4º, III) ou, ainda, da chamada

prevista na LDO (art. 8º). Trinta dias após a publicação da lei do orçamento, o Executivo deve estabelecer a programação financeira e cronograma de desembolso mensal (art. 8º). Similares disposições legais devem ser observadas a partir da Constituição, Lei Orgânica e outra legislação de cada ente da Federação.” Informações extraídas do site <www.senado.gov.br>.

“reserva de contingência”. Já para o atendimento de despesas resultantes da amortização da dívida pública federal não existem limites impostos, podendo o governo federal se utilizar dos resultados do *superávit* fiscal do ano anterior, bem como das receitas provenientes dos lucros das estatais. Deste modo, resulta incorreto se afirmar que os resultados do superávit fiscal se destinam ao pagamento de juros e serviços da dívida pública federal, pois a lei somente autoriza a amortização do principal. Anote-se, por fim, que o resultado do superávit fiscal federal poderá ser utilizado para fins de cumprimento da decisão judicial, a exemplo das reservas para atendimento de despesas de natureza contingencial. Há de se fazer uma distinção, portanto, entre as despesas resultantes de decisões judiciais de natureza provisória – que não estejam encartadas em sentenças transitadas em julgado – e as definitivas. As despesas decorrentes de sentenças transitadas em julgado poderão ser desde logo executadas, sem que necessária a alteração da lei orçamentária anual vigente no ano do trânsito em julgado. Dependem, todavia, da existência de verba disponível decorrente de superávit fiscal federal e, para os anos subsequentes, deverão integrar o projeto de lei orçamentária anual a ser elaborado pelo Poder executivo federal, sob pena de imposição de sanções pessoais ao chefe do Poder Executivo, nos termos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, art. 73⁴⁷⁷) sem prejuízo das sanções de natureza política contidas no art. 85 da Carta de 1988 (*impeachment*) por descumprimento de decisão judicial. No caso de atendimento de despesas decorrentes de decisões de natureza

⁴⁷⁷ Art.73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), a Lei 1.079, de 10.04.1950: o Decreto-lei 201, de 27.02.1967; a Lei 8.429, de 02.06.1992, e demais normas da legislação pertinente.

provisória (liminares) já transitadas em julgado, os valores terão de sair da verba destinada às despesas de natureza contingente – já prevista na lei orçamentária anual ou ainda da limitação imposta pelo próprio art. 2º da lei orçamentária anual para 2004 – no percentual de 30% sobre o excedente da arrecadação fiscal federal. Em ambos os casos, as despesas já aprovadas na lei orçamentária anual aprovada pelo Congresso Nacional de nenhuma forma poderão ser anuladas por força de uma decisão judicial, salvo nos casos de ações do controle concentrado de constitucionalidade, tendo como objeto a própria lei orçamentária anual (tese, inclusive, reiteradamente repugnada pelo próprio Supremo Tribunal o qual não aceita realizar controle abstrato de normas de natureza concreta) ou, ainda, de controle incidental desta lei no bojo de ação civil pública que tenha por finalidade resguardar o patrimônio público. Não se admite, portanto, decisão judicial que determine a anulação de despesa para a publicidade, por exemplo, com determinação de que estes valores tenham de ser repassados para o pagamento de despesas decorrentes da própria decisão judicial. É possível, contudo, que a decisão judicial na ação civil pública possa determinar ao Poder Executivo que remeta projeto de abertura de suplementação orçamentária ao Congresso Nacional, sob pena de multa diária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei federal 7.347/85. O que se busca é assegurar que a decisão judicial seja cumprida sem comprometer a independência entre os Poderes da República e utilizando créditos já abertos em favor do Poder Executivo na lei orçamentária anual. Ao final, cumpre consignar que a intervenção judicial nos casos em que a decisão declara a inconstitucionalidade de um determinado tributo – ou seja, que produz alteração na estimativa de receita da

União – não produz um efeito mais intenso que a decisão judicial que determina a implantação de um serviço social ou construção de uma obra prevista em lei ou na Constituição, haja vista que a estimativa de perda da receita, nestes casos, já compõe a lei orçamentária anual no item “anexo de riscos”⁴⁷⁸. Os problemas surgem, em verdade, em face de despesas que não se encontram previstas na lei orçamentária e para as quais a União alega a chamada “reserva do possível”. Finalmente, não se pode olvidar que, em ambos os casos, além da União, o Ministro da Gestão e Orçamento deverá ser notificado para o cumprimento da decisão judicial, já que detém a prerrogativa de liberar as verbas constantes da lei orçamentária anual, sob pena de responsabilidade pessoal da autoridade⁴⁷⁹.

3.7.5.3 As políticas sociais como pressuposto do atendimento das necessidades individuais do cidadão

As ações civis públicas quando propostas com a finalidade de exercer o controle das políticas sociais da Administração Pública e, com especial ênfase, às omissões do Poder Público no adimplemento dos deveres sociais, geralmente são

⁴⁷⁸ “Quadro de valores relativos aos riscos que possam ser previstos, com adição dos valores para os imprevistos. Avalia os passivos contingentes e outros riscos que possam afetar as contas públicas e indica as providências a serem tomadas se o risco se concretizar (art. 4º, § 3º). Só será obrigatório para Municípios com menos de 50.000 habitantes no ano 2005 (Art. 63). O art. 9º prevê a maneira legal da prevenção e correções de desvios. Deixar de corrigir os desvios na forma do art. 9º é infração, deixar acumular desvios e não ter prevenido riscos da execução do programa, também.” Informações extraídas do site <www.senado.gov.br>.

⁴⁷⁹ Consigne-se, por fim, que a Lei federal 10.028/00 alterou várias das disposições legais contidas no Código Penal brasileiro, na Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estado, a qual atualmente abrange, também, condutas praticadas pelos ordenadores de despesas nos Tribunais e no Ministério Público) e no Decreto-lei 201/67 (crimes praticados pelos Prefeitos Municipais), visando assegurar o cumprimento da lei de responsabilidade fiscal, além de prever, em seu art. 5º, as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas que sujeitam os ordenadores de despesas públicas a pesadas multas, consoante julgamento a ser procedido pelos respectivos Tribunais de Contas.

promovidas pelo Ministério Público. Note-se que não se trata de uma tutela direta a um direito fundamental individual, mas sim, uma tutela coletiva visando a implementação de políticas sociais voltadas à universalidade dos cidadãos, de modo que os direitos fundamentais individuais, como o direito à vida (CF/88, art. 5º) somente de forma indireta serão tutelados⁴⁸⁰.

Considerando que a atuação positiva do Estado, no caso concreto, demanda a prévia implementação de um programa social, por razões de planejamento orçamentário e em atenção ao controle exercido pelo Parlamento (princípio democrático) a proteção positiva dos direitos fundamentais individuais, inscritos ao longo do art. 5º da CF/88, pressupõe o prévio atendimento dos direitos sociais. O Estado brasileiro, muito embora tenha entre seus objetivos primaciais a erradicação da pobreza e a promoção da justiça social não possui recursos ilimitados no plano assistencial. Ademais, a opção do governante pode consistir na aplicação de importante parcela dos recursos do Estado em políticas econômicas, como, por exemplo, através da geração de empregos, visando atingir os objetivos preconizados pelo art. 3º da CF/88⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Op. cit.*, p. 174. Muito embora o autor defenda a possibilidade de outorga individual de um direito fundamental previsto em uma norma programática, nos casos em que o Estado deva assegurar o “mínimo existencial”, reconhece (p. 174) que “(...) é tormentoso o relacionamento entre os direitos sociais (nem sempre exigíveis, *de per si*, perante o Estado) e o *mino* existencial (direito público subjetivo), sendo difícil, muitas vezes, traçar uma linha divisória clara entre essas duas distinções.”

⁴⁸¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 62. Entende o autor que, na consecução dos objetivos inscritos no art. 3º da CF/88, o juiz deve implementar as políticas públicas em caso de inércia dos demais Poderes.

A adoção de um modelo de centralidade estatal na prestação de serviços públicos de assistência à população, com aplicação de todos os recursos de forma compartilhada, implicaria a supressão do espaço privado destinado à sociedade civil, em um verdadeiro modelo socialista de Estado. A Constituição brasileira de 1988 deixa clara a opção por um modelo de Estado capitalista, mas que em sua versão original possui um forte componente de intervenção estatal na economia e nos serviços públicos. Bem por isto, revela-se impossível a concessão de um serviço social no caso concreto, como, por exemplo, a aquisição de um medicamento especial ou o pagamento de tratamento médico específico a um cidadão através de uma demanda individual, nos casos em que não exista qualquer programa social prévio⁴⁸². Situação diametralmente oposta é aquela na qual a política social já foi implementada, mas com injustificável limitação dos benefícios previstos em relação à determinada categoria de pessoas, as quais, como se verá adiante, poderão demandar em juízo a extensão destes benefícios com base no princípio da isonomia, o qual assume enorme importância na interpretação de qualquer norma constitucional.

3.7.5.4 O direito fundamental à saúde

O direito à integridade física do cidadão está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, de modo que se constitui em dever genérico do

⁴⁸² Lei federal 8.080/90: “Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Estado brasileiro a sua efetiva proteção. A proteção à vida humana pelo Estado, no âmbito civil, pode-se dar de duas formas básicas, quais sejam: (1) a proteção específica, através da prática de atos administrativos ancorados em lei prévia, dado o princípio da estrita legalidade; ou ainda (2) através da implementação, pelo Estado, de políticas públicas, econômicas e sociais. Muito embora a Administração Pública possua uma discricionariedade no sentido de orientar sua conduta de acordo com os objetivos preconizados na Constituição, é a lei que vai determinar a amplitude desta atuação. Esta limitação, a qual se constitui em garantia erigida em favor do próprio cidadão, pode-se apresentar como um importante obstáculo à atividade do Estado na administração, quando esteja em jogo a vida humana de um de seus cidadãos. A negativa pode-se dar pela completa ausência de regulação legislativa de um direito social previsto na Constituição de forma genérica. Nestes casos o Administrador Público está jungido, no caso concreto, à existência de políticas sociais já implementadas no nível interno da Administração Pública, na medida em que a execução destes programas passou pela análise do Congresso Nacional, quando da aprovação da lei orçamentária de origem do Poder Executivo. Contudo, a negativa da pretensão de compra de um medicamento especial ou o pagamento de uma despesa com tratamento médico específico pode representar a negativa do direito à vida do cidadão, o qual é garantido pela Constituição, sendo certo que os direitos sociais são de aplicabilidade imediata.

Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver. A decisão

acerca das prioridades a serem conferidas pelo Estado nesta área é essencialmente uma decisão política e moral, que refoge do âmbito do controle judicial, motivo pelo qual as ações individuais em face do Estado não podem implicar a substituição da atividade administrativa. No caso concreto, o Administrador Público não estará afrontando qualquer texto de lei, muito ao contrário, terá observado seu comando.

O Código Penal brasileiro menciona, de forma expressa, que o direito à vida e à integridade físicas são indisponíveis, quando considera crime a sua supressão (Código Penal, art. 121, *caput*) ou a lesão à integridade física (art. 129, *caput*).

O consentimento do ofendido, nestes casos, não tem qualquer significado, sendo que a lei penal pune até mesmo o auxílio de terceiros ao suicídio (art. 122, *caput*). Trata-se de uma intervenção necessária do Estado, através do âmbito penal, na medida em que a Constituição criminaliza o atentado à vida humana (CF/88, art. 5º, XVIII, “d”⁴⁸³). Se a intervenção do legislador penal se mostra necessária, resta evidenciado que também na área civil e administrativa, o legislador deverá envidar – com maior razão – todos os esforços para proteger a vida humana, motivo pelo qual o art. 6º, *caput*, da CF/88, prevê o direito social fundamental à saúde. Ingo Sarlet, ao dissertar sobre o tema, com amparo na Lei federal 9.313/96 – a qual institui o programa de atendimento dos portadores do vírus da AIDS –, sustenta que o direito à saúde previsto no *caput* do art. 6º da CF/88 autoriza a propositura de demandas individuais em face da Administração Pública

⁴⁸³ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Sustenta a autora que a Constituição não obriga a criminalização das condutas previstas como passíveis de imposição da sanção penal na Carta de 1988, quando existem outros mecanismos de proteção de um bem jurídico.

sempre onde nos encontrarmos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade da pessoa física e dignidade da pessoa humana, haveremos reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo⁴⁸⁴.

O argumento utilizado pelo autor para a delimitação dos casos em que o cidadão teria um direito subjetivo público se funda em um critério não previsto, em princípio, na Constituição brasileira de 1988, a qual não estabelece distinção entre os cidadãos que necessitam de um tratamento urgente dos que podem aguardar. Trata-se de critério fundado no direito processual, com vista ao deferimento da tutela antecipatória, o qual não guarda qualquer correspondência com o direito material. As proposições não podem ser sustentadas pela metade – pois se existe um direito subjetivo público amplo previsto na Constituição, o qual pode ser concretizado a partir de medidas de cunho prático adotadas pelo juiz – não se pode negar idêntica providência aos cidadãos que possam aguardar o tratamento desejado, mas que não tenham condições financeiras de arcar com seus elevados custos, especialmente nas hipóteses de procedimentos não cobertos pela tabela do Sistema Único de Saúde (SUS). Argumentar com a aplicação da Lei federal 9.313/96 invalida o discurso de uma ampla justiciabilidade do direito à saúde, pois a lei implementa uma política pública destinada com exclusividade aos portadores do vírus do HIV⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 01/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

⁴⁸⁵ Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

O mesmo sucede em relação ao argumento de autoridade remanescente, qual seja, o de que o Supremo Tribunal, nos autos do Recurso Extraordinário 267.612-RS⁴⁸⁶, julgado em 02.08.2000, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, teria sustentado a tese de um direito subjetivo público amplo, passível de concretização pelos juízes, nas ações individuais, a partir da “emergencialidade” do caso concreto. Em realidade, o acórdão é claro ao fixar que somente à vista de lei expressa o Poder Judiciário poderia adotar as providências necessárias ao cumprimento dos atos administrativos preconizados pelo legislador, o que de fato ocorre em relação às leis estaduais gaúchas 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95, que instituíram programas sociais de distribuição gratuita de medicamentos aos cidadãos comprovadamente carentes. Portanto, em ambos os casos, os argumentos apontados pelo autor mais invalidam seu discurso do que o sustentam, razão pela qual não se pode considerar a “emergencialidade” da situação como um critério jurídico definitivo, muito embora se reconheça sua procedência no plano da moral.

Não se revela possível a propositura de ação civil pública, por parte do Ministério Público, em favor de um único cidadão que necessitasse, por exemplo, de

⁴⁸⁶ Do voto do relator colhem-se as seguintes considerações: “A legislação que assegura às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF). O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.”

um tratamento médico especializado ou de um medicamento de custo elevado, sob o argumento de que se trata de direito individual indisponível (CF/88, art. 127, *caput*).

Este dever genérico do Estado – e o correlato direito à vida por parte do cidadão – está condicionado pela capacidade orçamentária do Estado, rendendo ensejo às chamadas “decisões trágicas” do legislador e do administrador. A proteção do direito à vida não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. Estes terão de optar pelos mecanismos que melhor atendam estas necessidades da população, buscando ampliar, de forma gradativa, o direito que se pretende universal⁴⁸⁷. Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto – como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde – implicará a realocação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador⁴⁸⁸. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso⁴⁸⁹. Não se trata de

⁴⁸⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana**: la teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003. p. 347. O autor sustenta, a partir da análise do sistema de saúde pública dos Estados Unidos que o governo deve interferir de maneira a prover todos os cidadãos com as condições mínimas de saúde pública, instrumentais para que possam realizar suas próprias escolhas acerca dos tratamentos mais complexos que demandam a assunção de riscos pessoais, com o que rejeita a concepção de que a saúde deve ser um serviço prestado exclusivamente por empresas privadas que buscam a obtenção de lucros.

⁴⁸⁸ KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo. (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60, p.58.

⁴⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & company, 1999. p. 117. Em data de 24.06.2004, por exemplo, a 2ª Vara Federal de Joinville-SC, nos autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, deferiu liminar determinando que a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Joinville-SC adquiram

negar acesso ao cidadão a um serviço social já existente, quando então a sindicância judicial seria reservada a um exame de mera legalidade, mas sim, de outorgar um benefício individual não previsto numa política social coletiva. A sentença judicial prolatada numa ação civil pública vinculada a um caso individual não terá a natureza normativa, na medida em que não atenderá aos casos futuros.

Trata-se de tutela de um direito individual, para o qual a ação civil pública, como regra geral, mostra-se incabível, salvo expressa autorização em lei (CF/88, art. 129, IX). A decisão judicial implicará a prática de um ato administrativo, sendo que a negativa da administração estará assentada no fato de que se encontra adstrita ao princípio da legalidade (CF/88, art. 37, caput). Neste caso, o juiz estará determinando o cumprimento de uma prestação positiva sem o correspondente amparo em lei, apenas com respaldo num dever genérico do Estado em determinada área de atuação social. Existe, todavia, uma variante teórica, em sede de controle judicial das políticas públicas, a qual sustenta que os direitos fundamentais individuais podem ser protegidos em ações judiciais ou, ainda, que a proteção direta dos direitos fundamentais sociais representa a proteção indireta dos direitos fundamentais individuais. Bem por isto, “havendo, entre os direitos e garantias previstos no catálogo do art. 5º, relação trilateral – envolvendo um titular, um destinatário e um objeto do direito – , existirá um direito subjetivo para o titular, que mesmo diante da omissão da norma regulativa ou integrativa, esta poderá ser colmatada pelo Poder

e forneçam a todos os cidadãos locais o medicamento para portadores de insuficiência venosa (Daflom 500 mg), que não consta da tabela de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Judiciário analisando o caso concreto”⁴⁹⁰. Andreas Krell, por exemplo, sustenta a tese de que a proteção ao mínimo social envolve diretamente a proteção dos direitos de liberdade, sem os quais o cidadão não possui as condições mínimas de sobrevivência, tais como fornecimento de energia, água e transportes), razão pela qual critica a chamada “reserva do possível”⁴⁹¹. O autor recorda que

segundo a engenhosa construção que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos Direitos Fundamentais de Liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional⁴⁹².

Dessume-se, portanto, que, segundo o autor, seria possível a propositura de uma ação individual ou mesmo coletivo com o fito de obrigar o Estado a prestar serviços gratuitos de água, transporte e energia elétrica, por exemplo, ou ainda, segundo o art. 6º, moradia para todos os que dela necessitassem.

Contudo, esta medida se revela incompatível com a Constituição de 1988 quando se considera a natureza intrínseca do ato administrativo, ferindo-se a separação entre os Poderes. O argumento de que os direitos que não encontram mecanismos jurídicos de proteção judicial seriam o equivalente a não-direitos, desconsidera o espaço destinado ao Poder Executivo pela Constituição de 1988, na medida em que o juiz não tem condições de eleger, de forma discricionária, o conteúdo específico destes direitos. Muito embora aos cidadãos deva ser

⁴⁹⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 198.

⁴⁹¹ *Op. cit.*, p 42.

⁴⁹² KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

assegurado o mínimo existencial, especialmente nas áreas de educação e saúde, a capacidade dos governos não é ilimitada, e a universalização depende da execução de um projeto de governo. Somente nas hipóteses em que o Poder Executivo estivesse a descumprir diretamente os comandos da Constituição – como, por exemplo, sucede com a DRU (desvinculação das receitas da União), prevista na Emenda à Constituição 42, de dezembro de 2003⁴⁹³ – pode-se falar em afronta direta ao comando constitucional, porque inadmissível reformar a Constituição para limitar o investimento social vinculado dos governos já previsto em 1988.

3.7.5.5 O direito fundamental à educação

O direito fundamental à educação está assegurado na Constituição Federal, além de outros instrumentos normativos, tais como a Lei 8.069/90 (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente) constituindo-se em direito subjetivo público no tocante ao ensino fundamental⁴⁹⁴. O direito à educação pode ser considerado como um

⁴⁹³ Ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal de 1988. “Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. § 1º O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, ‘a’ e ‘b’; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o art. 159, I, ‘c’, da Constituição. § 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o *caput* deste artigo a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, § 5º, da Constituição.”

⁴⁹⁴ A Emenda Constitucional 14, de 12.09.1996, alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, permitindo com isso a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). O propósito do referido dispositivo do ADCT é distribuir entre a União, Estados e Municípios os encargos com o ensino fundamental, de modo a garantir um padrão mínimo nacional nesta etapa da educação. Os Estados e Municípios, por força de rigorosa vinculação automática de suas receitas, vêm cumprindo

direito fundamental social, desde que se considere a necessidade de uma atuação positiva por parte do Estado em favor do cidadão, uma das características do Estado

com sua parte. À União caberia complementar os recursos dos Estados que não logram atingir o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. A Lei 9.424, de 24.12.1996, que regula o FUNDEF, estabelece um critério para o cálculo deste valor mínimo a partir do qual a União complementar o Fundo. O art. 6º, dessa Lei, estabelece: "Art. 6º. A União complementar os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. 1º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2º, § 1º, incisos I e II". Essa fórmula expressa uma idéia de equalização, com um valor mínimo determinado pela média nacional. Por meio da Lei 9.424/96 e da EC 14/96, pode-se compreender o papel da União como o de reduzir as diferenças entre os Estados, a partir do valor médio nacional, *per capita*, tendo-se como base a previsão da receita total do Fundo e o número total de alunos matriculados. A lei estabelece que o Presidente da República fixará o valor mínimo anual, por Decreto. Tal atribuição encontra-se vinculada à fórmula legal, podendo fixar um valor acima da média e nunca aquém. Um dos exemplos mais marcantes de controle das políticas sociais através das ações civis públicas é o da busca de garantia dos repasses obrigatórios previstos na Constituição, quando então o Poder Judiciário estará interferindo na prática de um ato administrativo. O art. 60 do ADCT foi alterado por força da EC 14/96 no intuito de criar o FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério). Os valores devidos ao FUNDEF foram devidamente regulamentados pela Lei federal 9.424, de 24.12.1996, e têm de ser repassados pela União aos Estados e Municípios mais pobres da Federação, desde ano de 1997, no intuito de assegurar a aplicação de valores mínimos em todos os Estados, rompendo com desigualdades regionais. Segundo dados fornecidos pela ONG "Campanha Nacional pelo Direito à Educação", as diferenças havidas desde a vigência da Lei 9.424/96 e o ano de 2002 giram em torno de 9 bilhões de reais. Neste caso específico, algumas raras ações civis públicas vêm sendo promovidas Brasil a fora, tais como as ações civis públicas promovidas perante a Justiça Federal, em face da União, pelo Município de Recife, pelo Ministério Público Federal dos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Recorde-se, todavia, que nem todos os Estados da Federação têm direito à complementação do FUNDEF, mas somente aqueles que não atingem um valor mínimo por aluno. Nestes casos, as ações civis públicas visam proteger os direitos difusos dos cidadãos desses Estados diretamente atingidos, sendo inteiramente aplicáveis as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. A ação de *inibitório* terá por finalidade obrigar a União a efetuar os repasses devidos, o que resulta plenamente possível, uma vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/01) prevê, de modo expresso, que a lei orçamentária anual deverá ser formulada de molde a albergar as verbas necessárias ao cumprimento dos deveres constitucionais, inclusive a destinação vinculada de verbas públicas. O autor da ação civil pública deverá promover a ação com o objetivo de obter um provimento judicial que venha a ordenar à União a inserção das verbas devidas na lei orçamentária anual, sob pena de multa a ser fixada pelo juiz ou, ainda, a responsabilização pessoal e criminal do ordenador de despesas, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso a lei orçamentária já tenha sido remetida ao Congresso Nacional, a cominação terá por objeto garantir que o Poder Executivo solicite a suplementação das verbas já disponíveis no orçamento da educação, através de projeto de lei específico. Este projeto, por óbvio, não vincula o Poder Legislativo, o qual terá plena liberdade para aprovar este projeto de lei, mas já sabedor que, decorrendo o projeto de uma decisão judicial transitada em julgado, a rejeição do projeto poderá ser objeto de um controle de constitucionalidade no âmbito difuso.

social⁴⁹⁵. O direito à educação representa, segundo Perez Luño, uma alternativa à subalternidade, ou seja, “à alienação correspondente ao pleno desenvolvimento individual e comunitário do homem, que impede que a pessoa se aproprie dos aspectos qualitativos do mundo, refletidos nos bens da educação, da arte e da cultura”⁴⁹⁶.

Os direitos sociais representam o pressuposto necessário para o exercício dos direitos civis e políticos. Sobre o tema, Adela Cortina recorda que

o exercício dos direitos civis e políticos resulta sumamente difícil sem a proteção dos direitos sociais, porque mal poderá exercer sua liberdade civil e sua autonomia política quem carece de recursos materiais básicos para fazê-lo. Os direitos humanos são, como dissemos, interdependentes⁴⁹⁷.

Um dos exemplos mais marcantes de controle das políticas sociais através das ações civis públicas é o da busca de garantia dos repasses obrigatórios previstos na Constituição, quando então o Poder Judiciário estará interferindo na prática de um ato administrativo⁴⁹⁸, como, por exemplo, sucede em relação aos recursos previstos na DRU (desvinculação das receitas da União)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ O interesse social prevalente no acesso à educação de nível universitário foi o fundamento de acórdão no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de assegurar o acesso ao Programa de Financiamento Público do Ensino Universitário (FIES), independente da apresentação de fiadores (exigida pela Caixa Econômica Federal), nos autos do Agravo de Instrumento 2004.04.01.023617-4/PR, relator Desembargador Federal Lippmann Júnior (decisão em 09.06.2004).

⁴⁹⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução livre.

⁴⁹⁷ CORTINA, Adela. Derechos humanos y discurso político. In: ARNAIZ, Graciano González (Org.). **Derechos Humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica**. Madrid: Tecnos, 1999. p. 36-55, p. 51. Tradução livre.

⁴⁹⁸ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 73. Sustenta João Batista de Almeida a possibilidade deste tipo de controle. Reconhece que o ordenamento deve prever mecanismos para

3.8 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS

O setor mais importante de intervenção positiva do Poder Judiciário brasileiro, na atualidade, se dá através de ações coletivas de controle das políticas econômicas. Muito embora a implantação dos programas sociais preconizados pelo

este tipo de controle, pois, caso contrário, “o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais”. No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 119, ao recordar que “o acesso direto dos interesses difusos aos centros de decisão” representa a democracia participativa, sendo que na gestão da *res publica* não existe exclusividade por parte dos órgãos eleitos e que “não há suplência na atividade do juiz quando tutela interesses superindividuais: é ainda uma atividade jurisdicional; o que muda é a sua forma e extensão, posto que não se trata de dirimir conflito intersubjetivo do tipo clássico”, ocasião em que cita acórdão do TJSP em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, obrigando o Estado e o Município a prestar assistência social básica à população de rua da capital do Estado, tendo a sentença de procedência sido mantida, sob o argumento de que “o direito ao tratamento digno pertence a todo e qualquer cidadão”, mas reconhece, ao final, que a atividade do Poder Judiciário, nestes casos, é de caráter substitutivo “cabendo, em princípio, aos outros dois Poderes a tarefa das escolhas políticas vigentes na comunidade”.

⁴⁹⁹ O caso da DRU também é grave, na medida em que sujeita, na prática, uma destinação específica, já prevista no art. 212 da CF/88, a um ato de vontade do Poder Executivo, o qual tem a faculdade de retirar do montante devido pela União (18% dos impostos e da contribuição social do salário-educação) até 20%, os quais ficam livres para a aplicação em outras áreas, ou seja, de cada R\$ 100,00 que teria de aplicar em educação, R\$ 20,00 podem ser destinados a outros setores, ao livre arbítrio do Executivo Federal, o que tem causado uma anemia crônica do orçamento anual da União para a educação, que representará, somente no ano de 2004, entre 3,5 e 3,9 bilhões de reais a menos para a educação, o que tem sido amplamente denunciado por entidades e parlamentares, muito embora tenha sido aplicado o percentual de 20% pelo atual governo. Como lembram Fortini e Sorbilli Filho, “a interpretação teleológica e sistemática do constitucional art. 212 reflete que o propósito da norma é acautelar o interesse social na manutenção e desenvolvimento do ensino, sem, todavia, inviabilizar ou comprometer a tutela de interesses outros, igualmente reconhecidos como fundamentais na Constituição”. A DRU está prevista no art. 76 do ADCT da Constituição Federal de 1988, e deve perdurar até o ano de 2007, salvo se alterada a PEC que trata da reforma tributária. Para o ano de 2004, a Lei federal 10.837/04 (Lei Orçamentária Anual da União) prevê a desvinculação de R\$ 29.453.361.033,00 (vinte e nove bilhões, quatrocentos e cinquenta e três milhões, trezentos e sessenta e um mil e trinta e três reais), sendo que a estimativa da receita da União para o ano de 2004 já inclui estes valores. Também, neste caso, existe uma vinculação orçamentária do Poder Executivo, a qual vem limitar sua discricionariedade política, mas que foi objeto de reforma constitucional, para fins de adequar a Constituição brasileira aos postulados do neoliberalismo, com especial ênfase na conquista sucessiva de superávits fiscais, com o intento de acalmar o mercado financeiro. Curiosamente, a redução dos investimentos em educação básica no país, os quais deveriam representar fator de retração do desenvolvimento econômico da nação, são interpretados por estes agentes econômicos como indício de desenvolvimento. Neste caso, a exemplo do FUNDEF, haveria a possibilidade de um controle judicial, através da declaração incidental da inconstitucionalidade da EC aprovada, ou mesmo sua interpretação conforme à Constituição, com a conseqüente determinação de liberação dos recursos retidos pelo Poder Executivo.

constituente de 1988 seja importante, é no setor de prestação de serviços públicos à população que sucedeu uma ruptura do paradigma constante na Constituição de 1988. A estagnação dos investimentos públicos nas áreas de infra-estrutura básica do país – especialmente na malha viária federal não-pedagiada – conduziu a uma maior intervenção do Poder Judiciário, em sede de ações civis públicas as quais visam suprir, através de uma decisão judicial, a omissão administrativa⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ Nos autos do AI 2004.04.01.014570-3/SC (informação extraída do site oficial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, www.trf4.gov.br), interposto pelo Ministério Público Federal da subseção judiciária de Tubarão/SC, o e. desembargador federal Edgar Lippmann Junior, da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF), “a 4ª Região determinou, na data de 06.04.2004, que a União e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (DNIT) apresentem, no prazo de sessenta dias, cronograma para início das obras da duplicação da BR-101 Sul, trecho entre Palhoça (SC) e Osório (RS), sob pena de multa diária de R\$ 100 mil. A decisão, proferida em despacho, admite recurso. Em março passado, o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma ação civil pública na Justiça Federal de Tubarão (SC) requerendo 1) a responsabilidade civil do Governo Federal pelas mortes e mutilações decorrentes de acidentes na BR 101 Sul; 2) o cronograma de duplicação da rodovia; 3) a apresentação de projeto de adequação de seus cruzamentos; 4) a reativação do posto de pesagem em Araranguá (SC); e 5) laudo de vistoria na Ponte JK, em Tubarão. A 1ª Vara Federal negou o pedido de antecipação de tutela, e o MPF, então, interpôs agravo de instrumento junto ao TRF. Ontem, Lippmann admitiu o recurso no que se refere exclusivamente à duplicação. Os demais itens nem chegaram a ser analisados porque estão sendo discutidos em outros recursos no tribunal. Segundo Lippmann, é “incompreensível que uma das maiores rodovias nacionais tenha sido tratada com tamanho desdém, ignorando-se as milhares de vítimas que tombaram no exercício de suas atividades profissionais, ou de lazer”. Ele ressaltou que a duplicação da BR 101 tem ganhado espaço cada vez maior na mídia nacional diante do “aterrorizador” quadro estatístico de acidentes e de vítimas. “Será que o Poder Judiciário deve se tornar também refém desta flagrante omissão?”, questionou. “Penso que não, porque hoje encontramos [na jurisprudência] vários precedentes em sentido mais consentâneo com a realidade”, respondeu. Entre os julgamentos, o magistrado citou casos relatados por ele no TRF envolvendo as rodovias BR-158 – que liga municípios gaúchos na região das Missões – e BR-377, entre as cidades de Cruz Alta e Ibirubá, ambas no Rio Grande do Sul. Em seu despacho, o magistrado se referiu à MP 168, que proibiu o funcionamento dos bingos e caças-níqueis: “Num sistema democrático de direito, onde para aprovação da medida provisória dos bingos, de manifesto interesse para um dos Poderes da República, o executivo tenha que liberar R\$ 1,5 bilhões às emendas parlamentares de 2004, evidentemente que num concerto de logicidade há que se reconhecer a inexistência de recursos para qualquer outra 'obra pública', mesmo que seja destinada a salvaguardar princípios maiores como os da vida e da saúde dos cidadãos brasileiros”. Lippmann lembrou ainda que o coordenador da Unidade de Infra-estrutura Terrestre (UNIT/RS), Marcos Ledermann, em notícia veiculada pela mídia, garantiu que o Ministério dos Transportes obteve previsão orçamentária de R\$ 153 milhões para o exercício de 2004. No entender do magistrado, mesmo diante da eventual demora na assinatura do contrato de financiamento da obra com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), ‘nada obsta que asobram tenham seu início imediatamente, e concluídas após ulterior implementação do contrato’.”

O modelo de Estado concebido pela Constituição brasileira de 1988 correspondia a um paradigma de intervenção estatal efetiva na economia, através dos monopólios na produção e fornecimento de bens e serviços⁵⁰¹, bem como na participação do Estado em caráter concorrencial com empresas privadas, nos casos de proteção do interesse nacional ou do interesse público, nos termos da lei (CF/88, art. 173, *caput*).

Em ambos os casos, o poder de reforma da Constituição foi intensamente exercido, a partir de 1995, no sentido de adaptar a Constituição aos programas dos governos eleitos nos últimos anos no país. No curso do governo do presidente Fernando Henrique foram alteradas várias das disposições constitucionais atinentes à prestação dos serviços públicos por empresas particulares e iniciada a reforma da estrutura dos serviços sociais, através da intervenção no sistema previdenciário público (EC 20/98). Já em curso o segundo ano do “governo Lula” se pode vislumbrar o firme propósito de dar continuidade aos projetos do governo anterior, através do aumento da carga tributária – com a criação de novas contribuições de intervenção no domínio econômico (EC 33/01) – e reforma do sistema de aposentadoria dos servidores públicos e da legislação protetiva dos trabalhadores.

Não remanescem dúvidas acerca do fato de que os governos têm condicionado a Constituição às suas necessidades, ao contrário de serem normatizados por ela. A intervenção do Poder Judiciário, em sede de controle de

⁵⁰¹ As atividades vinculadas à pesquisa, distribuição e transporte de petróleo no país se constituíam em monopólio absoluto da União até a edição da EC 9/95, quando então o Poder Público se viu autorizado a conceder à iniciativa privada o exercício destas atividades.

constitucionalidade das emendas à Constituição apesar de tímida, revela-se assaz importante, motivo pelo qual será tratada em capítulo próprio.

A intervenção positiva do Poder Judiciário pode-se dar nos casos em que: 1º – a lei orçamentária anual aprovada pelo Congresso Nacional prevê a construção de uma obra pública; 2º – a lei orçamentária anual prevê a prestação de um serviço público; 3º – a construção da obra pública ou a prestação de um serviço público são outorgados à iniciativa privada e, portanto, sujeitam-se às disposições da Lei 8.078/90 (CDC) e à Lei de concessões (Lei 8.987/95)⁵⁰².

3.8.1 Construção de obra pública ou prestação de serviço previsto na lei orçamentária anual

O cumprimento da lei orçamentária anual assume vital importância no contexto constitucional brasileiro, a ponto de sujeitar o Presidente da República ao processo de “impeachment” (CF/88, art. 85, VI) em caso de sua inobservância.

⁵⁰² A Lei federal 9.472, de julho de 1997, criou a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações, sujeita a regime autárquico especial), além de prever direitos dos usuários dos serviços. A Lei 9.427, de 26.12.1996, institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica. A Lei federal 9.074/95, em seu art. 2º, prevê que: Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987, de 1995”. A Lei federal 10.233/01 criou a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), a qual tem por incumbência assegurar a modicidade das tarifas e a eficiência do transporte de passageiros, bem como garantir a lisura do processo de concorrência entre as empresas do setor. A lei ainda regula as concessões e permissões de serviços públicos no setor, outorgando à ANTT a capacidade regulamentadora do setor, bem como a iniciativa legislativa (art. 68) sobre a matéria, a qual deverá ser precedida de audiência pública dos interessados, em clara e evidente afronta às atribuições do Poder Legislativo. Todas estas agências reguladoras foram investidas de poderes normativos e prerrogativas na fiscalização dos serviços pelas empresas privadas. Podem, portanto, dispor sobre de que forma o serviço público será prestado, do ponto de vista concreto, praticando, portanto, atos de administração e não atos legislativos.

Todavia, a prática corrente no Brasil tem sido a de contingenciar os recursos previstos no orçamento da União, sob o argumento de preservação do equilíbrio fiscal, assegurando o pagamento dos serviços da dívida pública federal. O mesmo sucede em relação aos serviços com dotação orçamentária já prevista na lei orçamentária anual, para rubricas como educação e saúde, muito embora a aplicação de recursos mínimo tenha expressa previsão constitucional. Na prática o Poder Executivo federal controla e fiscaliza os gastos aprovados em lei pelo Poder Legislativo, quando todo o sistema foi concebido para que sucedesse o inverso, através de um efetivo controle do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União⁵⁰³. A decisão judicial poderá, portanto, determinar a liberação dos valores já constantes em lei. Trata-se mera revisão de um ato administrativo, na medida em que o Poder Executivo não possui margem de discricionariedade para deixar de cumprir a lei aprovada. O mesmo sucede no tocante à prestação de um serviço social.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00) prevê, todavia, o corte das despesas já aprovadas na lei orçamentária anual, quando as receitas tenham sido superestimadas, com o intuito de garantir o pagamento dos serviços da dívida pública. Na prática, entre uma despesa já aprovada na lei orçamentária, no setor de transportes, por exemplo e o pagamento da dívida pública, aquela fica prejudicada e condicionada a esta, o que representa enorme redução de obras e serviços públicos no país.

⁵⁰³ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

O controle incidental da constitucionalidade desta lei poderá⁵⁰⁴, portanto, ser exercido no bojo de uma ação civil pública visando garantir a aplicação dos recursos indispensáveis ao desenvolvimento nacional e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Muito embora as despesas tenham de ser ordenadas de acordo com as receitas auferidas no bimestre e muitas das obras tenham sido aprovadas com base numa expectativa de arrecadação – a qual pode não se consumir – a prerrogativa de análise de quais obras e serviços deverão ser contingenciados pertence às Casas do Congresso Nacional.

Vasconcellos dos Reis adverte que

haverá impossibilidade jurídica do pedido da ação civil pública quando se tratar de uma ingerência genérica do Judiciário na Administração Pública. O mesmo, porém, não se pode dizer de um pedido referente a uma certa situação concreta, seja comissiva ou omissiva do Estado, originando a violação a interesses difusos ou coletivos⁵⁰⁵.

Conclui-se, pois, que as decisões acerca do conteúdo e do momento adequado para a construção de obras e implementação de serviços não previstos de forma específica na Constituição representa um indispensável espaço para o exercício da discricionariedade política dos governos eleitos, sob pena de asfixiamento dos projetos de governo através de uma interferência indevida do Poder Judiciário.

⁵⁰⁴ Ressalte-se, todavia, que o Supremo Tribunal já se manifestou acerca da constitucionalidade formal da Lei Complementar 101/01 (Lei de Responsabilidade Fiscal) nos autos da liminar requerida na ADI 2.338-DF, relator Ministro Ilmar Galvão, Plenário da Corte em 12.03.2003, de modo a vincular as instâncias inferiores no tocante aos dispositivos analisados. O mérito ainda não foi apreciado pela Corte, razão pela qual é possível o controle incidental no tocante às normas que não foram declaradas inconstitucionais, as quais têm sua eficácia suspensa.

⁵⁰⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253.

3.8.2 Reajuste e revisão geral dos vencimentos: limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal

Existe, portanto, uma clara diferença entre aumento da remuneração⁵⁰⁶ – a qual, por força do inc. X do art. 37 da CF/88 depende, efetivamente, de lei específica (princípio da reserva do legislador) – e a simples manutenção do valor real dos salários, a qual demanda uma revisão geral anual, sem diferenciação de índices entre as categorias⁵⁰⁷. As ações judiciais têm por escopo exclusivo obter esta revisão, através de sua natureza indenizatória, na estrita conformidade com o que dispõe a Constituição Federal e somente podem ser reputadas despesas de pessoal quando a decisão judicial determinar a inclusão de reajustes na folha de pagamentos, ou seja, com incidência para o futuro⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ CF/88, art. 169, § 1º: “A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”. Neste sentido, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 71, tratou de ressaltar as despesas decorrentes da revisão geral anual prevista no art. 37, X, da CF/88, estabelecendo que: “Art. 71. Ressalvada a hipótese do inciso X do art. 37 da Constituição, até o término do terceiro exercício financeiro seguinte à entrada em vigor desta Lei Complementar, a despesa total com pessoal dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não ultrapassará, em percentual da receita corrente líquida, a despesa verificada no exercício imediatamente anterior, acrescida de até 10% (dez por cento), se esta for inferior ao limite definido na forma do art. 20”. O art. 20, por sua vez, irá se referir aos percentuais máximos de repartição das receitas entre os Poderes e Ministério Público. Portanto, além de limitar as despesas dos entes da Federação com pessoal (art. 19), estabelece limites individuais para cada um dos Poderes e Ministério Público.

⁵⁰⁷ Esta distinção ficou clara na ação direta de inconstitucionalidade 2.726-DF, Supremo Tribunal, Pleno, Relator Ministro Maurício Correa, publicada no DJ de 29.08.2003, quando então se reconheceu a constitucionalidade de lei ordinária que autorizou a compensação dos reajustes salariais individuais em um determinado ano com a revisão geral (correção monetária) do ano subsequente.

⁵⁰⁸ Sobre os casos em que o Poder Judiciário brasileiro tem concedido indenizações aos servidores públicos federais, tendo em conta a ausência de revisão anual dos vencimentos, remete-se ao item 1 do apêndice. Também sobre o tema, o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal preceitua que: “Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos

Muito embora a Carta de 1988 não assegure a manutenção do valor real da remuneração como um direito do servidor público, não se pode desconsiderar que a revisão anual e geral tem como única finalidade evitar que o poder aquisitivo dos servidores seja reduzido pela inflação. A concessão da correção monetária, através de ações coletivas representa, assim, a prática de um ato administrativo pelo Poder Judiciário o qual assume a incumbência de fixar os índices que entende devidos, consoante uma interpretação que realiza a partir da leitura da Constituição de 1988 (art. 37, X). Portanto, a correção monetária dos vencimentos pode ser procedida através de uma ação coletiva, desde que se considere a natureza difusa do direito envolvido, qual seja, a manutenção da qualidade dos serviços prestados pelo Estado. Não há diferença substancial entre as ações de cunho indenizatório – as quais assumem a finalidade de ressarcir danos econômicos causados ao patrimônio disponível do servidor – e as ações coletivas de cunho mandamental, através das quais se determina a implantação do reajuste vencimental a partir dos índices inflacionários oficiais. Em ambos os casos a decisão judicial implica a substituição de um ato inerente à Administração Pública, sendo que somente a concessão de aumento salarial é que demanda um ato de natureza política. Ressalte-se, por fim, que a própria Constituição Federal assegura, em seu art. 166, § 3º, II, “a”, a possibilidade de emenda da lei orçamentária anual, sem que necessária a indicação da fonte de financiamento, nos casos de “dotações para pessoal e seu encargos”, o

eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”.

que vem reproduzida pela regra do art. 17, § 6º, da Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁰⁹. Contudo, impende considerar que a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que as despesas decorrentes de decisões judiciais que afetem a folha de pagamento, deverão estar inseridas nos limites previstos em lei, do que resulta que eventual aumento de salários, por conta de decisão judicial, imporá a readequação orçamentária imediata do órgão ou Poder responsável pelo pagamento, com observância dos limites previstos em lei (ressalvadas despesas atinentes às sentenças da competência anual anterior – art. 19, § 1º, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Portanto, sempre que atingido o limite de despesas por conta de decisões judiciais que determinem a implantação de reajuste na respectiva folha de pagamento, estes valores serão considerados no percentual global, o que conduzirá à necessidade de pedido de suplementação orçamentária, por parte do órgão ou Poder responsável. O pedido de suplementação não demandará a indicação das fontes de despesas nos casos em que as decisões judiciais tenham por escopo exclusivo assegurar a implantação da revisão geral anual, consoante os índices estipulados pelo Poder Judiciário. Esta proposição de modo algum invalida a possibilidade de concessão de verba indenizatória aos servidores públicos federais em decorrência da falta da revisão geral anual, quando então o tema é diverso, porque se consideram dívidas judiciais que não afetam diretamente a folha de

⁵⁰⁹ Art. 17. “Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. (...) *omissis*; § 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição”.

pagamento, já que não determinam a inclusão dos novos índices, mas apenas condenam a União a efetuar o pagamento de débitos passados⁵¹⁰.

⁵¹⁰ “São bastante complexas as exigências relativas a este item, e várias as sanções. Vão da retenção de verba, por parte do Chefe do Executivo para os demais poderes, quando seja ultrapassado seu limite, até à suspensão de Transferências Voluntárias e operações de crédito e garantia, além de penalidades por improbidade administrativa. Do art. 18 ao 24, há todo um conjunto de limites, condições e proibições para manter o ente da Federação dentro dos limites de despesa com pessoal previstos na Constituição Federal, na Lei Camata, nas resoluções do Senado Federal e outros limites descritos na própria Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 19 e art. 20). Dentro desses limites e condições, toda as despesas com pessoal devem também estar referidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. O total das despesas com pessoal será o somatório dos gastos do respectivo ente da Federação com os servidores ativos, inativos, pensionistas, detentores de mandatos eletivos, cargos, funções, empregos, civis e militares, membros de poder e quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens fixas ou variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. Inclui-se ainda a terceirização de serviços que seriam de servidores do quadro. Os pagamentos de duração continuada (além de dois anos) só podem ser assumidos mediante acréscimo da carga tributária ou cancelamento de programas no planejamento, e não podem afetar a execução das metas para o triênio (art. 17). Para a apuração das despesas totais com pessoal ainda é necessário o cumprimento do disposto constitucional quanto aos percentuais da receita corrente líquida: 50%, na União, 60% nos Estados, Distrito Federal e Municípios. Dentro desses limites há outros, relativos a cada poder. Na esfera federal: 2,5% para Legislativo, incluindo o TCU; 6% para o Judiciário e 49% para o Executivo. Dentro dos limites estão 3% para a organização e manutenção do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública do DF (CF/88, art. 21, XIII e XIV) considerando-se a receita corrente líquida média nos três exercícios anteriores à publicação da LRF, e 0,6% para o Ministério Público da União. Para os Estados a proporção é de 3% para o Legislativo; 6% para o Judiciário, 49% para o Executivo e 2% para o Ministério Público. Quando houver Tribunal de Contas dos Municípios (depende da Constituição Estadual), o Legislativo e Judiciário perdem respectivamente 0,4% cada um, para serem alocados ao referido Tribunal de Contas (arts. 19 e 20). Quando alcançados 95% destes limites não poderá mais haver reajuste ou contratação nova. Não são computadas para o efeito das limitações, as indenizações por demissão de servidores ou empregados relativos a incentivos à demissão voluntárias ou decorrentes de decisão judicial, quando da competência do exercício anterior; despesas de sentenças judiciais do mesmo exercício estão dentro do limite (art. 19, § 1º). Também não são computadas as despesas com pessoal do DF e Estados de Amapá e Roraima, custeados por transferências constitucionais (art. 31 da Emenda à Constituição 19 e art. 19, I a V, da LRF); despesas com inativos custeadas por recursos da contribuição dos segurados, da compensação financeira da reciprocidade, e despesas de convocação do Legislativo, quando convocado pelo Presidente da República. O mesmo pressupõe-se de Assembléias e Câmaras, se houver dispositivo Constitucional equivalente ao art. 57, § 6º, II, da Constituição Federal. A apuração e verificação do cumprimento dos limites e condições são feitas pelo Tribunal de Contas a que estiver sujeito o ente da Federação (art. 59, III). Proíbe-se, ainda, a utilização de recursos da alienação de imóveis para pagamento de despesas com pessoal. Há, ainda, proibição de aumento de despesas com pessoal de qualquer tipo nos últimos 180 dias do mandato (art. 65). O Poder que ultrapassar o limite da despesa total com pessoal deverá corrigir o limite em até dois quadrimestres seguintes, pelo menos 50% em cada um, adotando entre outras, vedação de concessão de vantagens, provimento ou criação de cargo, contratação de hora extra, salvo para o Legislativo em convocação extraordinária (arts. 22 e 23). Durante os três próximos anos a partir da publicação da LRF os entes da federação só poderão a aumentar a despesa total com pessoal em até dez por cento, se esta for inferior ao limite referido no art. 20 (art. 71). Está prevista como crime contra finanças públicas o aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (Pena de reclusão de um a quatro anos)”. Informações extraídas do site <www. senado. gov.br>.”

3.8.3 Controle das concessões⁵¹¹ de serviços públicos

O controle judicial das concessões públicas consiste na mais importante atribuição judicial num contexto de abrupta inserção do Estado brasileiro numa economia regida exclusivamente pelas forças do mercado. O controle judicial não se restringe somente à qualidade dos serviços – a qual geralmente é objeto de pretensões de cunho normativo – mas fundamentalmente ao valor das tarifas cobradas. A preservação do equilíbrio econômico-financeiro e da modicidade das tarifas consiste na principal finalidade do Poder Judiciário em sede de controle das políticas econômicas, diante da natureza essencial dos serviços prestados. A justificativa desta importante intervenção se assenta, em última análise, na proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, já que os serviços essenciais de fornecimento de energia elétrica, água potável, telefonia pública e manutenção de rodovias são condições materiais indispensáveis à liberdade humana. O serviço público, segundo conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello

é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de

⁵¹¹ Muito embora o *caput* do art. 175 mencione as concessões e permissões de serviços públicos, a Lei de Concessões (Lei federal 8.987, de 13.02.1995) se reporta em inúmeros dispositivos às concessões, as quais têm sido utilizadas como contrato preferencial nestes casos, sendo que as permissões assumem caráter precário, pois muito embora sejam precedidas de licitação não conferem ao particular direitos em face do Estado, mas somente em face de terceiros. A Lei de Concessões distingue, ainda, em seu art. 2º as concessões de serviços públicos das concessões de serviços públicos precedidas de execução de obras públicas.

restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo⁵¹².

A intervenção estatal em face de terceiros representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana entre os particulares. Além de vincular o Estado no que tange à implementação de programas sociais e econômicos de proteção, o princípio da dignidade humana emerge com especial ênfase nas relações entre os particulares, mormente no interior de um processo de transferência de funções públicas para a iniciativa privada.

Ingo Sarlet, ao tratar do tema, recorda que

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações entre os particulares⁵¹³.

A lógica da prestação destes serviços não pode, portanto, estar ancorada numa equação econômica que vise o aumento das margens de lucro, através da redução dos investimentos e reajuste das tarifas, pois o custo desta política será diretamente suportado pelos perdedores do processo de globalização. O reajuste de qualquer tarifa pública, além de afetar diretamente os usuários dos serviços, implica transferência automática dos custos de produção de bens e serviços, onerando, de forma desigual, as camadas mais pobres da população. Sem luz, moradia e água

⁵¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 620.

⁵¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

potável no interior dos grandes centros urbanos, o cidadão retorna à Idade Média, quando as condições de sobrevivência da maior parte da população eram precárias. O neoliberalismo representa, para os “perdedores” do processo de globalização, um retorno às sociedades estamentais da Idade Média e, na mesma medida, um avanço rumo à pós-modernidade e toda a sua profusão de bens e serviços culturais para os que se encontram inseridos num vasto mercado de consumo.

A Lei federal 8.987, de fevereiro de 1995 – que veio regular o disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988⁵¹⁴ – conceitua, em seu art. 2º, II, a concessão de serviços públicos enunciando que

concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado,⁵¹⁵.

A doutrina distingue obra pública de infra-estrutura, recordando que esta última representa um conceito contemporâneo, porque na infra-estrutura existe a possibilidade de que

se integrem elementos intangíveis (serviços) e seu conteúdo finalista de meios indispensáveis ao funcionamento de uma organização. As infra-estruturas são constituídas de elementos materiais e imateriais, o que

⁵¹⁴ CF/88, art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁵¹⁵ O art. 2º, IV, da mesma lei menciona que as permissões dos serviços públicos, ao contrário das concessões, caracterizam-se por sua precariedade, ou seja, permitam a retomada do serviço público, a qualquer momento pelo poder concedente, desde de que observada a ampla defesa e o contraditório, previstos na própria CF/88. No tocante à concessão dos serviços ligados às obras públicas, tais como as rodovias públicas federais, a outorga à iniciativa privada poderá ser precedida da construção da própria obra, do que resulta que as obras públicas passam a ser construídas e geridas diretamente por empresas privadas, sob a fiscalização e controle do Estado (poder concedente) e usuários.

evidencia se tratar de uma ampliação da expressão tradicional obra pública, ligada sempre a elementos materiais⁵¹⁶.

Os serviços públicos prestados por empresas privadas ingressam, portanto, neste novo contexto, no qual o Estado se retira de alguns setores estratégicos ao desenvolvimento do país, tais como as telecomunicações, a geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica e, finalmente, a utilização de obras públicas que se constituem em bens de “uso comum do povo”⁵¹⁷. O art. 175, II, da Constituição menciona que a lei deverá regular “os direitos dos usuários”, o que efetivamente sucedeu com a edição da Lei federal 8.987/95, a qual prevê, no seu art. 7º, I e II, os direitos dos usuários de receber um “serviço adequado” e “as informações necessárias à defesa de seus interesses individuais ou coletivos”. Fica clara, portanto, a intenção de legitimar os usuários dos serviços públicos para a propositura de ações individuais e coletivas que tenham por escopo garantir o serviço adequado⁵¹⁸. Esta interpretação de modo algum resulta no impedimento da aplicação das disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor em favor dos usuários dos serviços.

⁵¹⁶ SAVARIS, José Antônio. **Pedágio**: pressupostos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004. p. 103.

⁵¹⁷ Segundo o art. 1º da Lei 9.074, de julho de 1995: Art. 1º: Sujeitam-se ao regime de concessão, ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei 8.987, de 13.02.1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União: (...) IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública; V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas; VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas; VII - os serviços postais.

⁵¹⁸ Lei de Concessões, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: (...) XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço”.

3.8.3.1 Regime jurídico imposto aos serviços públicos

O regime jurídico imposto à concessão (*lato sensu*) dos serviços públicos é de natureza pública, sendo, pois, regido pelo Direito Administrativo, uma vez que presente uma finalidade pública prevalente na execução destes serviços⁵¹⁹, ou seja, existe um interesse público na prestação adequada do serviço que se sobrepõe ao interesse particular das concessionárias. Gordillo recorda que “solo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el ‘interés público’ en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia”⁵²⁰. As relações entre o poder público concedente e a empresa concessionária – pessoa jurídica de direito privado – estão amparadas em um contrato público firmado entre as partes, o qual conterà

⁵¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 12. “O cerne do problema não reside na noção dos fins a atingir, mas na forma de sua realização. Em última análise, as atividades continuam a ser claramente públicas, mas passam a ser desenvolvidas fora do âmbito formal do aparato estatal. Surgem instituições geridas pelos particulares, segundo padrões de eficiência, cuja atividade é supletiva (por assim dizer) do Estado. O conceito de atividade pública passa a ser mais amplo do que o conceito de Estado, na acepção de que outras instituições assumem atuação paralela e complementar àquela desenvolvida por ele. A formalização jurídica deste processo envolve instrumentos convencionais, com grande destaque para o contrato administrativo”.

⁵²⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo II - La defensa del usuario y del administrado, p. 30. (“somente há interesse público, quando em uma maioria de indivíduos, cada um pode encontrar seu interesse individual: o interesse público em que cada indivíduo não possa encontrar e identificar sua porção concreta de interesse individual é uma falácia” – tradução livre). O autor salienta, contudo, que o conceito de serviço público está em crise (p. 37) na medida em que a caracterização dos serviços públicos pelo critério funcional de finalidades de satisfação coletiva ou o critério subjetivo da pessoa que presta estes serviços se revela insuficiente, na medida em que entes privados passam a prestar serviços públicos movidos por interesses próprios, o que levou o autor a condenar qualquer conceituação ontológica do serviço público, sendo necessária a verificação prévia de qual o regime jurídico imposto à prestação do serviço. No caso brasileiro, todavia, o regime jurídico imposto pela lei de concessões e pela própria Constituição Federal, no tocante aos serviços públicos concedidos, é um regime em que prevalece o interesse público sobre o privado, na medida em que o poder concedente é dotado de prerrogativas específicas de alteração unilateral da execução do contrato, bem como a retomada dos serviços como decorrência de uma decisão política, assegurada a indenização às empresas concessionárias.

cláusulas inderrogáveis pela vontade das partes, porque já previstas em lei, dentre as quais figura a modicidade das tarifas a serem aplicadas, nos termos da lei de concessões (Lei federal 8.987/95). Os contratos públicos são, portanto, tradicionalmente regidos por normas que conferem prerrogativas à Administração Pública. Todavia, este espectro de prerrogativas tem sido limitado, por força da própria construção jurisprudencial, a qual confere máxima amplitude à aplicação do princípio da ampla defesa administrativa, do que resulta a intervenção judicial sempre que o poder público opte pela retomada do serviço público⁵²¹.

Mesmo que executados por empresas privadas, remanesce sua finalidade pública, de modo a infundir um regime jurídico particular, através do qual subsistem prerrogativas e sujeições em favor do Poder público. Tratam-se de serviços indispensáveis à vida em comunidade, sendo certo que uma das atividades tradicionais do Estado consiste na construção das obras necessárias à prestação destes serviços, tais como obras de infra-estrutura sanitária, rodovias, ferrovias, redes de telecomunicação, de geração e transmissão de energia elétrica.

O art. 173⁵²², § 1º, II, da CF/88, prevê que ao executarem serviços públicos de forma direta, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) se sujeitam a um regime de direito privado, no tocante as suas obrigações contraídas junto aos particulares (trabalhistas, comerciais, civis) e com o próprio

⁵²¹ BUCCI, Maria Paula. *Op. cit.*, p. 134. A autora recorda que cada vez mais se impõe, em sede doutrinária e jurisprudencial, uma concepção paritária entre a Administração Pública concedente e a empresa privada concessionária, do que resulta uma mitigação das prerrogativas que tradicionalmente informavam a execução dos contratos públicos.

⁵²² CF/88, art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Estado (tributárias), exceto no tocante às aquisições, as quais devem ocorrer mediante prévia licitação. Trata-se de mecanismo de intervenção direta do Estado na economia privada, não existindo, em princípio, relação com a natureza jurídica dos serviços públicos. Nestes casos, as empresas públicas (*lato sensu*) prestam serviços de natureza privada (tais como os serviços bancários, por exemplo) no intuito de garantir o desenvolvimento do setor. Os serviços prestados por estas empresas privadas se revelam necessários nos setores pouco desenvolvidos da economia, onde a presença inicial do Estado assegurava o primeiro impulso ao setor. Portanto, em setores altamente desenvolvidos da economia brasileira – tais como o setor bancário – não se justifica a presença direta do Estado, senão para assegurar a livre concorrência, uma vez que linhas públicas de crédito podem ser operadas por bancos privados⁵²³. A natureza jurídica do serviço prestado é que interfere na vida do cidadão, porque transferir à iniciativa privada a prestação de serviços públicos essenciais, implica transferir a empresas criadas com a função de obter lucro determinadas prerrogativas do poder público concedente.

O art. 175, *caput*, da CF/88 trata, pois, de situação totalmente diversa da prevista no art. 173 da CF/88, porque versa sobre empresas privadas executando serviços públicos essenciais. Neste contexto, as concessionárias e permissionárias dos serviços públicos gozam de um regime especial, de natureza mista, possuindo

⁵²³ Este é o motivo pelo qual, quando se fala de privatização de estatais, os interesses convergem sobre a pessoa jurídica que executa o serviço e não sobre a natureza jurídica do serviço por ela prestado, o que conduz a um grave equívoco. Muito embora as empresas estatais que desenvolvam atividades privadas, ao serem vendidas a empresas privadas – naquilo que se convencionou chamar de “processo de privatização” – devam receber toda a atenção, uma vez que se trata de patrimônio público que somente pode ser alienado com toda a cautela, esta não é a grande questão.

prerrogativas inerentes ao Poder público⁵²⁴, mas sujeitas às limitações impostas pela Lei 8.078/90. Paulo e Alexandrino, ao abordarem o tema, recordam que

(...) no art. 173, consagrou o constituinte de 1988 o denominado princípio da subsidiariedade: a exploração direta da atividade econômica *stricto sensu* deve ser deixada à iniciativa privada; apenas subsidiariamente pode o Estado atuar de forma direta na economia (como agente econômico), nas hipóteses específicas em que seja tal atuação necessária aos imperativos da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei⁵²⁵.

As relações que se estabelecem entre o poder público concedente e a concessionária são, efetivamente, regidas por um regime jurídico de direito público, sendo que a concessão nada mais é que modalidade de um contrato público entre o Estado e uma empresa privada. Não existe qualquer traço de compulsoriedade na contratação entre as partes, uma vez que as empresas privadas participam livremente do processo de licitação pública, não estando obrigadas a contratar com o Poder Público. A responsabilidade da concessionária de serviço público por danos ocasionados aos usuários é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, havendo responsabilidade subsidiária do poder concedente⁵²⁶.

Já os usuários dos serviços estão obrigados a contratar com estas empresas que prestam serviços essenciais, sem os quais resta inviabilizada a manutenção da atividade de pessoas físicas e jurídicas, muito embora sua vontade não concorra no

⁵²⁴ Um dos exemplos das prerrogativas destas concessionárias/permissionárias está previsto no art. 31, VI, da Lei de Concessões (Lei federal 8.987/95): “Incumbe à concessionária: (...) VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;”.

⁵²⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 8.

⁵²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 699.

estabelecimento do valor da tarifa pública⁵²⁷. Serviços essenciais como fornecimento de energia elétrica, locomoção entre as cidades, fornecimento de serviços de telefonia, não podem ser dispensados no universo do homem contemporâneo, sendo que sua ausência representa a face mais crua (e talvez a mais realista) do processo de exclusão social. Os cidadãos e empresas que não têm poder de consumo estão imediatamente excluídos do sistema e não poderão desenvolver suas atividades, a não ser a margem do sistema oficial, como ocorre com centrais telefônicas clandestinas, ligações clandestinas de água, esgoto e energia elétrica. O Estado criminaliza estas condutas, pois não consegue garantir tarifas públicas compatíveis com o poder aquisitivo do cidadão. A falta de controle absoluto do Estado sobre a prestação de serviços públicos indispensáveis à população representa, portanto, um fator de crescimento da marginalização social, decorrência da exclusão das camadas mais pobres da população que não têm capacidade de consumo⁵²⁸. Neste contexto,

⁵²⁷ SAVARIS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 81, com fundamento em sentença do Tribunal Constitucional espanhol prolatada no ano de 1995 (STC 185/1995), recorda que somente nos casos em que os requisitos de voluntariedade e inexistência de monopólio do setor público se apresentem de forma concomitante se pode falar de preço público. Nos serviços públicos essenciais, em regime de monopólio, a liberdade de contratar, por parte do usuário não é real, mas apenas aparente, estando, pois, aos valores coativamente impostos pelas empresas privadas prestadoras dos serviços públicos. A Constituição Federal menciona a expressão “tarifas”, motivo pelo qual a adotamos, sem maiores digressões acerca da natureza jurídica dos valores cobrados dos usuários, mas adiantando, desde logo, que não se trata de mecanismo utilizado pelo Estado no uso de seu poder de tributar, o qual em momento algum poderia ser transferido para o particular. O art. 150 da CF/88 menciona este poder de tributar, mas somente no tocante à cobrança de pedágio “pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público não desabona esta inteligência”, o que de modo algum pode ser aplicado aos demais setores, inclusive em relação aos pedágios mantidos por empresas privadas, uma vez que se trata de exceção prevista de modo expresse na Carta de 1988 (assim STF RE 194.862-RS, relator Ministro Carlos Velloso, citado pelo autor). As tarifas consistem em preços públicos, cobrados de forma coativa pelo Estado ou pelas concessionárias dos serviços públicos, como contraprestação pelos serviços prestados.

⁵²⁸ O art. 13, *caput*, da Lei de Licitações, prevê, inclusive, que as tarifas a serem pagas pelas camadas mais pobres da população podem ser mais elevadas, uma vez que a estrutura de fornecimento destes serviços nas regiões pobres das grandes cidades, bem como em regiões isoladas do meio rural, é bastante precária, o que implica a inversão de recursos privados pelas concessionárias, de molde a

as formas tradicionais de pressão sobre os representantes eleitos pelos grandes grupos sociais têm pouca influência, já que a própria Administração Pública se mostra incapaz de interferir na lógica das relações regidas pela obtenção de lucro. Venega Zamora⁵²⁹, ao tratar da situação no Chile, especialmente no que tange aos reajustes das tarifas de fornecimento de energia elétrica, sustenta que,

(...) com um aparato estatal que influi muito pouco na economia atual, e por entre os mercados onde se transacionam bens e serviços necessários para a população e seu desenvolvimento, os partidos políticos não têm a possibilidade de interferir nas decisões econômicas uma vez instalados nos postos-chave do poder.

A intervenção judicial se mostra necessária, portanto, no sentido de preservar os direitos dos consumidores e usuários, bem como assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, sendo certo que o interesse dos usuários e consumidores prevalece, como regra geral, em relação aos interesses das empresas concessionárias. Gordillo ensina que

en ese esquema es tradicional que prevalezca el interés público como interés de los usuarios e consumidores, por sobre el interés del individuo o empresa que presta alguna actividad monopólica a tales usuarios y consumidores. Cuando no se ha podido evitar el monopolio o se lo ha creado expresamente, la necesidad de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho público es indispensable para que el monopolio no perjudique los derechos e intereses que enumera el art. 42 de la Constitución nacional⁵³⁰.

elevar o valor da tarifa para estas comunidades carentes, tendo em vista que em relação aos demais a infra-estrutura já se encontra implantada.

⁵²⁹ VENEGA ZAMORA, Carlos. Las acciones colectivas y difusas como herramientas de participación de los consumidores en una sociedad democrática. In: **Ámbito Jurídico**, mar. 1999. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0002.html>>. Acesso em: 02 jul. 2004.

⁵³⁰ GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. 29. "...neste esquema é tradicional que prevaleça o interesse público, como interesse dos usuários e consumidores, sobre o interesse do indivíduo ou empresa que presta alguma atividade monopólica a tais usuários e consumidores. Quando não se pode evitar o monopólio ou tenha sido criado expressamente, a necessidade de regulação forte e intensa de um

Concluindo, os serviços públicos essenciais prestados em regime de monopólio natural demandam uma maior intervenção do Estado, com o fito de assegurar o equilíbrio entre as concessionárias e os usuários. Nos demais casos, o poder público deve assegurar um regime de livre concorrência, propiciando que o maior número de empresas concessionárias atuem no setor, interferindo diretamente na qualidade dos serviços prestados.

3.8.3.1.1 Consumidor x Usuário: quem ganha, quem perde?

O cidadão que necessita de serviços públicos, muitos dos quais indispensáveis para sua sobrevivência, juridicamente é um consumidor ou um usuário? Esta dúvida existencial que assalta os cidadãos cada vez que recebem a fatura mensal por um serviço público que lhes é prestado por uma empresa privada não se encontra devidamente esclarecida e impede a utilização dos meios adequados de defesa em juízo.

A forma que o Estado contemporâneo brasileiro encontrou para fiscalizar a execução dos serviços públicos essenciais foi a criação das chamadas “agências reguladoras”, as quais possuem poder normativo e de fiscalização, podendo impor às concessionárias sanções de ordem administrativa, que vão desde a imposição de multas até a retomada do serviço pelo concedente.

regime público é indispensável para que o monopólio não prejudique os direitos e interesses que enumera o art. 42 da Constituição nacional.” (Trad. livre)

O regime jurídico existente entre o poder público concedente e as concessionárias é, portanto, um regime público, diante da natureza do serviço prestado, dotando-se o Estado de capacidade de fiscalização, assegurando-lhe a retomada dos serviços em caso de descumprimento das cláusulas constantes do contrato público firmado⁵³¹, da licitação e da própria lei, observada a ampla defesa prevista na Constituição. O conteúdo destes contratos públicos é, portanto, regido de forma ampla e genérica pela Constituição, a qual prevê a obrigação de manter um “serviço adequado”, com o que o constituinte deferiu ao legislador ordinário o dever de regular este conceito jurídico indeterminado. Como recorda Barroso ao tratar do tema

(...) o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias⁵³².

A Lei federal 8.987/95 – a qual veio a regular a matéria constitucional – efetivamente dispõe acerca do “serviço adequado”⁵³³, mas também utiliza conceitos jurídicos indeterminados, baseados na adoção de princípios gerais, com o que abriu

⁵³¹ Trata-se de caso de “caducidade” da concessão, nos termos do art. 38, “caput”, da Lei de Concessões

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131, p. 116.

⁵³³ Lei 8.987/95: “Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

uma imensa margem normativa em favor das agências reguladoras. A definição do que seja no caso concreto uma tarifa módica, por exemplo, acaba sendo uma tarefa desempenhada por estas autarquias sujeitas a um regime especial, através da adoção de critérios técnicos. Não se olvide, todavia, que os próprios contratos firmados entre o poder público concedente e as concessionárias, em muitos dos casos, já previam as formas de reajuste das tarifas públicas, do que resultou verdadeira enxurrada de ações coletivas propostas junto ao Poder Judiciário com o escopo de garantir a “modicidade da tarifa”. Atualmente, a intervenção do Poder Judiciário, ao fixar o valor das tarifas a serem praticadas na execução dos serviços públicos, especialmente nas áreas de energia elétrica e telecomunicações, tem-se mostrado como a mais importante tarefa desempenhada pelos juízes no contexto brasileiro.

O controle do valor das tarifas pode encontrar fundamento jurídico em dois estatutos diversos, quais sejam, a própria Lei federal de licitações, a qual prevê a “modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º) e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

3.8.3.1.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor

As relações existentes entre as concessionárias e os “usuários” são típicas relações de consumo, das quais derivam direitos individuais homogêneos, fundadas na Lei 8.078/90 que prevê vários direitos do consumidor, em seu art. 6º, dentre os quais avulta de interesse a modificação das cláusulas contratuais em casos de

onerosidade excessiva (Lei 8.078/90, art. 6º, V⁵³⁴). Estes direitos básicos do consumidor poderão ser opostos em face das concessionárias prestadoras de serviços públicos, pois a relação contratual entre consumidor/usuário e prestador de serviço/concessionária é regida pelo direito privado⁵³⁵.

A modicidade das tarifas, bem como os demais direitos difusos previstos no art. 7º da Lei federal de Concessões (Lei 8.987/95), são oponíveis em face do Estado, razão pela qual as ações civis públicas para sua proteção somente poderão ser propostas pelo Ministério Público e em face do poder público concedente. As empresas concessionárias irão figurar na condição de litisconsortes passivas nas ações civis públicas a serem promovidas pelo Ministério Público porque diretamente atingidas pela decisão judicial, a exemplo do que sucede nas ações populares em que o autor impugna a forma de execução de um contrato público firmado entre o Estado e o particular. A própria Lei de Concessões prevê, em seu art. 7º, *caput*, que os direitos nela concebidos em favor do usuário não interferem nos direitos previstos na Lei 8.078/90. Tratam-se, pois, de relações distintas⁵³⁶.

⁵³⁴ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

⁵³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 484. “A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do Direito Constitucional, com a proteção ao consumidor e as prerrogativas administrativas”.

⁵³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 560. Após analisar a proteção dos usuários de serviços públicos nos Estados Unidos e o regime imposto pela lei brasileira de concessões, o autor rejeita a distinção das posições jurídicas usuário/consumidor, pugnando que “a disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos, essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos”.

O consumidor individualmente lesado pela cobrança de valores indevidos em sua fatura mensal, poderá ingressar com uma ação individual, fundada nos direitos previstos na Lei 8.078/90. Trata-se, portanto, de um direito individual. O mesmo sucede se milhares de consumidores forem lesados, recomendando-se a proteção dos direitos individuais homogêneos através de uma ação civil coletiva (Lei 8.078/90, art. 91). Todavia, não poderá promover qualquer ação visando a tutela de direitos difusos e, com especial ênfase, a modicidade de sua tarifa individual, na medida em que os direitos difusos somente podem ser tutelados através de ações civis públicas.

A aplicação do disposto no art. 6º, V, da Lei 8.078/90, o qual prevê a alteração das cláusulas contratuais que imponham onerosidade excessiva deve, pois, ser aplicada somente em face das cláusulas contratuais que não sejam resultado dos contratos públicos firmados entre o poder concedente e as concessionárias. Caso contrário, qualquer autor, individualmente considerado, poderia ingressar com uma ação individual, porque discorda do valor específico da tarifa mensal que lhe é cobrada, buscando alterar as cláusulas de um contrato do qual não participou. Nestas relações de trato sucessivo, entre a concessionária e o consumidor do serviço, somente as cláusulas que façam parte do contrato de fornecimento podem ser alteradas, uma vez que o valor da tarifa é fixado pelo poder concedente através de um ato administrativo e a concessionária apenas está cumprindo uma determinação do próprio Estado.

A concessionária, por sua vez, está limitada pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor nos demais casos em que possui a prerrogativa de fazer inserir no contrato-padrão cláusulas que repute convenientes aos seus interesses,

muito embora respeitem os limites da concessão previstos em lei. Caso estas cláusulas imponham lesão aos consumidores, o estatuto de regência será privado e os consumidores, de forma individual ou coletiva, poderão ingressar com uma demanda contra a concessionária, sem qualquer intervenção do Estado no feito. Trata-se, pois, de um, contrato privado que possui como objeto a prestação de um serviço público⁵³⁷.

Ao outorgar à iniciativa privada a execução de serviços públicos, o Estado aceita a oponibilidade de direitos derivados das relações de consumo em face da concessionária, a qual não poderá alegar, em seu favor, que a relação contratual é exclusivamente regida pelo Direito administrativo. O próprio Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa à aplicabilidade das suas disposições à prestação dos serviços públicos, quando consigna em seu art. 6º, dentre os direitos básicos do consumidor, “X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Os requisitos de adequação e eficácia destes serviços, por sua vez, demandam interpretação judicial, uma vez que se constituem em conceitos jurídicos indeterminados, os quais podem permitir a propositura de ações individuais ou coletivas, inclusive com a aplicação da inversão do ônus da prova e a responsabilização objeto do fornecedor dos serviços públicos.

Concluindo, sob o ponto de vista do Direito administrativo o cidadão que recebe os serviços públicos pode ser considerado usuário destes serviços e o Estado

⁵³⁷ O simples fato de que um contrato privado dispõe sobre um serviço público não o transforma em um contrato público. Caso contrário, teríamos de admitir que um contrato entre duas empresas “terceirizadas” sobre a forma como um serviço será prestado ao poder público seria um contrato público e não privado. A concessão é que será reputada como um típico contrato público, muito embora a prestação do serviço público ao particular seja regida pelas disposições da Lei 8.078/90.

irá protegê-lo através de ações de fiscalização deflagradas pelas agências reguladoras. Neste caso, o cidadão está submetido a uma tarifa imposta pelo Poder Público, motivo pelo qual possui um direito difuso à modicidade da tarifa aplicada. Já sob o ponto de vista do direito privado – o qual irá reger a prestação destes serviços públicos nas relações entre concessionárias (fornecedores de serviços públicos) e os consumidores – as disposições constantes da Lei 8.078/90 são inteiramente aplicáveis, ressalvando-se que a discussão acerca do valor da tarifa somente poderá ser travada no bojo de uma ação civil pública⁵³⁸. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as disposições da Lei 8.078/90 são aplicáveis à telefonia⁵³⁹, fornecimento de energia elétrica⁵⁴⁰ e transportes públicos⁵⁴¹ conforme notícia Marques Lima⁵⁴². No primeiro caso, o juiz estará praticando, como exceção, um ato administrativo, enquanto que no segundo caso estará exercendo uma atividade tradicional do Poder Judiciário. Cumpre salientar, ainda, que a essencialidade do serviço público prestado, através do regime de concessões, torna incabível a

⁵³⁸ A responsabilidade sobre valores pagos de modo indevido será do Estado e não das concessionárias, nos casos em que estas empresas estejam cumprindo as determinações das próprias agências reguladoras. Os direitos individuais homogêneos não poderão ser buscados através de uma ação coletiva (civil coletiva) porque devidos pelo Estado e diante de sua natureza disponível a qual impede a atuação do Ministério Público. Todavia, a sentença na ACP poderá determinar ao Poder Público que se abstenha de proceder ao reajuste de tarifas futuras, até que os danos causados sejam coletivamente compensados, sem prejuízo das ações individuais e os prejuízos eventuais sofridos pelas concessionárias pelo ato estatal deverão ser objetivo das ações individuais que irão promover em face do Estado. Esta hipótese é totalmente diversa dos casos nos quais as concessionárias descumprem as cláusulas dos contratos públicos firmados ou os termos da licitação, do que resultam lesões aos particulares, que deverão ser reparadas pelas próprias concessionárias. Cumpre, pois, verificar qual o grau de liberdade de que dispõe a concessionária na execução de um determinado contrato de prestação de serviços públicos.

⁵³⁹ STJ, Ministro Barros Monteiro, no REsp. 33.1271, publicado no DJ de 22.10.2001.

⁵⁴⁰ STJ, Ministro José Delgado, no AGA 307.905/PB, publicado no DJ de 10.10.2002.

⁵⁴¹ STJ, Ministro Peçanha Martins, no REsp. 104.892/DF, publicado no DJ de 21.10.1999.

⁵⁴² LIMA, Cláudia Marques. *Op. cit.*, p. 487. A autora, inclusive, ressalta a busca da continuidade do fornecimento do serviço essencial, como direito do consumidor, no curso da discussão acerca da origem da dívida.

suspensão do fornecimento dos serviços essenciais, quando tal medida puder representar risco à integridade física do consumidor. Nestes casos, a empresa concessionária do serviço público deverá proceder à cobrança judicial dos débitos, inclusive com a possibilidade de inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, sem contudo suspender o serviço essencial⁵⁴³.

3.8.3.2 O poder normativo das agências reguladoras

O poder normativo das agências reguladoras representa um importante fenômeno de redução do controle estatal das atividades desempenhadas pelas concessionárias de serviços públicos, através de uma transferência do poder regulatório de determinados segmentos econômicos ou da prestação de serviços públicos operada por diversas leis, bem como pela própria Constituição⁵⁴⁴. O poder

⁵⁴³ STJ, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado. ROMS 8915-MA. DJ 17.08.1998: “Administrativo, Mandado de Segurança. Energia elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade. 1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza. 8. Recurso improvido”.

⁵⁴⁴ “Art. 21. Compete à União: (...) *omissis*; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (texto decorrente da alteração operada pela EC 08/95”.

normativo das agências reguladoras atende a um dos postulados do neoliberalismo econômico, qual seja, a necessidade de desregulação estatal da atividade privada na esfera econômica e a substituição das leis existentes por normas que reflitam as necessidades dos agentes privados. As agências reguladoras funcionariam, assim, como entes normativos responsáveis pela produção de regras que irão definir o conteúdo das relações entre as concessionárias e os usuários de serviços públicos, do que resulta impedimento na intervenção direta do chefe do Poder Executivo no controle das cláusulas constantes dos contratos de concessão. José Eduardo Faria recorda que uma importante parte do Direito nacional

vem sendo esvaziada pelo crescimento de ‘normas privadas’, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial, valendo-se do vazio normativo deixado pelas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, cria no âmbito das cadeias produtivas em que está situada as regras de que precisa e jurisdiciza suas áreas e espaços de atuação segundo sua conveniência. A desregulamentação e a deslegalização ao nível do Estado-nação significam, desta maneira, a regulamentação e a relegalização ao nível da sociedade⁵⁴⁵.

Avulta de interesse a lei de concessões, uma vez que as agências que regulam a prestação de serviços públicos desempenham uma indispensável função de equilíbrio nas relações entre concessionárias e usuários⁵⁴⁶. Sobre o tema, Maria Paula Bucci consigna que

⁵⁴⁵ FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 36. Em outra importante obra (**Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988. p. 57), o autor recorda que “Por trás do formalismo dos sistemas legais vão surgindo mecanismos informais de institucionalização de procedimentos definidos a partir da negociação de interesses conflitantes dos segmentos tecnocráticos com as classes dominantes, configurando novas estruturas de poder”.

⁵⁴⁶ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras**: a sua independência e o princípio do Estado Democrático. Curitiba: Juruá, 2002. p. 111. Após distinguir entre as agências reguladoras da atividade privada, nos termos do art. 173 da CF/88, tais como a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o autor recorda que “A regulação dos serviços

a importância das decisões administrativas, em vista da especificidade técnica e do poder geral dessas autarquias para a regulação do mercado, é superior, em certo sentido, às decisões judiciais. A perspectiva desse crescimento, em vista da ampliação dos poderes legalmente atribuídos às agências reguladoras constituídas no último movimento da reforma administrativa, todas com poderes para decidir administrativamente sobre a matéria de sua competência⁵⁴⁷.

Não se pretende aqui tecer críticas ao conteúdo destas opções políticas, apesar da relevância destas questões, mas tão-somente demonstrar que a atividade normativa das agências reguladoras pode ser controlada judicialmente, sempre que afetados os direitos individuais dos usuários previstos em lei. As concessionárias de serviços públicos, por sua vez – diante de sua envergadura econômica e do próprio interesse dos governos em transferir a execução destas atividades para empresas privadas – detêm um importante poder de persuasão junto às agências reguladoras. Considerando-se que seis membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo federal e sabatinados pelo Senado, resulta evidente o poder de ingerência das empresas concessionárias, muitas das quais importantes financiadoras das campanhas eleitorais no Brasil. As empresas concessionárias assumem no Brasil as funções até então desempenhadas pelas empreiteiras de obras públicas, com a vantagem de que geralmente não necessitam implementar a infra-estrutura básica para a prestação dos serviços – a qual foi construída pelas empresas estatais por conta de financiamento público – além de possuírem a prerrogativa de cobrar

públicos parece ter maior âmbito de atuação, pois decorre da genérica obrigação, contida no art. 175, da Constituição, de que o Poder Público preste os serviços adequadamente.”

⁵⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 235. Em outra passagem (p. 64), a autora recorda que no período do *New Deal* nos Estados Unidos foram criadas várias agências reguladoras, sob o argumento de que dotadas de *experts* em matérias técnicas, sendo que somente no ano de 1946 é que o *Administrative Procedure Act* (APA) veio a regular o poder normativo das agências reguladoras, tendo determinado a separação interna entre o pessoal responsável pela fiscalização e pelas decisões administrativas nas agências.

diretamente dos cidadãos o preço dos serviços. Através do processo de privatização, herdaram do Estado uma vasta infra-estrutura construída a partir da cobrança de tributos junto à população, além de um enorme contingente de consumidores de serviços essenciais, em regime de verdadeiro monopólio. Especialmente nas áreas que envolvem o aporte de tecnologias avançadas – somente disponíveis em países centrais –, as empresas concessionárias se apresentaram como a solução ideal para um endividado Estado brasileiro. A própria natureza dos contratos de concessão dos serviços públicos irá beneficiar diretamente estas empresas, na medida em que os índices de reajuste das tarifas já se encontram previstos no contrato de concessão ou mesmo no próprio edital de licitação. Aos usuários e seus representantes incumbirá, portanto, a difícil comprovação da quebra do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, buscando a alteração do valor das tarifas praticadas, uma vez que as concessionárias buscarão o fiel cumprimento dos contratos sempre que os índices previstos lhes forem mais benéficos.

3.8.3.2.1 Natureza jurídica, origem e função das agências reguladoras

A origem das agências reguladoras está ligada à transferência de determinadas funções estatais para a economia privada atendendo aos postulados do neoliberalismo. Historicamente, as agências reguladoras surgem nos Estados Unidos, dotadas de plena independência, atributo através do qual se pretendia evitar comportamentos lesivos ao erário público e à livre concorrência, pois através da

regulação direta o Estado protegida determinados grupos da sociedade⁵⁴⁸. Paulo Roberto Motta recorda que “nasciam, estes entes, com um duplo propósito: afastar a influência, que se acreditava nefasta, dos possuidores do mando político e impedir o empreguismo na Administração Pública”⁵⁴⁹.

A consequência do processo de transição de um modelo jurídico de controle estatal da prestação de serviços públicos essenciais para um modelo de livre mercado é a ausência de instrumentos tradicionais de controle da qualidade dos serviços e o valor das tarifas. A prerrogativa estatal de interferir diretamente no conteúdo das concessões é transferida, neste novo modelo, às agências reguladoras, autarquias federais, sobre as quais o Poder Executivo – muito embora indique seus membros⁵⁵⁰ – não detém maior ingerência. A intervenção do Estado na economia privada se dá através de uma regulação ditada por princípios e por uma lógica inerente ao sistema econômico, a partir da ruptura de um modelo de regulação pelo Estado. Adota-se um modelo de regulação através do Estado, ou seja, os agentes econômicos passam a se utilizar do aparato de força do Estado para fazer cumprir as regras que lhe são convenientes. Paulo e Alexandrino, ao abordarem o tema, sugerem que

⁵⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 72. A autora recorda, a partir da doutrina norte-americana, que o relacionamento entre as agências reguladoras e o mercado regulado geralmente passa por quatro fases, quais sejam: na primeira, a agência atua nos limites que a lei estipulou; na segunda, atua com “vigor juvenil”; na terceira, os membros que saem das agências reguladoras passam a trabalhar em empresas concessionárias; e, finalmente, numa quarta e última fase, a ação das agências reguladoras passa a ser orientada pelo mercado regulado.

⁵⁴⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 63.

⁵⁵⁰ O art. 5º da Lei federal 9.986/00 prevê que seus componentes serão indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal.

o aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício da atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção indireta no domínio econômico, passando a regular e a acompanhar ativamente o exercício dessas atividades do setor privado⁵⁵¹.

Existem, é bem verdade, vantagens na adoção de um modelo ancorado numa maior autonomia destas esferas de controle, tendo em conta que as decisões de cunho técnico tendem, em tese, a prevalecer. Sérgio André da Silva, ao tratar do tema, recorda que “a redefinição do papel do Estado, com a transferência para os agentes privados de atividades antes executadas pelo Poder Público, não alterou, no entanto, a natureza das mesmas, mantendo-se estas vinculadas aos interesses públicos”⁵⁵². Contudo, não se pode abonar como uma conquista da cidadania a perda total de um controle do Estado, quando se considera a natureza pública dos serviços prestados, bem como a tímida atuação reservada às agências reguladoras no tocante ao controle das tarifas já fixadas em contratos assinados entre as partes. Este problema avulta de interesse quando se considera que boa parte das concessionárias atua em regime de monopólio comercial, ou seja, sem os mecanismos inerentes à livre e sadia concorrência. Tratam-se de empresas que

⁵⁵¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 14. Em outra passagem, os autores recordam as agências reguladoras existentes no Brasil, quais sejam: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL, Lei 9.472/97), a Agência Nacional do Petróleo (ANP, Lei 9.478/97), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL, Lei 9.427/96), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, Lei 9.961/00), a Agência Nacional de Águas (ANA, Lei 9.984/00), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT, Lei 10.233/01), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ, Lei 10.233/01) e a Agência Nacional do Cinema (ANCINE, Medida Provisória 2.228-1/01).

⁵⁵² SILVA, Sérgio André R. G. da. A legitimidade das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 235, p. 299-320, jan./mar. 2004, p. 304.

assumiram – durante o amplo processo de privatização iniciado na década de noventa no Brasil – o comando de antigas empresas públicas que já atuavam em regime de monopólio em áreas como do fornecimento de energia elétrica.

As agências reguladoras existentes atualmente no país assumem a natureza jurídica das autarquias públicas federais submetidas a regime especial, na medida em que têm independência financeira e funcional em relação ao Poder Executivo⁵⁵³. Assumem duas funções básicas, quais sejam, uma função administrativa, consistente na fiscalização das atividades das concessionárias através da imposição de sanções de ordem pecuniária e uma normativa, ao regularem a forma de execução dos contratos de concessão de serviços públicos⁵⁵⁴.

3.8.3.2.2 Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras

O poder normativo das agências reguladoras surge como uma das respostas possíveis à complexidade do processo de controle estatal de atividades conformadas

⁵⁵³ Na realidade, as agências reguladoras têm um papel superestimado no contexto jurídico brasileiro, pois muito embora possam atuar normativamente, impondo às concessionárias e usuários obrigações não derivadas diretamente de lei formal, não possuem capacidade política de intervenção no processo de fixação dos reajustes das tarifas públicas. Bem por isto, as ações coletivas junto ao Poder Judiciário irão se apresentar como um indispensável instrumento de controle da “modicidade das tarifas” e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

⁵⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 333. Recorda o autor que são os seguintes os propósitos da atividade normativa do Poder Executivo: “(I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos, cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém (*sic*).”

por regras técnicas em constante evolução, o que de modo algum elide a discussão acerca da legitimidade de suas funções, tendo em vista o princípio democrático⁵⁵⁵. A impossibilidade de uma programação legislativa que consiga abarcar a infinita multiplicidade de expectativas sociais, no interior dos diversos sistemas parciais da sociedade, traduz-se numa transferência da atividade reguladora. O Poder Legislativo passa a delegar atribuições normativas com um sentido de auto-preservação, inserindo na programação legislativa mecanismos de delegação de uma atribuição estatal regulatória.

A assunção desta atividade normativa por parte das agências reguladoras colide com a visão tradicional do princípio da legalidade, na medida em que a inovação no ordenamento jurídico tradicionalmente está afeta à atividade exercida pelo Poder Legislativo.

A dimensão jurídica conferida ao princípio da legalidade depende, portanto, do próprio conteúdo do princípio no Brasil contemporâneo e da definição de quais seriam os reais limites de transferência de competência legislativa. Alexandre de Aragão, por exemplo, em excelente estudo do tema, com base na classificação proposta por Eisenmann, reputa que

a lei não precisa preestabelecer os elementos das relações jurídicas a serem formadas, ou, em outras palavras, não é necessário que ela tenha de chegar a fixar direitos e obrigações que teriam, segundo afirma a doutrina

⁵⁵⁵ SILVA, Fernando Quadros da. *Op. cit.*, p. 43. Recorda Fernando Quadros da Silva que, “na busca da manutenção de um cenário de governabilidade, não se deve olvidar que qualquer forma de poder deve estar legitimada pelos processos previstos na Constituição. Mesmo a legitimidade pela atuação (técnica) não pode prescindir de um fundamento inicial que resida na soberania popular.”

mais tradicional-liberal, apenas a forma de seu mero exercício definida pelos regulamentos de mera execução⁵⁵⁶.

É inegável que a complexidade técnica das atividades de fiscalização e controle desempenhadas pela Administração Pública contemporânea, aliada à velocidade da evolução das novas tecnologias, impõem uma nova programação das sociedades pós-industriais. O conceito da legalidade não pode ser considerado a partir de uma perspectiva segundo a qual a complexidade das expectativas sociais poderia ser facilmente reduzida e racionalizada através da atividade legislativa tradicional, ou seja, através da positivação de todos os comportamentos possíveis, especialmente através de regras de exceção. Regras rígidas passam a ser consideradas obsoletas nesse novo contexto político-social, o qual determina um novo padrão legislativo, que certamente não se coaduna com a morosidade de um processo legislativo tradicional. A atividade legislativa tradicional substitui um Direito rígido, fundado em regras, por um Direito flexível, fundado em princípios e conceitos jurídicos indeterminados, bem como por regras de delegação legislativa parcial, do que resulta um maior espaço para a intervenção judicial. Como ensina Zagrebelski, a dogmática constitucional deve ser como o líquido onde os conceitos mantêm sua

⁵⁵⁶ ARAGÃO. Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 20, n. 7, p. 768-777, jun. 2004, p. 772. O autor recorda que, segundo a classificação de Eisenmann, o princípio da legalidade pode ser tomado em quatro acepções diversas: 1º - a legalidade é uma relação de não-contrariedade com a lei; 2º - a legalidade consiste na observância de uma norma que outorgue competência; 3º - segundo a legalidade, a Administração somente pode atuar de acordo com condutas previamente previstas em lei; 4º - a Administração Pública tem de estar apoiada em lei que esgote o conteúdo dos atos a serem praticados, de molde que todas as competências da Administração Pública somente poderiam ser vinculadas à lei. Segundo o autor (p. 776), somente uma ordem fundada em princípios e valores poderia representar um limite efetivo à atividade legislativa delegada, permitindo que leis de baixa densidade normativa, mas que fixem princípios e objetivos claros, pudessem ser validamente editadas (*intelligible principles doctrine*).

individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação e sem que um só componente possa eliminar os demais⁵⁵⁷. Não se revela correto afirmar, portanto, que num contexto neoliberal a atividade dos juízes seja reduzida. A regulação através do Poder Judiciário se dará, essencialmente, como um instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e da modicidade das tarifas, que se constituem em cláusulas permanentemente abertas à revisão judicial.

Não se trata de regular detalhes de ordem técnica, mas sim de impor novas obrigações a partir de políticas de intervenção estatal no setor que invariavelmente dependem de um ato de vontade política e, portanto, de escolhas públicas que demandam procedimentos específicos no interior da estrutura do Estado.

Escrevendo sobre o tema, Dalmo Dallari ensina que a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica impõe a adoção de novos modelos de regulação estatal, haja vista que

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes⁵⁵⁸.

O modelo de Estado imposto pela adoção dos postulados do neoliberalismo econômico implica a “centralização governamental dos Poderes Políticos – Executivo

⁵⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 17.

⁵⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 221.

e Legislativo –, que deverão fixar os preceitos básicos, as metas e as finalidades da Administração Pública, porém, exige maior descentralização administrativa, para a consecução destes objetivos”⁵⁵⁹.

Um novo modelo legislativo, fundado na programação – através da lei – de capacidades auto-reguladoras inerentes ao funcionamento dos próprios sistemas parciais, a partir de sua complexidade e diferenciação, determina a ampliação do espaço legislativo do Poder Judiciário. Uma regulação legislativa aberta, com a formulação de princípios de conteúdo indefinido, impõe uma nova perspectiva para a atuação judicial, a qual passa a ser marcada pela possibilidade de também “regular” no caso concreto de que maneira as expectativas dos membros da comunidade jurídica deverão ser atendidas. Não existe, portanto, atividade normatizadora exclusiva das agências reguladoras. Incumbe ao Poder Judiciário fixar não somente os limites concretos desta atividade “legislativa”, como também seu próprio conteúdo a partir da interpretação dos princípios e objetivos traçados pelo legislador. Neste novo contexto, a autonomia e a flexibilidade organizacional das agências reguladoras devem ser compensadas pela possibilidade do Poder Judiciário controlar o mérito do ato administrativo⁵⁶⁰. Não se admite, portanto, uma delegação legislativa ampla e irrestrita, mas somente uma delegação parcial, que permita buscar soluções técnicas no menor espaço de tempo possível, garantindo-se a participação dos usuários dos serviços no processo de decisão. Uma delegação ampla não é compatível com a

⁵⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 13-38, p. 19.

⁵⁶⁰ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003. p. 112.

democracia brasileira, na medida em que implica transferir para órgãos que não podem ser responsabilizados diretamente pela população através das eleições, os ônus de políticas públicas consideradas impopulares pelos Poderes Legislativo e Executivo⁵⁶¹.

O espaço judicial deverá ser informado por objetivos bem precisos, quais sejam, o de (i) permitir a democratização da atividade regulatória, assegurando-se a adoção de procedimentos de consulta dos usuários e seus representantes, bem como (ii) definir os limites máximos, a partir do exame do caso concreto, da atividade normativa das agências e (iii) assegurar que os princípios que substanciam a atividade normativa sejam fielmente observados⁵⁶².

3.8.3.2.3 Independência das agências reguladoras

Os “diretores” das agências reguladoras, apesar de indicados pelo chefe do Executivo federal, gozam de estabilidade durante o exercício de seus mandatos, tendo a Lei federal 9.986/00 alterado várias leis anteriores, as quais permitiam a sua exoneração, tais como o art. 8º da Lei federal 9.427/96 (ANEEL) e art. 26 da Lei federal 9.472/97 (ANATEL). O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 1.949-RS, em que relator o Ministro Nélson Jobim, manifestou, na análise da liminar em

⁵⁶¹ Cf. STROSSEN, Nadine. Delegation as a Danger to Liberty. **Cardozo Law Review**, v. 20, p. 861, 1999. Disponível em: <http://www.constitution.org/ad_state/ad_state.htm>. Acesso em: 20.06.2004.

⁵⁶² Não existe, em princípio, inconstitucionalidade das leis que autorizam a delegação normativa, desde que fixados em lei princípios e objetivos claros que promovam a democratização do processo regulatório e assegurem o equilíbrio real entre usuários e concessionárias.

ação direta promovida pelo governador do estado do Rio Grande do Sul em face da Lei estadual 10.391/97 (a qual criou a AGERGS – agência estadual de regulação dos serviços públicos delegados), entendimento no sentido de que incabível a exoneração imotivada pela Assembléia Legislativa de diretor da agência estadual. Ressalte-se, contudo, que muito embora a Lei federal 9.986/00 preveja mandatos fixos para os diretores das agências reguladoras, nada impede que as leis que tenham por objeto sua criação ampliem as hipóteses de perda do mandato.

A duração dos mandatos dos diretores das agências pode não coincidir com a duração dos mandatos dos respectivos chefes do Poder Executivo federal, razão pela qual podem emergir diversos conflitos desta relação, especialmente quando se considera que o grau de intervenção do Estado na economia depende do perfil ideológico dos governos eleitos⁵⁶³. No modelo atual, a intervenção judicial se afigura como o único mecanismo eficiente de contenção dos prováveis desvios na atuação destas agências reguladoras, na medida em que seus diretores não estão adstritos à escolha popular, mas atuam de forma a normatizar as relações que envolvem a prestação de serviços públicos. Ademais, as decisões administrativas adotadas no âmbito das agências reguladoras não estão, de uma maneira geral, sujeitas a revisão através de recursos administrativos⁵⁶⁴, o que conduz à necessidade de um permanente controle judicial acerca do conteúdo de suas decisões, bem como dos procedimentos internos por elas adotados.

⁵⁶³ Muito embora se repute louvável a adoção de um mecanismo que confira estabilidade aos membros das agências reguladoras, não se pode admitir a completa ausência de um efetivo poder normativo por parte do Presidente da República.

⁵⁶⁴ Recorde-se o disposto no art. 19, XXV, da Lei federal 9.472/97, o qual instituiu a ANATEL e que prevê que lhe cabe: “decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitindo recurso ao Conselho Diretor”.

Além da independência funcional de seus diretores, as agências reguladoras possuem fontes próprias de financiamento, o que lhes assegura uma imensa autonomia administrativa. Muito embora parcela de suas receitas derive de dotações orçamentárias próprias – constantes da lei orçamentária anual – várias taxas foram criadas por lei com o intuito de garantir autonomia financeira a estas autarquias, dentre as quais se pode enumerar os recursos alocados à ANATEL através do fundo de fiscalização das telecomunicações (Fistel), bem como a taxa de saúde suplementar criada em favor da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Os diretores das agências reguladoras, por sua vez, diante dos valores envolvidos nestas transações, estão sujeitos aos “riscos de captura”, ou seja, são vulneráveis à concussão, captura por contaminação de interesses (assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade), captura por insuficiência de meios e captura pelo poder político⁵⁶⁵.

As questões de legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras e o princípio da reserva legal têm de ser analisadas tomando em consideração duas situações distintas, quais sejam: (i) os casos em que a atividade visa regular as relações entre concedente e concessionário e (ii) os casos em que a atividade visa regular as relações entre concessionário e usuários⁵⁶⁶. Existe, portanto, a necessidade de verificação se a atividade normativa das agências reguladoras

⁵⁶⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 554. Marçal Justen Filho não aceita esta distinção, sustentando que “a posição jurídica dos usuários tende a ser uniforme relativamente ao poder concedente e concessionário indistintamente, no seu relacionamento externo. Na medida em que não se distingue, em face do usuário, o concessionário do poder concedente, são muito específicas e limitadas as situações em que o conteúdo da situação jurídica do usuário seria material ou formalmente diverso em relação a eles.

invade o espaço destinado ao Poder Legislativo e, em caso negativo, se a transferência de uma prerrogativa normativa inerente ao Presidente da República se mostra como compatível com a Constituição. A legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras deve passar por um teste duplo, no tocante à preservação da competência legislativa do Poder Legislativo e normativa interna do chefe do Poder Executivo.

No primeiro caso, (i) quando então as agências estarão atuando na regulação das relações entre o poder público concedente e as concessionárias, há que se ressaltar a natureza pública desta relação. Muito embora possuam a natureza jurídica de autarquias públicas federais, não assumem a função de representar o Poder Público concedente perante as concessionárias. A figura jurídica das agências não se aproxima da figura de um mandatário do poder concedente, mas sim um árbitro entre concessionários e usuários de serviços públicos. À diferença do modelo anterior – segundo o qual as próprias secretarias e ministérios tinham a função de fiscalizar a execução dos serviços concedidos – os membros das agências reguladoras detêm mandato que lhes garante maior independência em relação às opções políticas dos governos que se sucedem na direção da máquina administrativa federal. A burocratização técnica das decisões das agências reguladoras permite que as empresas privadas depositem maior confiança no processo de transferência da execução de serviços públicos, com o que o Estado se desonera de atuar diretamente no setor, atendendo a um modelo de Estado mínimo. Este modelo, muito embora seja passível de inúmeras críticas, diante de sua estrutura vulnerável às pressões dos agentes econômicos, foi expressamente adotado no Brasil e qualquer

análise jurídica do tema deve tomar em consideração que se trata de uma opção política que não afronta o princípio da separação dos poderes. Toda a discussão deve estar centralizada, portanto, no real significado do princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, I) no contexto jurídico contemporâneo do Brasil.

O poder de fiscalização e controle inerente à atividade normativa do chefe do Poder Executivo não pode ser transferido, sob pena de ofensa ao texto constitucional, o qual atribui competência normativa ao Presidente da República na regulação da execução dos serviços públicos, mas pode ser compartilhado, do que resulta a possibilidade de o Presidente da República, através de decretos, normatizar as atividades afetas à competência das agências reguladoras. Portanto, o chefe do Poder Executivo federal pode atuar normativamente, em questões de natureza técnica, no que tange à forma de execução dos serviços, nos termos da lei de concessões, considerando a natureza do serviço prestado.

Já no tocante ao poder normativo inerente à regulação das relações entre as concessionárias e os usuários dos serviços – quando então as agências reguladoras impõem às partes obrigações que não se encontram expressamente previstas em lei e nos contratos – cumpre consignar que se trata de verdadeira delegação de atribuição afeta ao Poder Legislativo. Pelo princípio da legalidade, somente a lei poderia criar obrigações diretas para as partes, do que resultaria, em princípio, a impossibilidade de transferência dessa prerrogativa legislativa. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que

considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação

de regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou o nascimento da obrigação, dever ou restrição⁵⁶⁷

Somente as atribuições de cunho técnico podem ser, no modelo tradicional, transferidas às agências reguladoras, ou seja, as normas derivadas da necessidade de fixar, no caso concreto, quais são os elementos necessários ao cumprimento de obrigações já previamente previstas em texto de lei. Todavia, cumpre atentar para o alerta de Paulo Roberto Motta, segundo o qual

(...) as agências reguladoras, no exercício de suas funções normativas, em matéria técnica, vão fatalmente, e (quase) sempre, violar os limites que a Constituição Federal colocou à delegação da função normativa entre os Poderes⁵⁶⁸.

Ainda assim, a delegação legislativa além de limitada é revogável, ou seja, o Poder Legislativo pode alterar o regime de competência normativa das agências reguladoras e até mesmo tratar, através de lei, dos temas técnicos afetos a esses entes normativos. Sérgio Silva, ao estudar o tema, lembra que

Tendo em vista que as agências reguladoras recebem uma competência normativa limitada é óbvio que o Poder delegatário (o Poder Legislativo) permanece com a competência plena para editar regras acerca das matérias afetas à esfera de competência das agências, podendo, a qualquer momento, excluir sua competência normativa⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 326.

⁵⁶⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Op. cit.*, p. 179. O autor, em outra passagem (p. 184) critica a amplitude do poder normativo outorgado à ANATEL pela Lei federal 9.472/97, na medida em que a autarquia possui função normativa sobre a totalidade dos serviços públicos a serem prestados. O autor distingue, ainda, entre atividade normativa a ser desenvolvida pelas agências e a atividade administrativa, a qual tem sua tônica na fixação das tarifas, que consiste no exame em capítulo próprio deste estudo, quando se aborda a atividade administrativa do Poder Judiciário.

⁵⁶⁹ *Op. cit.*, p. 308.

O Poder Legislativo pode, através de lei, autorizar uma atuação normativa das agências reguladoras no que tange à execução dos serviços públicos concedidos, mantida a reserva legal sobre o tema, ou seja, poderá regular o assunto a qualquer momento, não havendo, portanto, exclusividade normativa das agências reguladoras. Ademais, os princípios, os objetivos e os direitos dos usuários terão de estar expressamente previstos em lei, do que resulta uma grande limitação da atividade normativa das agências, que assumem a função precípua de fiscalizar a execução dos serviços públicos concedidos.

As agências reguladoras, responsáveis pela fiscalização e controle da prestação de serviços públicos, não possuem, portanto, atribuição normativa autônoma, mas somente derivada de lei. Segundo parcela da doutrina, inclusive, atuam apenas na esfera regulamentar das leis editadas e, mesmo nas matérias técnicas que lhe são afetas por lei, não excluem a competência do Presidente da República (CF/988, art. 84, IV)⁵⁷⁰. Muito embora a doutrina reconheça a estes entes a capacidade de inovar no ordenamento jurídico, no tocante ao exercício de algumas

⁵⁷⁰ FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. Agências reguladoras: algumas questões constitucionais. **Revista Jurídica Virtual**, n. 51, ago. 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2004. Sustenta o autor que remanesce a competência do Presidente da República, recordando que, “Tanto maior a independência, maior a redução das influências diretas das autoridades eleitas diretamente pelo voto e, portanto, menor a legitimidade democrática das agências reguladoras”. Assinala, ainda, que “(...) carece de fundamento qualquer tese que procure extrair do disposto no art. 21, XI, da Constituição Federal, ao referir-se à “a criação de um órgão regulador”, qualquer elemento bastante para sustentar tratar-se de órgão independente ou autônomo. O mesmo se diga quanto à regra do art. 177, § 2º, III, da Carta Magna que trata do setor de petróleo.” Contudo, não se pode confundir a atividade normativa do Presidente da República nos termos do art. 84, VI, da CF/88, através da qual o chefe do Poder Executivo federal poderá interferir nas relações entre o poder público concedente e a concessionária com a atividade normativa própria das agências reguladoras, ou seja, nas relações entre as concessionárias e os usuários. No primeiro caso as agências normativas não dispõem de qualquer poder normativo. Já no segundo caso é o chefe do Poder Executivo que não possui poder normativo, delegado especificamente às agências através de lei.

de suas atribuições⁵⁷¹, não se pode conceber uma atividade exercida fora dos limites impostos pela lei. As normas produzidas por estes entes não poderão jamais ser classificadas como simples regulamentos de execução⁵⁷². Ao atuarem no plano normativo das relações entre as concessionárias e os usuários, as agências reguladoras gozam de plena autonomia em relação ao chefe do Poder Executivo. Não se pode afirmar da impossibilidade de uma sindicância judicial acerca da legalidade dos atos produzidos, bem como das omissões deste poder regulamentar, uma vez que as agências não estão, como regra geral, submetidas a um controle hierárquico no âmbito interno da Administração Pública. O próprio art. 103, § 2º, da CF/88, ao tratar das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, deixa clara a possibilidade de uma intervenção positiva do Poder Judiciário neste setor⁵⁷³.

⁵⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 144. No mesmo sentido, PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 57. Todavia, em outra passagem (p. 66), os autores sustentam que “a delegação em branco não é admitida em nosso Direito, implicando vício de inconstitucionalidade da lei que o faça. As leis instituidoras das agências reguladoras, portanto, devem possuir um conteúdo normativo mínimo, estabelecendo, pelo menos, as diretrizes que deverão ser observadas para o setor regulado, as metas que deverão ser almejadas pela agência na implementação dessas diretrizes, as competências específicas da agência, os princípios que norteiam sua atuação etc.”

⁵⁷² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 146. Os autores sustentam que (p. 145) a atividade normativa das agências regulatórias poderia ser considerada como um poder de editar regulamentos autônomos ou delegados. Mesmo em relação aos regulamentos tradicionais, os autores defendem que a competência deveria estar afeta ao Supremo Tribunal, nos casos em que o regulamento cria obrigações não previstas em lei (p. 142), pois o “princípio da reserva legal estabelece, na verdade, o princípio da necessidade da lei em caso de limitação ou restrição a direitos individuais, de modo que a ruptura desse princípio por normas inferiores configura ofensa constitucional”. Todavia, o controle da atividade normativa das agências regulatórias se situa no plano da legalidade, mesmo nos casos em que criam novas obrigações para as partes, inovando no ordenamento jurídico, com o que a única via de controle da legalidade desta atividade normativa será a via das ações coletivas, ou seja, através do controle difuso de constitucionalidade.

⁵⁷³ A redução do papel interventivo do Estado na prestação direta de serviços públicos essenciais não pode conduzir a um livre regime de auto-regulação do próprio mercado, em áreas marcadas pela atuação monopolística das empresas que atuam em setores estratégicos como energia elétrica e telefonia, razão pela qual a intervenção do Estado se revela indispensável. A ausência de um efetivo controle político implica transferir ao mercado o controle sobre o conteúdo das políticas públicas (econômicas) nessas áreas estratégicas para o desenvolvimento do país, dado que avulta de interesse quando se considera que parcela destas empresas é controlada pelo capital estrangeiro.

Fernando Quadros da Silva anota que a estrutura atual das agências reguladoras no Brasil afronta o princípio republicano, pois “a previsão legal de mandato em favor dos dirigentes das agências pode acarretar uma extensão da influência do Presidente para além do seu mandato”⁵⁷⁴. Muito embora essa influência possa se revelar na prática como um dado importante, o sistema de fiscalização da escolha pelo Senado Federal permite controlar as escolhas do chefe do Poder Executivo, além do que se assegura a manutenção do poder normativo do Presidente da República nas áreas afetas à competência das agências reguladoras.

3.8.3.2.4 A atividade legislativa das agências reguladoras e o princípio da separação dos Poderes da República

A manutenção do princípio da separação entre as funções do Estado é que avulta de interesse, na medida em que as agências reguladoras retiram competências normativas do Poder Legislativo e administrativas do Poder Executivo. Muito embora se constituam em órgão autônomo da Administração Pública, estão diretamente vinculados aos princípios inscritos no art. 37, “caput”, da CF de 1988⁵⁷⁵.

Sobre o tema, Sebastião Tojal ensina que

(...) ao baixarem seus atos administrativos de regulação, as agências reguladoras devem respeitar os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados pelo art. 37, *caput*, da

⁵⁷⁴ SILVA, Fernando Quadros da. *Op. cit.*, p. 150.

⁵⁷⁵ A Lei federal 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), por exemplo, preceitua de modo expresse a aplicação dos princípios que regem a atividade administrativa no tocante à ANATEL, em seu art. 19. “À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:”

Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade expressamente previstos no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999⁵⁷⁶.

O controle da atividade normativa das agências reguladoras não é um controle de constitucionalidade, mas sim de legalidade, nos casos em que a título de regular as relações entre as concessionárias e os usuários dos serviços públicos as agências criam deveres e obrigações não previstos na lei de concessões. O princípio da reserva da atividade do Poder Legislativo não permite a transferência da prerrogativa de criar deveres para as partes que não sejam decorrência direta da lei ou do contrato público⁵⁷⁷. As agências reguladoras quando atuam no campo normativo do setor não podem extrapolar os limites previstos em lei, ou seja, somente têm legitimidade para interferir normativamente nos casos em que a atividade legislativa não tenha as condições materiais para prever, de forma abstrata, as formas de execução dos contratos.

O problema surge quando as próprias leis que criam as agências reguladoras outorgam um papel normativo amplo, no intuito de superar as dificuldades naturais de acompanhamento da evolução deste tipo de contrato pelo Poder Legislativo, o que afronta diretamente o disposto no art. 25, I, do ADCT da CF/88⁵⁷⁸. Nas relações

⁵⁷⁶ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 145-170, p. 168.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, decisão do Pleno do STF na ADI 1.668-DF, relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado em 16.04.2004, ocasião em que a Corte, em sede de liminar em ação direta proposta em face da Lei federal 9.472/97, a qual prevê em seu art. 19, IV e X, a competência normativa da ANATEL, concedeu interpretação conforme ao dispositivo, sob o argumento de que o poder normativo da ANATEL está jungido pelas disposições legais e regulamentares.

⁵⁷⁸ ADCT da CF/88: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou

entre o Poder Público concedente e as concessionárias esta intervenção normativa se afigura como legítima, pois caso contrário a atividade fiscalizatória das agências reguladoras restaria comprometida, dependendo da atuação constante do Poder Legislativo. A competência normativa deriva da própria lei, bem como das cláusulas do contrato público de concessão dos serviços, os quais asseguram ao poder público a prerrogativa de alterar, de modo unilateral, o conteúdo das cláusulas do contrato, sempre que esta medida se mostre necessária para atender o equilíbrio entre as partes. O conteúdo dos contratos públicos de prestação destes serviços permanece o mesmo na medida em que a finalidade precípua da regulação desta área da economia visa assegurar a ampliação do atendimento a parcelas cada vez mais amplas da população, com o menor custo possível, atendendo ao princípio de modicidade das tarifas. Sem a intervenção estatal, a tendência natural do mercado seria a de prestar serviços públicos somente às parcelas da população que tivessem capacidade econômica de consumo, com a otimização dos serviços a partir da infraestrutura já existente e conseqüente aumento da margem de lucros. A natureza essencial e estratégica dos serviços públicos prestados não permite a adoção de um modelo vocacionado ao aumento crescente da margem de lucros à custa do aumento imoderado das tarifas, motivo pelo qual sempre que rompido o equilíbrio entre as partes a intervenção judicial se mostra necessária. Paulo Roberto Motta, ao tratar do tema, aponta que

deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;”

(...) o conflito está estabelecido coma privatização dos serviços públicos: tarifações atrativas e rentáveis aos concessionários poderão ocasionar serviços não usufruíveis pela maioria da população, perdendo seu caráter de serviços públicos e, conseqüentemente, aumentando a crise social em proporções não imaginadas⁵⁷⁹.

Um dos principais princípios constitucionais que orientam a atividade econômica no país é o da livre concorrência (CF/88, art. 170, IV) razão pela qual a intervenção estatal se mostra necessária nos casos em que a estrutura monopolista do mercado de prestação de serviços públicos não permita um efetivo regime de auto-controle das tarifas. Os serviços públicos essenciais representam contratos obrigatórios, na medida em que os usuários geralmente não têm condição de optar entre diversos fornecedores, com o que sua margem de negociação fica substancialmente reduzida. Somente nos casos em que a livre concorrência se revele como um processo transparente que permita ao usuário optar pela menor tarifa ou pelo melhor serviço se pode falar numa atividade arbitral das agências reguladoras.

Nos casos de omissão normativa das agências reguladoras, a sentença em ação civil pública poderá criar novas obrigações para as empresas concessionárias, derivadas diretamente do contrato assinado ou da lei, atuando de forma substitutiva, na medida em que a independência normativa outorgada às agências reguladoras não permite um efetivo controle interno. Ressalve-se o fato de que as ações coletivas poderão ser promovidas pelo próprio Poder Executivo, caso considere que a atuação das agências reguladoras não se mostre compatível com seu programa de intervenção estatal no setor, momento em que irão figurar no pólo passivo da

⁵⁷⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, p. 37.

demanda, na condição de réis, as concessionárias e as agências reguladoras competentes, em regime de litisconsórcio⁵⁸⁰.

Finalmente, as ações coletivas poderão ser promovidas pelas próprias agências reguladoras, na condição de autarquias públicas federais, caso as medidas de natureza administrativa se revelem insuficientes ou ainda poderão ser promovidas ações coletivas buscando a aplicação judicial de normas expedidas pelas agências reguladoras em favor dos usuários⁵⁸¹. Conclui-se, portanto, que o controle judicial das políticas econômicas de intervenção estatal na prestação de serviços públicos poderá se dar (i) em ações coletivas promovidas pelos legitimados do art. 5º da LACP em face do poder público concedente, das concessionárias e das agências reguladoras; (ii) em ações coletivas promovidas pelo próprio Poder Público concedente em face das agências reguladoras e das empresas concessionárias; (iii) em ações coletivas promovidas pelas agências reguladoras em face das empresas concessionárias. e (iv) em ações coletivas promovidas pelas empresas concessionárias em face de associações de usuários⁵⁸². Note-se que as ações individuais das

⁵⁸⁰ Assim, por exemplo, sucedeu em ação civil pública promovida pela União perante a 6ª Vara Federal de Curitiba, em face da empresa TIM Sul e ANATEL, visando assegurar um prazo de validade de 90 (noventa) dias para os cartões pré-pagos de telefonia nos três Estados do Sul do Brasil. Tendo sido negada a liminar requerida pela União no primeiro grau, foi interposto recurso de agravo perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região com sede em Porto Alegre-RS, tendo o e. Desembargador Federal Edgar Lippmann Jr. concedido a liminar requerida, nos termos da Lei federal 9.472/97, nos autos do Agravo de Instrumento (AI) 2004.04.01.029867-2/PR.

⁵⁸¹ Assim, por exemplo, autos do Processo 2003.04.01.056112-3, relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, ocasião em que a liminar deferida foi baseada no art. 77 da Resolução 85 da Anatel, a qual determina a proibição da cobrança de taxa durante o período de suspensão dos serviços de telefonia, tendo a ação civil pública sido proposta pela Associação Nacional de Defesa e Informação do Consumidor (Adicom) em face da Brasil Telecom.

⁵⁸² SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions* – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, v. 3, n. 10, p. 139-154, jan./mar. 2004. O autor sustenta a possibilidade de propositura de ações coletivas em face de grupos de consumidores, já que os arts. 107 e 108 do CDC prevêem as chamadas “convenções coletivas de consumo”.

empresas concessionárias em face do Poder Público concedente e das agências reguladoras não podem ser consideradas como um instrumento de controle judicial de políticas públicas, muito embora o juiz deve atentar que os limites de afetação de um direito individual serão definidos a partir de critérios de justiça distributiva. Trata-se de verdadeiro conflito entre direitos coletivos e individuais, ocasião em que o juiz da causa terá de mensurar, à luz do princípio da proporcionalidade, se a restrição ao direito individual é justificada.

Em todos os casos o litígio poderá versar sobre os limites da atividade normativa desempenhada pelas agências reguladoras, quando então o juiz terá de aferir se a atividade normativa rompeu com os limites da delegação. Os limites são os seguintes: (1) a atividade normativa não poderá assumir finalidade diversa à prevista expressamente em lei; (2) não poderá afrontar os princípios legais que regem a prestação dos serviços concedidos no país; (3) não poderá prever mecanismos de desequilíbrio entre usuários e concessionárias mas, ao contrário, deve considerar a condição de inferioridade dos usuários⁵⁸³, decorrente (i) da natureza obrigatória dos contratos, (ii) do monopólio natural existente em alguns setores da economia brasileira e (iii) a essencialidade dos serviços públicos; (4) não poderá dispor acerca da própria competência normativa e de fiscalização, a qual deve estar amparada em lei prévia; (5) não poderá dispor acerca de política tarifária,

⁵⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. Recorda o autor que (p. 82) “as políticas negociadas neocorporativisticamente entram em conflito com grupos da população da periferia da sociedade, fracamente organizada e protegida apenas através de direitos fundamentais; isso é consequência de uma distribuição desigual de ressarcimentos individuais e do fato de que a privação de bens coletivos atinge de modo seletivo as diferentes classes sociais.”

direitos dos usuários e o conceito de serviço adequado⁵⁸⁴. Nos casos de omissão normativa a sentença judicial de conteúdo normativo, prolatada em ação coletiva, é que irá regular de que forma os serviços públicos devem ser prestados. Trata-se, portanto, de verdadeira atividade legislativa do Poder Judiciário.

As sentenças judiciais não poderão, todavia, criar novas obrigações para os usuários, ressalvada a homologação judicial de acordo envolvendo prestadores de serviços e consumidores nos termos do art. 107 da Lei federal 7.347/85⁵⁸⁵, diante do princípio da legalidade estrita (CF/88, art. 5º, I).

⁵⁸⁴ CF/88: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁵⁸⁵ “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.”

CAPÍTULO 4

A ATIVIDADE LEGISLATIVA E EXECUTIVA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

A intervenção do Poder Judiciário nas atividades tradicionalmente desempenhadas pelos demais Poderes no Brasil surge num contexto local de dissolução das funções do Estado numa ideologia economicista. Os agentes econômicos reclamam para si um monopólio reservado ao Estado, ou seja, ambicionam assumir as funções designadamente reservadas ao Poder Legislativo, libertando o mercado do lastro regulatório. Trata-se de verdadeiro rompimento de um sistema forjado a partir dos princípios de democracia representativa, através do qual os cidadãos faziam inscrever seus direitos no coração do Estado, ou seja, na Constituição. Não se pretende, em verdade, a desregulação da sociedade, mas sim, a relocação da atividade legislativa, através da transferência de importante parcela das funções desempenhadas pelo Poder Legislativo para o espaço das relações contratuais. Neste contexto, a emergência de uma ideologia própria do Poder Judiciário – a partir do espaço em branco deixado pela textura aberta dos valores e princípios constitucionais – apresenta-se como um mecanismo de defesa de um organismo sob ataque, o Estado. Os princípios e valores constitucionais passam a

ser utilizados pelo Poder Judiciário como meros símbolos auto-legitimantes de uma retórica vazia, sintomática da repressão coletiva imposta à cidadania pelo neoliberalismo. O choque das ideologias se constitui em fenômeno fecundo das paixões humanas, no qual o racionalismo não tem qualquer relevância, pois o que conta é o prazer narcisista da própria irracionalidade, ou seja, múltiplas imagens projetadas no vazio, como quando se colocam dois espelhos frente à frente. À fria racionalidade da economia se responde com uma ideologia judicial fundada na proteção dos direitos fundamentais, exercida através de um discurso de amplificação da normatividade dos direitos sociais e econômicos, o que permitiria ao juiz formular, executar e fiscalizar as políticas públicas do Estado, a partir de seu ponto de vista pessoal. Como as ideologias não estão ancoradas em argumentos racionais, mas se constituem em um eco que se reproduz no infinito a partir de um pensamento original, a racionalidade jurídica não se inscreve neste processo; muito ao contrário, às novas ideologias se contrapõem novas contra-ideologias⁵⁸⁶. Neste cenário, digladiam-se juristas que sustentam a máxima intervenção judicial no controle das políticas públicas e os que defendem a impossibilidade de qualquer tipo de intervenção, sempre a partir de uma ideologia que aprisiona os atores sociais entre os dois extremos. A hipertrofia do Poder Judiciário é, contudo, democraticamente tão indesejável quanto sua indolência.

⁵⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 1-17, jul. 1993, p. 11. "A ideologia é uma forma de paixão que pressupõe a renúncia ao prazer (o prazer de sentir que se pode enfrentar a realidade com respostas imprevisíveis pela construção de um campo simbólico assumido como objeto da própria necessidade. A alienação como sinônimo da perda de todo direito sobre a própria atividade de pensar: uma obstrução passional da autonomia, o pensamento obrigado e o deslumbramento por um portavoz mítico que termina com um alucinado poder de vida sobre o sujeito aprisionado."(trad. livre)

A necessidade de uma definição clara dos limites da intervenção judicial não pode se dar, portanto, somente no plano ideológico – muito embora a ideologia, compreendida como expressão da busca de uma sociedade ideal, forneça vigorosos argumentos em prol da evolução social – mas deve agregar ao debate jurídico elementos concretos de política, da moral e da sociologia.

Entre a ausência completa de limitações à atividade judicial e a supressão de qualquer margem de intervenção do Poder Judiciário, por conta de uma dogmática restritiva, existe um enorme espaço ainda não preenchido pela doutrina nacional. Os dois extremos do debate são conhecidos. Os defensores de um ativismo judiciário sustentam que a atual relação entre os Poderes da República deve ser redimensionada, a partir da insubsistência da democracia do tipo representativo, do que resulta um Judiciário como superpoder. No outro lado, os legalistas defendem que os juízes devem obediência à lei estrita, pois a maleabilidade dos valores e princípios constitucionais pelos juízes permite a manipulação ideológica do próprio conteúdo da Constituição.

O presente capítulo tem por objetivo ocupar parcela deste espaço em branco existente entre os dois extremos, fornecendo elementos concretos de defesa de uma intervenção judicial orientada para a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, concertando princípios de democracia participativa e representativa. Sobre o tema, Gesta Leal sustenta que

(...) a idéia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos

instrumentos políticos de participação (por exemplo, as chamadas organizações populares de base), que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo⁵⁸⁷.

Assinale-se, desde logo, que o exercício dos direitos fundamentais em face do Estado demanda, basicamente, dois tipos de prestação estatal, quais sejam, prestações de natureza normativa – para as quais se revela imperiosa a regulação através da lei ou ato normativo – e prestações de natureza material, geralmente vinculadas à implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo⁵⁸⁸. Num segundo momento, impõe-se a análise do conteúdo das pretensões envolvidas, diante da já tradicional divisão entre pretensões normativas e materiais que gravam o Poder Executivo, na execução das políticas públicas. Neste espaço, uma nova distinção se revela importante, diante do texto constitucional, o que distingue as políticas públicas de conteúdo social e econômico. Existem, portanto, (a) prestações materiais que decorrem da implementação de políticas sociais, em face da Administração Pública, as quais demandam investimentos diretos da própria Administração em favor do cidadão; (b) prestações materiais que decorrem da implementação de políticas econômicas, as quais também dependem de uma atuação positiva da Administração, mas em face de terceiros, especialmente no que

⁵⁸⁷ GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 212.

⁵⁸⁸ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 31. Segundo o autor, “Há direitos fundamentais cujo objeto se concentra em uma prestação jurídica, isto é, a edição de normas punitivas, premiaias, de processo ou de organização pelo Estado, sem as quais esses direitos não podem ser exercidos por parte dos cidadãos (direito à propriedade, acesso à justiça etc.). Indo mais além, os direitos sociais são direitos a prestações materiais do Estado, concebidos para atenuar as desigualdades de fato na sociedade”.

tange ao papel das concessionárias de serviços públicos; (c) prestações normativas que decorrem da implementação de políticas sociais; e (d) prestações normativas que decorrem da implementação de políticas econômicas.

As duas últimas consistem no objeto do presente capítulo – razão pela qual se fala de atividade administrativa do Poder Judiciário, uma vez que demandam a prática de atos afetos à Administração⁵⁸⁹, na execução das políticas públicas – e as duas primeiras serão objeto do capítulo subsequente, quando então se fala em uma atividade legislativa do Poder Judiciário, ocasião em que as decisões judiciais assumem uma função reguladora.

No primeiro caso, objeto do presente capítulo, as prestações de natureza normativa podem ser exigidas na via das ações de controle concentrado de constitucionalidade ou na via das ações civis públicas, quando então a sentença/decisão judicial terá uma natureza normativa, visando regular de forma concreta, mas genérica, o exercício dos direitos fundamentais. A insuficiência dos mecanismos tradicionais de controle concentrado da omissão normativa do Estado decorre dos limites impostos pela própria Constituição, sendo certo que a utilização das ações civis públicas, nesses casos, é que se revela como novidade.

⁵⁸⁹ FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 324-337, jun. 1995. O autor ensina (p. 324) que “Denominam-se atos administrativos aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos no exercício das atividades de administração (peculiares, em relação aos atos jurisdicionais ou legislativos), cuja regência, até mesmo quando envolvem, de maneira oblíqua, atividade de exploração econômica, há de ser matizada por normas juspublicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada por uma subordinação a relevantes princípios concorrentes para o interesse público, à luz dos quais se estrutura toda a rede de conceitos administrativistas, notadamente o de relações jurídico-administrativas”.

A ação civil pública, diante da natureza *erga omnes* da sentença de procedência do pedido (Lei 7.347 de 1985, art. 16, *caput*) pode consistir num instrumento legítimo de exercício de uma atividade legislativa pelo Poder Judiciário. O conteúdo da sentença de procedência do pedido pode assumir as características de generalidade e abstração⁵⁹⁰ que geralmente distinguem os atos normativos (lei/regulamento) dos demais atos jurídicos, possibilitando que pretensões individuais, fundadas na hipótese abstrata descrita pela sentença judicial, sejam atendidas pela Administração Pública e pelo particular, sob pena de sua imposição coativa. Trata-se de verdadeira atividade legislativa⁵⁹¹ exercida

⁵⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Idéias e instituições na modernidade jurídica. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 30, ano XVI, p. 17-23, jun. 1995, p. 18. "O princípio da generalidade implica que a regra jurídica é preceito de ordem abrangente, que obriga a um número incontestado de pessoas que estão em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata porque objetiva alcançar um maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos e acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social. Por sua vez, a coercibilidade é a possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida para constringer ou induzir à obediência de condutas a serviço das instituições em geral. Por último, o princípio da impessoalidade refere-se à situação de 'neutralidade' diante da particularidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de se estender a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado. Certamente que tais princípios de abstração, generalidade e impessoalidade têm no modelo liberal-individualista 'um significado ideológico, o de ocultar a desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei."

⁵⁹¹ A atividade legislativa consiste em expressão de um poder político consistente em inovar a ordem jurídica, a partir de critérios de conveniência legislativa, fixando normas cogentes de comportamento (princípio da legalidade), de natureza geral e abstrata, as quais serão cumpridas mediante o uso da força do Estado. Esta função, muito embora esteja tradicionalmente afeta ao Poder Legislativo, o qual por força do art. 2º da CF de 1988 detém a atribuição legislativa, não é exclusiva, na medida em que outras instâncias de poder político também passam a exercer, no Estado contemporâneo, uma função reguladora de natureza geral, adotando-se, portanto, uma concepção lata do princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, I). Historicamente, as atribuições legislativas estavam afetas a um órgão político que representasse a soberania popular, através da lei. John Locke (**Segundo tratado sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem e extensão do Governo civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1978. Coleção "Os pensadores") sustenta, por exemplo (p. 92), que "Esse poder Legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente escolhido e nomeado pelo público; por que sem isto não teria o que é absolutamente

pelos juízes⁵⁹², especialmente nos casos em que declaram, para o caso concreto, a inconstitucionalidade das omissões – parciais ou totais – dos demais Poderes em sede normativa.

A sentença judicial também poderá substituir a atividade da Administração Pública em caso de injustificável omissão, especialmente no tocante à proteção do princípio da isonomia entre os cidadãos, bem como em substituição da atividade normativa desempenhada pelas agências reguladoras da prestação de serviços públicos.

Nestes casos, o autor da ação civil pública, na proteção de um interesse difuso, irá buscar um provimento judicial que sancione a omissão do Poder Público em implementar obras e serviços públicos em observância de um dever genérico previsto na Constituição. Nos casos em que o Poder Público pratica um ato administrativo em desconformidade com a lei, a revisão judicial se apresenta como

necessário à sua natureza de lei; o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida”. Já Montesquieu (**O Espírito das leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001) sustenta a existência de um corpo legislativo, de cunho permanente, o qual expresse a ‘vontade geral’, escolhido entre representantes do povo, porque o exercício direto da atividade legislativa se revela impossível, por razões de ordem prática e de lógica, porque o exercício direto impede a discussão. O povo (consoante critérios específicos, ligados por exemplo à fortuna do eleitor), segundo o autor, deveria ter direito de eleger seus representantes, os quais deveriam ser substituídos através de escolhas periódicas de molde a evitar a corrupção.

⁵⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 285. Consigna o autor que “as prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da possibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma reserva do possível, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível de Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positividade desses direitos, ou seja, a sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa”.

uma atividade tradicional do Poder Judiciário, não havendo qualquer novidade nesta matéria. O que existe de novo é uma atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário em substituição de uma função constitucionalmente deferida aos demais Poderes, nos casos de omissão, através de um sistema de controle político que inclui as ações diretas de controle de constitucionalidade e as ações civis públicas. Uma das principais causas do incremento desta nova atividade, como lembra Cancellier de Olivo, consiste na própria “expansão do Direito Legislativo”⁵⁹³, o que conduz a um intenso controle da atividade legislativa, na via do controle de constitucionalidade, o mesmo podendo-se dizer da hipertrofia das funções desempenhadas pelo Poder Executivo.

Existem, portanto, duas frentes de atuação do Poder Judiciário contemporâneo no Brasil, ou seja, atividade de controle de função normativa dos demais Poderes e atividade de controle da função administrativa do Poder Público. Este controle também pode ser considerado em relação ao objeto, motivo pelo qual se pode distinguir a ação civil pública para a tutela dos interesses difusos, coletivos e direitos⁵⁹⁴.

⁵⁹³ CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, ano XXI, v. 41, p. 83-112, dez. 2000, p. 86.

⁵⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 345. Nas palavras da autora: “O controle de constitucionalidade feito pelos Tribunais Constitucionais se constitui em verdadeiro instrumento de inovação constitucional, devendo existir equilíbrio entre fidelidade à vontade do constituinte e à criatividade judicial.” Todavia, ao se sustentar a existência de uma atividade legislativa do Poder Judiciário, em sede de ações coletivas, não se trata tão-somente do controle difuso da constitucionalidade das leis, o qual representa apenas parcela da questão, mas antes de uma atividade positiva, em substituição da omissão do Poder competente no uso de sua atribuição legislativa. Finalmente, não se pode olvidar que a decisão judicial, enquanto ato de expressão da vontade do juiz, já no modelo Kelseniano permitia ampla margem à criatividade judicial, permitindo que o juiz ‘faça a lei para o caso concreto’. Também não se trata deste ato de concretização, na

4.2 DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA E JUDICIAL

A atividade legislativa desempenhada pelo Poder Legislativo se assenta na representatividade popular e no princípio da separação dos Poderes⁵⁹⁵, segundo o qual incumbe ao legislador, com primazia, a escolha do momento e do conteúdo da atividade legislativa. A supressão destas duas prerrogativas da atividade legislativa implicaria seu completo esvaziamento, com a conseqüente erosão de importante parcela da soberania constitucional. Eventuais problemas de ordem prática – tais como o fato de que no atual modelo eleitoral brasileiro o custo das campanhas políticas é elevado, o que conduz a uma vulneração do princípio da soberania popular – não têm o condão de retirar do interior do Congresso Nacional sua responsabilidade política. Contudo, esta discricionariedade política na escolha dos meios através dos quais irá atuar esbarra nas limitações impostas pelo próprio constituinte, o qual infundiu ao Poder Legislativo determinados deveres, em face dos quais a omissão poderá ser reputada como contrária à Constituição, autorizando a intervenção judicial.

medida em que a decisão judicial, em sede de ação civil pública, assumirá a generalidade e abstração inerente à própria lei, motivo pelo qual o fenômeno decisional concreto não consiste, de forma direta, em objeto de nosso estudo.

⁵⁹⁵ *Idem, ibidem*. p. 337. “A regra geral é a de que os tribunais, e em particular os tribunais de justiça constitucional, se devem refrear de tomar em consideração os ‘factos legislativos’, Os princípios da ‘separação dos Poderes’ e do ‘Estado de direito’ impedem que os Tribunais entrem a valorar as ‘escolhas legislativas’. Só quando o exercício do poder legislativo se aproxima perigosamente de uma ‘área constitucionalmente proibida’ (‘reserva de constituição’), como no caso dos direitos, liberdades e garantias, a relevância dos factos legislativos se tornaria crucial, não podendo então nenhuma decisão individual ser isolada em consideração desses factos. O tribunal passa a controlar a justificação ofertada pelo legislador.”

Os limites desta intervenção, no caso brasileiro, já foram definidos através da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal, especialmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458-DF (relator Ministro Celso de Mello)⁵⁹⁶, tendo-se fixando o entendimento de que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão não incumbe ao Poder Judiciário substituir uma atividade normativa do legislador.

O momento para o exercício do ato legislativo também depende de um ato de vontade política, uma vez que não existe instrumento apto para obrigar o legislador a exercer sua atividade, ressalva feita à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988) a qual apenas demarca o termo inicial do período da mora legislativa⁵⁹⁷.

4.3 LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Através da ação civil pública, o autor pode buscar um provimento judicial que se aplique em favor de todos os cidadãos, de forma indistinta, desde que

⁵⁹⁶ Publicado no DJ de 20.09.1996. Do voto do relator se extrai que “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.”

⁵⁹⁷ Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4, ajuizada junto ao Supremo Tribunal, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a MP 2.019/2000 (a qual fixa o valor do salário mínimo) se estabeleceu discussão acerca da possibilidade de propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental nos casos em que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se revelasse como insuficiente para sanar a inconstitucionalidade, tendo o relator Ministro Néri da Silveira conhecido da ação. Tendo em vista o empate na Corte, os atos foram conclusos à Ministra Ellen Gracie, onde permanecem até a presente data (16.06.2004) segundo consulta feita na página do Supremo Tribunal na internet (<www.stf.gov.br>)

preenchidos os requisitos que o juiz reputa necessários ao exercício do direito subjetivo público. Neste caso, somente os interesses difusos e coletivos serão passíveis de proteção, uma vez que os direitos individuais homogêneos serão objeto de ações de natureza condenatória. Já na proteção dos interesses difusos e coletivos a sentença judicial pode ser de natureza mandamental, de forma a outorgar uma proteção específica de um direito subjetivo público outorgado em favor de todos os cidadãos na Constituição.

As decisões judiciais, quando amparadas em valores da Constituição, passam a desempenhar o papel destinado tradicionalmente à lei. O espaço de tomada de decisões políticas passa a ser compartilhado entre o Legislativo e o Judiciário. Esta atividade legislativa do Poder Judiciário não se revela incompatível com a Constituição Federal, na medida em que o próprio legislador está vinculado à lei e à Carta de 1988. Pode-se vislumbrar as seguintes hipóteses: (1) atividade legislativa no controle específico das omissões administrativas na execução das políticas públicas; (2) atividade legislativa no controle específico das omissões normativas na execução das políticas públicas, a qual se divide em controle da omissão normativa do (2.1) Executivo e do (2.2) Legislativo; e (3) atividade legislativa no controle genérico da execução das políticas públicas.

O interesse jurídico do autor coletivo estará assentado em três pressupostos básicos: (i) o direito público (coletivo ou subjetivo) depende de regulação normativa para seu efetivo exercício; (ii) o direito público está previsto na Constituição Federal; (iii) o exercício de um direito público ainda não foi regulado por lei ou ato normativo.

Existem, ainda, dois requisitos específicos: 1º) inexistência de reserva da lei⁵⁹⁸; e 2º) indicação clara da fonte de financiamento, ou seja, de onde o Administrador Público deve retirar os recursos indispensáveis ao cumprimento da decisão judicial.

Estes pressupostos devem estar presentes de forma concomitante, sem os quais o juiz não poderá dar amparo judicial à pretensão do autor coletivo, sob pena de afronta ao texto constitucional. Nos casos em que o exercício de um direito subjetivo público já foi regulado através de lei ou regulamento não cumpre ao Poder Judiciário exercer esta atribuição, podendo, no máximo, exercer o controle de constitucionalidade deste ato normativo. A competência legislativa do Poder Judiciário assume, portanto, natureza concorrente com a outorgada aos demais Poderes pelo constituinte de 1988.

4.3.1 Distinção entre direitos subjetivos públicos e interesses juridicamente protegidos

Neste ponto, revela-se importante a distinção entre os direitos subjetivos públicos e os interesses juridicamente protegidos⁵⁹⁹, na medida em que os primeiros

⁵⁹⁸ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 70. O autor analisa, de forma minudente, a importância do princípio da reserva da lei na Constituição espanhola de 1978, uma vez que na Espanha existe uma discussão doutrinária acerca da possibilidade de regulação dos direitos e liberdades públicas – o que em nossa Carta equivale aos direitos fundamentais individuais previstos no art. 5º – através de decreto-lei, motivo pelo qual sustentamos a importância deste princípio no cenário constitucional brasileiro, na medida em que não existe qualquer vedação explícita à regulação dos direitos fundamentais individuais e sociais que demandam intervenção legislativa (normas de eficácia contida) através de medidas provisórias previstas no art. 62 da CF/88 (com a redação conferida pela EC 32/2001). A reserva legal vale como limite da atividade judicial, e também como limite da atividade normativa do Poder Executivo.

⁵⁹⁹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Op. cit.*, p. 163. Assinala o autor que “As normas programáticas têm por objeto imediato a imposição de um fim público a ser perseguido pelo Estado, gerando para este um dever de não se desviar do programa traçado constitucionalmente. Reflexamente, essas normas geram interesses legítimos para os indivíduos que possam ser de

consistem num nexó de imputação jurídica que liga o titular ao Estado, outorgando-lhe o poder de exigir do Estado uma prestação positiva. Os direitos subjetivos públicos estão historicamente ligados a uma doutrina positivista assentada na soberania do legislador, a partir de uma concepção estatalista do direito público. Segundo esta concepção, o particular pode opor direitos em face do Estado-administração, desde que reconhecidos pelo Estado-legislador, do que resulta que a criação destes direitos somente poderia derivar de uma vontade política que convergisse com os interesses do Estado⁶⁰⁰. No segundo caso, os interesses juridicamente protegidos se assentam em deveres genéricos impostos ao Estado, mas para os quais não foi reconhecida uma pretensão direta do cidadão em face do Estado, motivo pelo qual sua exigência tradicionalmente se dará através de sanções de natureza política e não judicial⁶⁰¹. O interesse juridicamente protegido não

alguma forma beneficiados, do ponto de vista prático, pela sua observância. O interesse legítimo é, todavia, uma situação subjetiva individual, que surge em decorrência do interesse público tutelado pela norma programática”.

⁶⁰⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 48.

⁶⁰¹ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 252. O autor apenas faz a distinção entre direitos subjetivos públicos fundados em “prestações em sentido amplo”, os quais se apresentam como deveres infundidos ao legislador (prestações normativas do Estado), no sentido de regular determinados temas e direitos subjetivos públicos fundados em ‘prestações em sentido estrito’, quando então atribuem ao Estado (...) o dever jurídico de, em as satisfazendo, erradicar as distorções econômicas e sociais produzidas na sociedade”. Todavia, existem (como veremos) prestações em sentido amplo, tanto no âmbito normativo como no administrativo, assim como existem prestações específicas, que demandam a prática de atos reguladores-normativos e administrativos. Geralmente, o dever normativo está associado a interesses juridicamente protegidos, de caráter genérico, os quais não permitem a propositura de uma ação judicial em face do Poder omissivo, o que, de forma alguma, elide a existência de deveres normativos de natureza específica, com base na regulação do exercício de um direito outorgado em benefício de apenas um segmento da população, como, por exemplo, o art. 8º do ADCT da CF/88 (“§ 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19.06.1964, e n. S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”). Os atos administrativos, por sua vez, poderão ter caráter individual, nos casos em que a própria Constituição outorga um direito subjetivo público ao cidadão,

representa a face objetiva de um direito subjetivo, uma vez que ambas as categorias se constituem em instrumentos distintos de tutela de bens jurídicos, com distintos graus de proteção outorgada pelo legislador/constituente.

A lei tradicionalmente outorga o direito de ação em favor da proteção dos direitos do proprietário, sendo que a lei processual civil exige, como regra geral, coincidência plena entre o titular da relação jurídica de direito material e o legitimado ativo para a ação. O direito de ação se funda numa pretensão de direito material, uma vez que o autor somente terá direito à apreciação do mérito do pedido quando demonstre ser o titular da relação jurídica de direito material. Em muitos casos a declaração judicial acerca desta peculiar condição se constitui no próprio mérito do pedido, como, por exemplo, nas demandas que discutem o domínio de um bem. Este postulado em nada elimina o direito constitucionalmente garantido de apreciação de uma lesão ou ameaça a direito, alegada pelo autor, junto ao Poder Judiciário. José Reinaldo Lopes, em alentado estudo do tema, procede à minuciosa análise histórica da evolução do instituto da propriedade e sua relação com o conceito de direitos subjetivo, para afirmar que

no século XVII (ca. 1610) para Francisco Suárez o direito já se transformou numa faculdade, um poder moral do homem sobre sua propriedade e seus créditos. Já não é mais, principalmente, a coisa justa. Para Hugo Grócio (1625) no seu **De Iure Belli ac Pacis**, o direito é uma qualidade moral que dá competência ou aptidão (*facultas, competens, aptitudo*). Explicando o *suum quique tribuendi* dos romanos, diz que há uma *facultas* com três faces: a potestas sobre si ou sobre outros, é a *libertas*; b) *dominium* sobre as coisas; c) *creditum* sobre o que lhe é devido⁶⁰².

ou então um caráter geral, quando o constituinte impõe um dever específico ao Poder Executivo, o qual deverá implementar um programa social, universal e gratuito, já previsto na Constituição.

⁶⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143, p. 119. O autor recorda, ainda, em outra passagem

Os interesses juridicamente protegidos não estão assegurados através da outorga do poder de promover uma ação judicial em face da omissão do Estado, uma vez são objeto do exercício da margem de discricionariedade política dos governos eleitos, outorgando ao Poder Público os meios necessários ao cumprimento deste dever, tais como o poder de tributar. Esta primeira categoria de proteção dos direitos fundamentais não permite a propositura de qualquer ação judicial visando o exercício de um ato de vontade política do Poder Executivo. Ao promover uma ação civil pública visando a implementação de um programa social não previsto em lei ou na Constituição, o autor da ação coletiva estaria substituindo uma atividade política discricionária do governante eleito.

O cumprimento dos deveres constitucionais, respaldados em interesses objetivamente protegidos dos cidadãos, funda-se na ameaça de aplicação de sanções de natureza política, tais como as constantes no art. 85 da CF/88 (crimes de responsabilidade do Presidente da República) ou mesmo pelo juízo de censura que emerge das urnas. Os direitos de natureza social serão exercitados, segundo o art. 6º, *caput*, da CF/88, nos termos impostos pelo próprio constituinte. Canotilho, ao abordar a eficácia dos direitos sociais previstos nas Constituições contemporâneas, muito embora reconheça a necessidade de inserção de direitos sociais, econômicos

(p. 140), que a intervenção judicial em seu modelo tradicional se faz a partir de um modelo individual, ou seja, fundado nos postulados de justiça comutativa, enquanto que no controle das políticas públicas o Judiciário atua dentro de um sistema fundado na justiça distributiva. Esta concepção se aproxima da diferença estabelecida por Dworkin entre princípios e políticas, sendo certo que somente através de ações coletivas se pode implementar uma política pública, além do que as demandas de natureza individual não podem ser julgadas com base em fundamentos de natureza política, mas, sim, estritamente individual.

e culturais nas Constituições, como forma de proteção do desenvolvimento da pessoa humana, adverte que

*(...) uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos económicos, sociais e culturais*⁶⁰³.

O constituinte também pode vincular um programa social através de uma norma constitucional específica, impondo ao Poder Executivo a sua implementação, mas sem que outorgue um direito subjetivo individual ao cidadão. Trata-se da categoria dos interesses objetivamente protegidos, exercitáveis somente na via coletiva em face do Estado, pois somente de forma indireta tutelam um direito subjetivo público do cidadão. A proteção estatal destes interesses representa, portanto, um direito difuso ou coletivo, na medida em que o programa a ser implementado atenderá, de forma universal e gratuita, a todos os cidadãos. A impossibilidade de sua tutela a título individual resulta da natureza indivisível de seu objeto, razão pela qual o constituinte de 1988 não outorgou um direito subjetivo público ao cidadão.

Todavia, o constituinte, ao prever um dever genérico de proteção estatal, poderá assegurar desde logo seu cumprimento através da proteção judicial, quando então outorga um direito subjetivo público individual aos cidadãos beneficiados, nos

⁶⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, p. 7-17, abr./jun 1996, p. 15. O autor cita, como exemplo, o caso da consagração hipotética à gratuidade universal do acesso ao ensino em todos os seus níveis, a partir de um direito constitucionalmente protegido de acesso a todos os graus de ensino, o que, segundo o autor, poderia lançar a Constituição nas querelas dos “limites do estado social” e da “ingovernabilidade”.

termos da Constituição. Poderá, portanto, prever um programa de proteção social, investindo os cidadãos na prerrogativa de promoverem ações individuais que visem impor ao Estado uma prestação estatal específica e destinada apenas ao caso concreto. A tutela poderá se dar a título individual, inclusive através do mandado de segurança, ou mesmo coletivo, através de ações civis coletivas. Neste último caso, a revisão judicial se dará em face de um ato administrativo, o qual nega o exercício de um direito subjetivo público no caso concreto ou então em face de um ato normativo, quando então o Poder público se omite na regulação deste direito⁶⁰⁴.

Existem, portanto, três graus de proteção constitucional de bens sociais, quais sejam: 1º – os interesses juridicamente protegidos ou direitos públicos de conteúdo genérico; 2º – os direitos públicos de conteúdo específico; 3º – os direitos subjetivos públicos de conteúdo específico.

No primeiro caso, não cabe a intervenção positiva do Poder Judiciário. No segundo caso a intervenção judicial se revela possível, através das ações coletivas, mas com a ressalva dos casos de omissão normativa do Poder Legislativo, quando o constituinte reserva esta atividade, de forma privativa, ao legislador (princípio da reserva da atividade legislativa). No terceiro caso, a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela possível, seja através de ações coletivas como individuais.

⁶⁰⁴ O legislador poderá intervir, de forma facultativa, na implementação de programas sociais já previstos pelo constituinte, os quais outorgam direitos subjetivos públicos em favor do cidadão, podendo ampliar o programa, indicando as fontes de financiamento, mas jamais para limitar o exercício deste direito. Poderá, ainda, regular a matéria nos casos em que os ônus da execução de um programa de proteção social devam ser suportados pelo particular, em decorrência do princípio da legalidade. Geralmente, a atividade normativa é desempenhada pela própria Administração Pública, nos termos do art. 84, VI, “a”, da CF/88, nos casos em que o programa social tenha de ser implementado pelo próprio Estado, uma vez que as fontes de financiamento dos programas já se encontram previstas na CF/88, não havendo, pois, aumento de despesa.

4.3.2 Requisitos específicos da atividade legislativa do Poder Judiciário

Nos casos em que o constituinte de 1988 outorga um direito subjetivo público – como, por exemplo, o direito de greve em favor do servidor público⁶⁰⁵ – mas sujeita o exercício deste direito à ulterior atividade legislativa (reserva da atividade do Poder Legislativo), o juiz não poderá interferir de forma positiva ante a omissão normativa. À omissão do cumprimento deste dever corresponde uma solução constitucional exclusiva, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Constituição Federal de 1988, art. 103, § 2º).

O Poder Judiciário se encontra limitado nestes casos por uma opção política do constituinte. Não existe a possibilidade de utilização da ação civil pública como substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de ofensa à solução alvitrada pelo constituinte. A criatividade judicial deve ser exercida com a máxima prudência nestes casos, uma vez que se encontra em sede de um debate constitucional, onde o equilíbrio político entre os Poderes da República é indispensável. Muito embora o estudo dos sistemas judiciais estrangeiros possa ser revelar útil, enquanto argumento teórico, não se pode desconsiderar a necessidade de adoção de um modelo adequado a nossa realidade atual e ao papel tradicionalmente desempenhado pelo Poder Judiciário. Os saltos argumentativos devem-se fazer acompanhar de soluções pragmáticas que atendam à realidade nacional, motivo pelo qual a aplicação do cabedal doutrinário europeu e norte-

⁶⁰⁵ CF/88, art. 37, VII: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”. O mesmo sucede no tocante ao direito de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, em relação ao qual o constituinte de 1988 outorgou competência privativa ao legislador ordinário (CF/88, art. 37, X).

americano deve ser recebida com algumas cautelas, através de um processo de aclimatação teórica.

A invasão de uma competência atribuída a um dos Poderes da República pode representar um impasse constitucional, o que de modo algum se coaduna com os objetivos da CF/88 e com o incipiente processo de redemocratização do Brasil. As atividades do juiz, a exemplo das desenvolvidas pelos membros dos demais Poderes, estão limitadas pela Constituição Federal, motivo pelo qual sua incursão em atividade privativa dos demais Poderes deve ser reputada como inconstitucional.

4.4 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA NORMATIVA

As ações que visam proteger bens de natureza infungível e nas quais se demanda um ato de vontade por parte do réu – sendo impossível a execução através da prática de atos de sub-rogação – assumem a natureza mandamental, na medida em que se pede ao juiz a expedição de uma ordem. Esta ordem pode estar endereçada à solução de um caso concreto ou ainda pode assumir a função de assegurar o exercício de um direito em favor dos casos futuros. No primeiro caso, a sentença beneficia somente o autor individual da ação, o qual fará cumprir a ordem judicial. No segundo caso, o autor coletivo irá buscar uma ordem aplicável a todos os casos futuros que possam surgir, ou seja, que regule de forma abstrata e genérica o exercício de um direito previsto na Constituição. Os direitos subjetivos públicos outorgados pela Constituição e que ainda não encontram regulação através de lei ou

regulamento correspondem, então, a direitos de natureza difusa, outorgados a todos os cidadãos de modo indistinto. A sua regulação beneficiará a todos os cidadãos, de modo que resulta clara a impossibilidade de sua regulação somente para o caso individual, através do mandado de injunção, o qual tem por finalidade declarar a mora legislativa.

Muito embora o indivíduo possa dispor do exercício deste direito, não poderá renunciar o conteúdo material do direito. A faculdade de exigir uma prestação positiva por parte do Estado nada tem a ver com o direito assegurado pela Constituição. O fundo do direito coletivo é irrenunciável, muito embora seu exercício individual possa ser recusado pela parte beneficiada por absoluta falta de interesse⁶⁰⁶.

A sentença de procedência do juiz na ação civil pública será, então, utilizada por todos aqueles que preencham os requisitos jurídicos previstos na sentença, a qual irá regular os direitos subjetivos públicos que emergem diretamente da Constituição, assumindo, assim, as funções equivalentes às conferidas à lei/ato normativo, ou seja, uma injunção judicial dirigida ao Poder Público ou mesmo ao particular.

⁶⁰⁶ O constituinte pode prever, ainda, um direito coletivo em favor de um grupo determinado de cidadãos, ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica específica, de origem legal, onde prepondera o interesse público sobre o privado, tendo em vista as funções desempenhadas por esta classe de pessoas ou sua debilidade jurídica. Estes direitos também são irrenunciáveis do ponto de vista coletivo, muito embora sejam disponíveis do ponto de vista individual, bastando que o beneficiado deixe de exercer uma faculdade outorgada pela lei. O tratamento processual a ser dado a estes direitos difusos e coletivos considera a indivisibilidade de seu objeto e a irrenunciabilidade de seu conteúdo. Os direitos individuais homogêneos, porque coletivos, também não podem ser objeto de renúncia coletiva, muito embora a parte possa renunciar ao seu conteúdo individualmente.

Este tipo de atribuição, em sede de controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil, não se revela como uma novidade. Uadi Lammêgo Bullos recorda que ainda no ano de 1951, o Supremo Tribunal brasileiro, na Reclamação n. 315, de 1953, em que foi relator o Ministro Ribeiro da Costa, conferiu ao acórdão caráter normativo, tornando-o aplicável a qualquer procedimento judicial ou administrativo⁶⁰⁷.

Esta sentença/decisão delimita, para os casos concretos, de que forma um direito subjetivo público previsto na Constituição Federal será exercido perante a esfera administrativa ou em face do particular⁶⁰⁸. A natureza jurídica das normas está fundada numa relação jurídica que liga o titular do direito a um determinado bem. A teoria dos direitos subjetivos está fundada no direito de propriedade, outorgando ao proprietário um poder de sujeição em face da comunidade jurídica. A necessidade de troca de bens e serviços impôs ao Estado a proteção das relações obrigacionais fundadas nos contratos, elaborados sob o signo da plena liberdade dos contraentes. A lei passa a outorgar ao contraente um poder de imposição da força do Estado em favor do cumprimento de uma obrigação, nos casos de resistência voluntária.

O paradigma da proteção absoluta da liberdade do proprietário subsistiu até o início do século XX, quando então a propriedade individual passou a ser vista dentro de um sistema coletivo. Inicialmente através da discussão em torno dos direitos de vizinhança, passando pela função social da propriedade na Constituição de Weimar,

⁶⁰⁷ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 102.

⁶⁰⁸ O particular poderá figurar como réu em ação civil pública, desde que a lei lhe imponha um dever, como, por exemplo, o de assegurar um número mínimo de vagas para deficientes numa empresa, ou ainda número mínimo de assentos para os idosos, quando então uma política social é executada pelo Poder Público através de uma limitação da liberdade do particular, em face do qual o beneficiário da medida possui um direito subjetivo público, uma vez que é a finalidade que caracteriza o direito envolvido.

um elevado número de limitações legais foram sendo erigidas, ao longo do tempo, no tocante ao exercício das prerrogativas inerentes à condição de proprietário. A necessidade de proteção dos bens coletivos impõe uma nova limitação aos direitos do proprietário, infundindo ao Estado o dever de sua proteção através de sistema específico de proteção, no âmbito material e processual.

O descumprimento de uma decisão judicial de natureza mandamental implica a aplicação de sanções de natureza penal⁶⁰⁹, especialmente quando se considera a natureza infungível dos bens sujeitos à proteção através das ações coletivas. As ações civis públicas, ao tutelarem direitos coletivos, podem regular temas que estão geralmente afetos à Administração Pública e ao Poder Legislativo, nos casos de omissão normativa das formas de exercício dos direitos subjetivos públicos outorgados pelo constituinte de 1988. Não se trata, obviamente, de regulação de uma lei para o caso concreto, atividade típica do Poder Judiciário, quando então transporta a norma do plano abstrato para a situação concreta a ser regulada. Nestes casos, já existe prévia regulação legislativa e ao juiz da causa incumbe, inclusive nas ações coletivas, aplicar a lei ao caso concreto, subsumindo os fatos que restaram comprovados na instrução à lei existente sobre o tema. A função judicial consiste, nesses casos, em assegurar cogentemente, através da decisão, a

⁶⁰⁹ O STJ (Quinta Turma), em data recente (acórdão publicado em 31.05.2004), no RHC 13.964-SP, relator Ministro Félix Fischer, decidiu que "I - A colocação de menor em abrigo é medida provisória e excepcional (ECA, art. 101, parágrafo único), devendo, em casos tais, ser o Juízo da Vara da Infância e da Juventude informado da aplicação de tal medida. II - O destinatário específico e de atuação necessária, fora da escala hierárquica-administrativa, que deixa de cumprir ordem judicial pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (CP, art. 330). O descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica). III - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o

observância dos efeitos jurídicos produzidos pela incidência da norma, o que se realiza através de um ato de vontade do juiz⁶¹⁰.

A sentença do juiz nas ações civis públicas para a tutela dos interesses difusos se ampara numa interpretação conferida a um direito subjetivo público previsto de modo expreso na Constituição. A regulação deste direito pode ser feita através da lei ou de um regulamento, numa atribuição concorrente e discricionária no tocante ao conteúdo e ao momento de seu exercício. A regulação legislativa consiste, pois, na expressão de uma vontade política, muito embora exista um dever impositivo atribuído pelo constituinte.

Existe, ainda, uma hipótese de atuação legislativa do Poder Judiciário nos casos em que a política social executada pelo Poder Executivo não está prevista em lei, mas decorre diretamente de um dever genérico previsto pela própria Constituição. O Poder Legislativo preconiza, neste caso, a implementação de determinados direitos sociais elegendo apenas um segmento da sociedade como alvo de sua política social – como, por exemplo, no atendimento do dever genérico de atender à saúde da população (CF/88, art. 196, caput) implementa um programa de aquisição pública de medicamentos contra a AIDS a serem ofertados aos cidadãos que se encontram infectados, em detrimento de outros segmentos da população, tais como os acometidos de tuberculose. Ao segmento da coletividade

delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa. Recurso desprovido.

⁶¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116. Hans Kelsen ensina que “A norma a ser executada, em todos esses casos, forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível.”

que restou preterido pela decisão do legislador deve ser resguardada a via de revisão judicial, nos casos em que se busque a proteção da isonomia prevista no *caput* do art. 5º da CF/88. Neste caso, através da ação civil pública a ser proposta não buscará a anulação da lei editada, mas sim, a extensão da proteção social concedida, dentro dos limites orçamentários disponíveis para este determinado programa. Nesta hipótese, o juiz teria de proceder a um exame acerca do próprio mérito do ato legislativo, verificando se, no caso concreto, a opção do legislador se revela compatível com a isonomia constitucional. A restrição de determinado segmento da sociedade a um programa social teria de ser justificada, sendo certo que a discricionariedade do legislador deve estar acompanhada da necessária justificação⁶¹¹. Nesta atividade, o Poder Judiciário poderá, inclusive, buscar informações de cunho técnico, acerca da opção adotada pelo Poder Legislativo, de modo a aferir se a negativa de extensão da proteção social é tecnicamente adequada, bem como sobre a capacidade concreta do orçamento público em suprir as necessidades do grupo preterido. Caso a limitação aos direitos fundamentais da parcela preterida da população se revele, no caso concreto, injustificável, bem como seja possível a extensão desta proteção social aos preteridos, o juiz deverá promover, através de uma sentença genérica, a extensão dos direitos previstos na lei. Neste caso, de modo algum o juiz poderá promover uma alteração na lei orçamentária anual vigente, diante da reserva outorgada em favor do Poder Legislativo, mas apenas determinar que o Poder Público estenda a proteção social,

⁶¹¹ ALTAMIRANO, Alejandro. La discrecionalidad administrativa en el procedimiento tributario. In: _____, **Direito Tributário**. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin. 2003. 2 v., v. I., p. 223-252, p. 250.

nos estritos limites da capacidade orçamentária já prevista em lei do ano em curso⁶¹².

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de maio de 2000) deixa aberta a única porta através da qual se revela possível a ingerência do Poder Judiciário na lei de orçamentária anual, quando menciona, em seu art. 5º que

o projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: (...) III – conterà reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

Alerte-se, ainda, para a hipótese na qual o programa social já se encontra implementado, mas sua efetiva execução vem sendo limitada pelo contingenciamento do orçamento. A liberação dos recursos financeiros disponíveis a uma determinada rubrica da lei orçamentária é um ato vinculado da Administração Pública, em respeito ao próprio Congresso Nacional. Diante de sua natureza vinculada, poderá ser revisado pelo Poder Judiciário em sede de ação civil pública, ação popular ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem prejuízo

⁶¹² CF/88, art. 167: “São vedados: (...) V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;”. A lei orçamentária anual é que irá prever as dotações destinadas a atender despesas de natureza contingencial, tais como as despesas derivadas de decisões judiciais. Caso a despesa assumida a natureza permanente, o Poder Executivo deverá elaborar a lei orçamentária anual dos anos subsequentes, tomando em consideração a sentença/decisão transitada em julgado. Ocorre que a iniciativa legislativa em matéria orçamentária é privativa do Executivo (CF/88, art. 165), devendo passar pelo Congresso Nacional (CF/88, art. 166, *caput*), de modo que qualquer determinação judicial se mostrará como ingerência na prerrogativa política do Poder responsável. Note-se que não se trata, neste caso, de débitos financeiros decorrentes de condenação em processo judicial, mas sim, da ampliação de um programa de proteção social, o qual implicaria substituição das atividades de governo, com a conseqüente anulação de despesa existente em favor das demais rubricas já aprovadas pelo Parlamento.

da responsabilização pessoal do agente político com a função de ordenador das despesas. Portanto, a declaração de incompatibilidade total da lei editada somente pode ser obtida na via do controle concentrado – ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal – mas a extensão da proteção social pretendida pode estar amparada no controle incidente.

Neste caso, o autor da ação civil pública buscará a ampliação do objeto a ser tutelado pela lei, havendo, portanto, clara atividade legislativa (positiva), com base na isonomia constitucional. Este controle incidental será operacionalizado através da interpretação conforme a Constituição ou da declaração parcial de nulidade sem redução de texto⁶¹³. Na interpretação conforme o juiz, ante a omissão involuntária do legislador, poderá ampliar o objeto de proteção social. Caso a vontade manifestada pelo legislador seja expressa no sentido de excluir parcela da população, em benefício da parcela atingida pela política social prevista na lei, o juiz não poderá proceder a um exame acerca do mérito da opção legislativa, dado o princípio da separação entre os Poderes. Neste caso, somente através do controle concentrado seria possível a exclusão da lei do ordenamento.

Na declaração parcial de nulidade, sem redução de texto, também o juiz não poderia se manifestar em sede de ação civil pública, exceção feita às hipóteses de dubiedade do texto de lei editado. A execução da lei, por parte da Administração

⁶¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 242. Sustenta o autor que a declaração, nos moldes do Tribunal Constitucional alemão, da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade se revela adequada para os casos de omissão parcial do legislador.

Pública, poderá ser levada a efeito a partir de uma interpretação restritiva de seu natural alcance, incompatível com a Constituição, de modo que cumpriria ao Poder Judiciário declarar, de forma incidente, a nulidade desta(s) interpretação(ões). Neste caso, não se trata de substituir a atividade do Poder Legislativo, mas apenas de examinar, sob o ângulo da constitucionalidade, a conduta da Administração.

No primeiro caso, ao ampliar o objeto de uma política social, estendendo-a ao segmento não atingido pela proteção social preconizada pelo legislador, o Poder Judiciário, através de sentença em ação civil pública, estará atuando como legislador positivo. A sentença genérica permitirá que todos os atingidos por sua eficácia se beneficiem de seu conteúdo, de modo a buscarem junto à Administração Pública a proteção social garantida em juízo. A negativa do administrador em atender a uma política já analisada pelo Poder Judiciário implicará ofensa à coisa julgada, impondo ao Poder Público as sanções previstas na própria sentença. Trata-se de sentença que contém uma obrigação de fazer (obrigação positiva) ou mesmo de natureza mandamental, dependendo do pedido formulado⁶¹⁴. No segundo caso, ao operar em sede de controle incidente de inconstitucionalidade, a sentença imporá à Administração Pública o cumprimento da lei com um determinado sentido, de modo a atender a parcela da população beneficiada pela medida, sendo que a expressão literal do texto de lei permanecerá intocada, muito embora a interpretação conferida pelo juiz da causa vincule a Administração Pública por força da coisa julgada.

⁶¹⁴ A execução não se faz de modo individual, mas sim, no interesse da coletividade atingida, de modo que cumpre ao juiz fixar uma sanção pecuniária para cada ato de descumprimento da medida, a ser noticiado nos autos. As sentenças de cunho mandamental assumem um grande significado neste contexto, pois se revelam como as únicas efetivamente aptas a assegurar a implementação imediata de uma dada política social. Em alguns casos, o autor da ACP requer a concessão de uma providência de cunho liminar antecipatório, na qual o juiz expede um provimento urgente de cunho

4.5 ATIVIDADE LEGISLATIVA ESPECÍFICA EM SUBSTITUIÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO

A atividade normativa do Poder Executivo, nos casos em que se utiliza da prerrogativa constante do art. 84, IV, da CF/98 (poder regulamentar) se assenta na necessidade de expedir os atos necessários à plena execução da lei editada, nas hipóteses de regulação de um direito social pelo Poder Legislativo. A complexidade técnica dos processos de tomada de decisões políticas e suas consequências jurídico-econômicas a longo prazo, retira parcela da competência legislativa tradicionalmente afeta ao Congresso Nacional. Nesse novo contexto, o Poder Executivo passa a desempenhar uma intensa atividade regulatória, especialmente nos espaços outorgados pelo próprio Poder Legislativo em sede de delegação de competências, concentrando poderes normativos e de execução, os quais impõem uma maior intervenção do Poder Judiciário. A atenuação da densidade normativa das leis, cada vez mais reduzidas a princípios e diretrizes, decorre, neste novo contexto, das dificuldades ao processo de formulação de prognoses legislativas⁶¹⁵. Muito embora a fixação de critérios técnicos para a execução das leis aprovadas seja de incumbência do Poder Executivo – diante da existência de quadros técnicos e das funções demarcadas pela Constituição –, a regulação dos direitos e deveres dos cidadãos somente decorre de lei, diante do princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, I). Como recorda Maria Paula Bucci, “o exercício de funções normativas pelo Poder

mandamental, motivo pelo qual o pedido da parte também deverá estar atrelado a uma sentença com eficácia preponderantemente mandamental.

⁶¹⁵ Cf. PIZZOLATTI, Rômulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Não publicada. Florianópolis, 2001, p. 176.

Executivo é noção que se encontra numa área cinzenta devido à necessidade crescente de instrumentos para uma ação ágil do governo”⁶¹⁶.

Na maioria dos casos, o Poder Executivo e seus agentes, a título de regulamentar um texto de lei aprovado, introduzem alterações substanciais em seu texto, expressa ou implicitamente não desejadas pelo Poder Legislativo⁶¹⁷, havendo clara invasão de competências que se resolve pela declaração de ilegalidade do ato regulamentador (decreto, portaria, ordem de serviço)⁶¹⁸. Ocorre que em muitos casos a norma regulamentadora se revela indispensável para a execução da lei, pois orienta os agentes do Poder Público sobre os reais limites impostos pela legislação. Declarada a ilegalidade do ato regulamentador – o que se processa no plano da validade, do que resulta a nulidade do ato administrativo regulamentar – a decisão judicial na ação civil pública é que irá definir os contornos jurídicos para o exercício do direito social previsto, assegurando aos cidadãos titulares dos direitos sociais

⁶¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 271. A autora sustenta, todavia, que “A origem normativa da política pública, mesmo que resulte de iniciativa legislativa do governo (Poder Executivo), é o Poder Legislativo. No entanto, diante da dimensão assumida hoje pelo fenômeno da normatividade do Poder Executivo, é de se pensar que o mais adequado seria a realização das políticas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Poder Legislativo”. Cumpre, porém, salientar que somente nos casos em que a execução de uma política pública demande a limitação de direitos fundamentais, através de “prestações normativas” se pode conceber uma atividade obrigatória do Poder Legislativo, pois nos demais casos ao Poder Executivo incumbe adotar, originariamente, as medidas de cunho administrativo necessárias à execução de uma política pública, através da implementação prática de programas sociais e econômicos, a partir de objetivos fixados diretamente pela própria Constituição. Não há, portanto, vinculação à prévia atividade do Poder Legislativo nos casos em que somente se pretende a obtenção de prestações materiais, ressalvada a análise feita pelo Poder Legislativo no que tange à lei orçamentária anual.

⁶¹⁷ Ressalte-se que, por esta razão, o Congresso Nacional, nos termos do art. 49 da CF/88, tem competência para “XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;” além de, “V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

⁶¹⁸ O conflito entre a norma regulamentar e a lei editada se resolve no plano da legalidade, sendo certo que o Poder Judiciário, ao controlar o conteúdo e a forma destes atos regulamentadores só de forma indireta, está protegendo a Constituição, ao delimitar a área de competência exclusiva do Congresso Nacional.

contidos na lei, as condições normativas necessárias ao seu exercício perante a Administração Pública⁶¹⁹.

Impende citar, finalmente, a título ilustrativo, o caso de uma determinada lei, a qual previsse a concessão da gratuidade do transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência ou idosos carentes⁶²⁰, os quais comprovassem hipossuficiência econômica, nos termos de regulamento a ser editado pelo Poder Executivo em prazo determinado⁶²¹. Em caso de omissão do Poder Público nesta hipótese, a sentença judicial em ação civil pública poderia simplesmente substituir o regulamento a ser editado pelo Poder executivo, pois não se trata de atividade sujeita ao princípio da reserva da Administração. Não se poderia falar em invasão de

⁶¹⁹ Veja-se o caso, por exemplo, de sentença em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, com eficácia em todo o País, a qual foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (autos da Apelação Cível 2000.71.00.030435-2-RS, relator Desembargador Federal Paulo Brum Vaz, publicado no DJ de 06.11.2002) tendo declarado a nulidade da Ordem de Serviço 600 do INSS, sob o fundamento de que “O INSS, ao vedar a conversão de tempo de serviço especial, segundo o disposto na Ordem de Serviço 600, exorbitou do poder regulamentar, dispondo de forma a alargar indevidamente conteúdo da lei regulamentar (Lei 9.032/95)”. A sentença confirmada determinou de que forma seria feita a conversão, do que resulta a atividade normativa do Poder Judiciário.

⁶²⁰ A Lei Federal 10.741, de 1º.10.2003 (Estatuto do Idoso), prevê, em seu art. 40, que “Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos; II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem às vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos. Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.”

⁶²¹ Lei federal 8.899/94: “Art. 1º. É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual. Art. 2º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação”.

Assim, também, o Estatuto do Idoso (Lei federal 10.741, de 1º.10.2003), o qual prevê, em seu art. 40, § 1º, cotas para idosos hipossuficientes nos meios de transporte coletivo interestaduais sujeitos à concessão. O art. 40 do Estatuto do Idoso foi regulamentado pelo chefe do Poder Executivo federal através do Decreto 5.130, de 07.07.2004. Em 23.07.2004 foi alterado o Decreto Presidencial 5.130/04, com a publicação do Decreto Presidencial 5.155/04, o qual alterou o art. 8º do anterior decreto, transferindo aos idosos os custos com pedágios, alimentação dos motoristas e custos de utilização dos terminais de ônibus, criando para os beneficiários do Estatuto do Idoso (idosos hipossuficientes) gravames financeiros não previstos em lei, por força exclusiva do *lobby* das empresas de transporte junto ao governo federal.

funções, na medida em que a função do Poder Judiciário, nestes casos, é de efetivo controle das políticas sociais, uma vez que o administrador está, neste caso, vinculado à lei.

4.5.1 Atividade regulamentadora com eficácia externa

A distinção entre os regulamentos editados nos termos do art. 84, IV, da CF/88 – que tenham por finalidade facilitar a execução da lei – e os regulamentos que prevejam a elaboração de dados de cunho técnico – sem os quais seria impossível o exercício de um direito subjetivo público – revela-se importante, pois indica os limites da atividade judicial.

No primeiro caso, o regulamento editado visa enunciar os procedimentos que deverão ser adotados pela própria Administração Pública e seus agentes em seu âmbito interno, enquanto que no segundo, a atividade produz eficácia contra os particulares, os quais terão de atender aos requisitos técnicos previstos.

Neste último caso, a atividade judicial encontra limites naturais, consistentes na própria formulação da lei que conferiu o direito, motivo pelo qual o juiz terá de exercer seu ofício com criatividade, servindo-se de dados técnicos, para fins de elaborar uma decisão que atenda ao direito previsto em lei. Poderá, inclusive, se utilizar de perícias técnicas⁶²², nos casos em que o exercício do direito estiver

⁶²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 249. Mancuso recorda que, nestes casos, “se não é desejável que o juiz aplique os seus próprios critérios de valoração do interesse público, então é preciso dotar o

condicionado à demonstração de dados que extrapolam o universo normativo e que pertencem ao mundo físico. Ressalve-se, todavia, as hipóteses em que somente a Administração Pública tem as condições necessárias à elaboração da norma, quando então haverá um impedimento natural em desfavor da atividade legislativa. Necessária, portanto, uma nova distinção dos regulamentos que prevejam as formas de comprovação de dados técnicos já previstos na própria lei⁶²³

Neste caso, através da ação civil pública se poderá buscar um provimento judicial que vise obrigar o Poder Executivo a elaborar o regulamento em tempo hábil, sob pena de imposição de sanções de cunho pecuniário, as quais poderão ser revertidas em favor do fundo previsto no art. 13, *caput*, da Lei 7.347/85.

O fato de que o legislador não previu um prazo determinado dentro do qual o Poder Executivo deva proceder à regulamentação da matéria não abona a conclusão de que estaria investindo a Administração Pública de um poder discricionário. O argumento bem pode ser utilizado no sentido inverso, ou seja, de que a fixação de prazo consiste numa situação excepcional fixada pelo legislador, tendo em vista a complexidade dos atos a serem praticados, do que resulta na regulamentação imediata como regra geral. Muito embora o Poder Executivo seja dotado de uma certa margem de discricionariedade no tocante ao conteúdo técnico da

órgão jurisdicional dos meios de informação e dos recursos técnicos, a fim de que a sua escolha entre as várias opções viáveis para decidir o caso concreto se faça pelo modo mais objetivo e imparcial possível" com a utilização de dados técnicos, perícias etc.

⁶²³ Como, por exemplo, a Lei 8.742/93 (benefício assistencial a portadores de deficiência e idosos), a qual prevê os requisitos técnicos necessários ao exercício do direito, muito embora não preveja as formas de comprovação destes requisitos. Na ADI 1.232, o Supremo Tribunal, pelo seu Pleno, em acórdão relatado pelo Ministro Nelson Jobim (relator para o acórdão), publicado em 1º.06.2001, fixou o entendimento que incumbe à lei a fixação dos dados técnicos necessários ao exercício do direito, com o que não existe espaço para a atuação da Administração Pública neste particular. O julgado consta do apêndice do presente estudo.

regulamentação, não existe discricionariedade em relação ao momento de exercício de sua obrigação regulamentar. Esta discricionariedade equivaleria a um poder de veto do Poder Executivo, contra o qual o Poder Legislativo não poderia se manifestar. Ademais, a Administração Pública, por expressa imposição do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é regida pelo princípio da legalidade, a qual funciona, obviamente, com um sentido positivo de limitar as matérias objeto de sua atuação, bem como o momento adequado para sua atividade regulamentar.

Já nos casos em que a lei preveja de modo completo todos os requisitos necessários para o exercício do direito, competindo à Administração Pública o dever de regulamentar a matéria em nível inferior – de forma facilitar a ação conjunta de seus servidores – não se pode falar em verdadeira atividade substitutiva do Poder Judiciário, o qual deverá garantir o exercício dos direitos previstos

Nos casos em que o legislador, no uso de suas prerrogativas constitucionais, cria através de lei um novo direito social em favor de uma determinada classe de cidadãos ou mesmo de um determinado segmento econômico da sociedade, incumbindo o Administrador da tarefa de regulamentar, por decreto, a lei editada, a omissão do Poder Executivo pode ser revisada pelo Judiciário. Trata-se de uma atividade essencialmente legislativa, a qual foi parcialmente outorgada ao Executivo, nos casos em que este possui a incumbência de executar a política social preconizada. O mesmo não sucede no tocante ao poder normativo próprio (atividade legislativa do Poder Executivo) no tocante à organização da máquina administrativa federal (CF/88, art. 84, VI). Neste último caso, a intervenção dos demais Poderes se revela indevida, uma vez que se trata de atribuição legislativa própria outorgada pela

Constituição, motivo pelo qual qualquer lei editada sobre o tema significaria uma revisão legislativa do ato administrativo praticado⁶²⁴.

Caso este controle não pudesse ser exercido na via da ação civil pública, o descumprimento da imposição legal não produziria qualquer efeito jurídico⁶²⁵. Note-se que o Poder Executivo, neste exemplo específico, não está investido de um poder discricionário quanto à edição do ato dentro de um determinado prazo legal. Até mesmo o conteúdo deste ato regulamentador é passível de exame judicial no tocante à adequação da medida aos fins colimados.

A ausência de regulamentação de uma lei por parte do Executivo, não pode representar impedimento ao exercício do direito nela previsto, na medida em que a atividade legislativa é uma prerrogativa indelegável, salvo nos casos expressos na Constituição (CF/88, art. 59, IV – lei delegada). Considerando-se que a atividade-fim do Legislativo permanece intocada, nos casos em que o Executivo apenas regulamenta – mas não regula – o exercício de um determinado direito previsto em lei, o mesmo sucede em relação ao Poder Judiciário, não se podendo falar, neste caso, em invasão de sua competência⁶²⁶. Ao Poder Judiciário incumbe, através das

⁶²⁴ Assim o STF, Pleno, na ADI 2.364 - AL Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 14.12.2001, tendo o relator consignado que “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo”.

⁶²⁵ Nesta hipótese não seria possível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que a norma a ser editada viria regulamentar a lei e não um direito constitucional.

⁶²⁶ A faculdade regulamentadora conferida pelo constituinte de 1988 ao Executivo tem por escopo apenas facilitar o exercício das atividades administrativas necessárias ao exercício do direito, nos casos em que a Administração Pública seja a responsável pela sua execução. A ausência da regulamentação no prazo legal afronta o espaço legítimo destinado ao Poder Legislativo, de modo que esta ofensa se revela contrária à Constituição e à separação dos Poderes.

ações civis públicas viabilizar o exercício futuro e coletivo deste direito previsto em lei, na medida em que a atribuição regulamentadora não é privativa do Poder Executivo, o qual apenas possui a faculdade de, no prazo legal, regulamentar a lei atendendo às suas necessidades. Tal prazo se revela absolutamente indispensável quando se considera a complexidade de determinadas funções a serem desempenhadas pela Administração Pública visando cumprir com um dever de prestação positiva imposto pela lei. Durante o transcurso deste prazo, a ser fixado pelo legislador, não poderá ocorrer intervenção do Poder Judiciário, na medida em que esta ingerência afetaria diretamente a vontade política do Poder Legislativo. Contudo, ultrapassado o prazo legal e diante da omissão do Poder Executivo, a legalidade desta conduta omissiva poderá ser tranqüilamente apreciada pelo Poder Judiciário, o qual tem o poder-dever constitucional de exigir o cumprimento da lei por parte do órgão ou entidade em relação ao qual o legislador impôs um dever legal. Trata-se de um exame acerca (i) da legalidade da conduta do Administrador Público. Uma lei que preveja a outorga de um direito subjetivo público do cidadão em face do Estado pode, portanto, (1) depender de regulamentação pelo Executivo em prazo determinado, (2) determinar o cumprimento imediato da obrigação, prevendo, desde logo, todos os mecanismos necessários ao exercício do direito outorgado ou, ainda, (3) outorgar um determinado direito subjetivo público ao cidadão, em face do Estado, prevendo futura regulamentação pelo Executivo, mas sem a fixação de prazo. Neste último caso, a lei editada estará sujeita a um minucioso exame de sua compatibilidade com a Carta Constitucional, na medida em que a ausência de fixação de prazo ao Executivo, na grande maioria dos casos, implicará renúncia de

uma atribuição legislativa em favor do Poder Executivo, infringindo a Constituição⁶²⁷. Considerando que somente em casos estritos – lei delegada – é possível a transferência de uma típica função política do Poder Legislativo ao Executivo, a lei poderá ser impugnada perante o Poder Judiciário como inconstitucional⁶²⁸.

4.5.2 Omissão Normativa do Poder Legislativo e Ação Civil Pública

Uma outra situação que desperta interesse, dada sua enorme relevância no campo das políticas sociais, consiste na atividade legislativa do Poder Judiciário quando atua em sede de controle difuso ou concreto da constitucionalidade das leis. Através de uma ação civil pública para a tutela de interesses difusos e coletivos, o legitimado ativo pode buscar, junto ao Poder Judiciário, a extensão de uma vantagem concedida por força de lei a determinado segmento da população, no tocante à proteção social amparada na isonomia. Neste caso, incumbe ao legislador oferecer a justificativa para a implementação de um projeto social criado através de lei que venha a amparar apenas parcela da população, o que rende ensejo ao

⁶²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 737. Consigna o autor que “Os regulamentos exprimem o exercício de uma competência normativa da administração. Uma pura transferência de competência normativa genérica (mesmo *infra legem*) para o executivo contrasta com o princípio democrático e com o princípio do Estado de direito”.

⁶²⁸ Não tendo sido fixado prazo pela lei, impõe-se o aguardo do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 103, § 2º, da CF/88 (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), motivo pelo qual a decisão judicial deverá normatizar a matéria, mas com o cuidado de condicionar a sua plena eficácia à ausência de regulamentação pelo poder competente no prazo de 30 (trinta) dias a contar da intimação da decisão, com o que se assegura ao Poder Público tomar as providências necessárias neste interregno. Esta cautela se impõe quando se considera que a atividade legislativa do juiz, nestes casos, é supletiva e atua ante à omissão do Poder Executivo em regulamentar o exercício do direito, sendo preferível, portanto, o cumprimento da decisão no prazo concedido.

controle judicial. A natureza política da atribuição legislativa não impede que através de uma ação civil pública o Judiciário – sob o argumento de efetiva proteção da isonomia prevista na Constituição – estenda os benefícios previstos nesta lei a terceiros que se encontrem em idêntica condição. Toda lei criada com a finalidade de outorgar uma proteção social específica em favor de determinada camada da população implica a execução de uma política social, motivo pelo qual se trata de uma decisão de natureza política. O conteúdo desta decisão não é sindicável pelo Poder Judiciário, já que é próprio da natureza da atividade legislativa fazer opções que implicam, em última análise, excluir do âmbito de proteção social determinadas camadas da população. Contudo, nas hipóteses em que o legislador tenha eleito determinada categoria de pessoas – tais como os idosos ou os deficientes físicos, por exemplo – como beneficiárias de uma ação estatal, qualquer restrição dentro desta categoria terá de ser justificada, sob pena de invalidade parcial da lei⁶²⁹. De uma maneira geral, as leis que outorgam benefícios sociais ou econômicos a determinada categoria de cidadãos não criam obstáculos que possam ensejar a quebra da isonomia no interior desta categoria.

⁶²⁹ As inconstitucionalidades parciais podem ser atacadas através da interpretação conforme a Constituição, ou mesmo através das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. No primeiro caso, o juiz de primeiro grau poderá atuar de forma positiva, em sede de controle incidental da lei que criou o programa de proteção social, ampliando o âmbito de proteção subjetiva outorgada pela lei em favor de parcela da população não atendida, desde que esta “interpretação” não viole a expressão literal da ou a vontade manifesta do legislador, quando então o juiz de primeiro grau terá. A extensão somente se revela possível se o juiz constatar quebra do princípio da isonomia, a qual somente poderá ser aferida pelo exame concreto da causa e pelas condições subjetivas do segmento da população atendida pelo programa. A aplicação da isonomia pelo juiz, somente em observância de um idêntico direito à vida ou ao patrimônio, previstos genericamente na Constituição, sem uma análise das específicas condições do caso concreto, revela-se, portanto, arbitrária, pois o juiz estará substituindo uma atividade política do legislador.

Nos casos em que a atividade legislativa sai do espaço natural de sua generalidade para criar distinções internas dentro de uma mesma categoria de pessoas, acaba avançando sobre uma típica atividade da Administração Pública, a quem incumbe delimitar o caso concreto às pessoas afetadas pela incidência da lei. Bem por isto, revela-se legítima a incursão do juiz sobre este tipo de atividade que muito se assemelha à atividade administrativa, devendo proceder, em sede de controle difuso da constitucionalidade, a uma interpretação da lei que conduza a outorga dos mesmos benefícios a todos os que se encontrem em idêntica situação. Caso a lei tenha, de modo expresse, excluído de forma proposital e declarada, determinadas pessoas, no interior de uma mesma categoria, a interpretação da lei conforme a Constituição não se revelará possível em sede de ação civil pública. Neste caso, o único mecanismo jurídico que se encontra apto a satisfazer o interesse da parte seria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial ou o mandado de injunção por omissão parcial, de modo a buscar a extensão da vantagem pretendida. Em ambos os casos, haverá limitação da atividade legislativa do juiz, em estrita observância do princípio da separação dos Poderes, sendo certo que a ação civil pública não tem a capacidade de suprir, por via transversa, esta omissão parcial, em decorrência de uma opção política do legislador.

4.5.3 Atividade legislativa no controle genérico da execução das políticas sociais

Já numa terceira hipótese, tem-se o caso no qual não existe uma lei que preveja a adoção de uma determinada providência pelo Administrador Público, muito embora esta providência possa ser inferida diretamente da Constituição, com especial ênfase nos objetivos e valores constitucionais. Não seriam os casos difíceis de que fala Ronald Dworkin⁶³⁰, já que a Constituição outorga ao Poder Executivo a função de implementar as políticas públicas (sociais e econômicas).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em diversas ocasiões, pela impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como “legislador positivo”, tendo, inclusive, editado a Súmula 339 de entendimento dominante em 16.12.1963⁶³¹.

Trata-se da hipótese mais polêmica nesta discussão, já que em muitos dos casos a decisão judicial poderá representar verdadeira usurpação das atividades do Administrador Público e do legislador, no tocante a questões estritamente políticas⁶³². Parcela da doutrina⁶³³ tem sustentado, com base no texto da Lei

⁶³⁰ Ronald Dworkin recorda que “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128)

⁶³¹ Enunciado da Súmula 339: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

⁶³² A Constituição da República de 1934 previa, em seu art. 68, *caput*, a vedação de conhecimento, pelo Poder Judiciário, de questões “exclusivamente políticas”: “Art 68. É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A Constituição da República de 1937 previa, em seu art. 94, *caput*, a vedação das questões políticas pelo Poder Judiciário. “Art 94. É vedado ao Poder

9.882/99 que o controle do mérito destas decisões políticas pode ser feito através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como a margem de discricionariedade do legislador está reservada apenas “às questões exclusivamente políticas, tais como escolha, pela autoridade competente, de um nome constante de lista tríplice par formação de um Tribunal”⁶³⁴. Impende consignar ainda, a posição no sentido de que as leis que venham a representar um retrocesso social, ao limitarem direitos sociais previstos na Constituição, devem ser declaradas inconstitucionais, em sede de controle de constitucionalidade⁶³⁵.

Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Todavia, a Carta de 1937, no parágrafo único do art. 96, também previa que as decisões do Supremo, em sede de controle de constitucionalidade, poderiam, em algumas hipóteses, ser revistas pelo Legislativo, através de encaminhamento do Presidente da República, não se podendo falar, portanto, num controle difuso independente da validade das leis: “Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

⁶³³ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade das políticas públicas pela via processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos Tavares; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.) **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Forense, 2003. p. 133-162, p. 160. Guilherme Amorim Campos da Silva consigna que “(...) a defesa de princípios e preceitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, daqueles insculpidos no rol do art. 3º da Constituição da República, torna-se mais viável pela utilização da via de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que poderá até mesmo incidir sobre as opções valorativas dos governantes de plantão, na perspectiva de examinar a suficiência ou conformidade de determinadas decisões políticas ou normativas, consubstanciadoras de programas de governos, alocações orçamentárias, dentre outros atos públicos”.

⁶³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41. O autor sustenta uma atuação ampla do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, especialmente em face da omissão do Estado.

⁶³⁵ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, ano XXI, n. 41, p. 33-66, dez. 2000, p. 51. Ocasão em que a autora sustenta a existência de um direito subjetivo público de caráter defensivo em face de inovações normativas contrárias aos direitos sociais já previstos na Constituição. Neste mesmo sentido, o excelente voto do Ministro Celso de Mello no julgamento proferido nas ADIs 3.105 e 3.128 (julgamento em 18.08.2004) sobre a taxação dos aposentados prevista no art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003.

4.6 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

A intervenção substitutiva na prática de atos afetos ao Poder Executivo deve ser analisada a partir (i) do conteúdo do ato sindicado, (ii) da natureza jurídica da prestação pretendida e (iii) dos mecanismos a serem utilizados neste tipo de controle judicial.

No primeiro caso (i), cumpre definir os limites da intervenção judicial a partir do princípio da separação dos Poderes da República, distinguindo-se atos políticos e atos administrativos. Numa acepção ampla, os atos políticos englobam as atividades de planejamento e execução das políticas públicas – econômicas e sociais – do que resulta uma importante limitação à interferência judicial. Já numa concepção restritiva, as questões políticas consistiriam em opções de natureza ideológica, vinculadas aos programas dos governos eleitos e que lhes permite optar pela priorização de objetivos distintos previstos na Constituição, bem como por meios adequados a sua consecução. Muito embora os governos eleitos estejam constitucionalmente vinculados aos objetivos preconizados pelo constituinte, não se pode subestimar a natureza aberta das normas constitucionais, as quais permitem a execução de um programa de governo dentro dos limites da Constituição. O papel ideológico e dirigente das Constituições contemporâneas reduz, de forma considerável, o próprio conteúdo dos programas de governo, sem contudo inviabilizar sua execução a partir de linhas próprias que distinguem os partidos políticos⁶³⁶. O

⁶³⁶ Nesta segunda acepção, os atos políticos derivam diretamente de prerrogativas atribuídas aos governos eleitos pela própria Constituição. Consistindo em opções de conteúdo ideológico, não se

tema desperta especial interesse quando se consideram as omissões dos governos eleitos no cumprimento de metas fixadas pela Constituição, especialmente as que dizem respeito às prestações e materiais. A acepção restrita de atos políticos é a mais adequada diante da atual conformação do princípio da separação entre os Poderes, o qual consiste em uma linha demarcatória móvel que define o espaço de cada uma das forças políticas do país em um determinado momento histórico. A história, portanto, condiciona a fixação deste marco político, motivo pelo qual não se pode falar em superação completa do desenho formulado por Montesquieu, quando se consideram as contingências históricas. Muito embora as Constituições contemporâneas ambicionem transcendência – especialmente as de natureza dirigente – seu conteúdo é condicionado pelo momento histórico em que interpretada, do que resulta a colisão permanente das disposições da CF/88 – uma Carta de natureza analítica – com a realidade político-social que vive o país.

Esta é a razão pela qual se opta, inicialmente, pelo estudo dos atos discricionários da Administração Pública e os traços que os divisam dos atos políticos. Os atos administrativos estão vinculados diretamente à lei, mas sofrem o influxo direto dos princípios constitucionais, razão pela qual se abre uma ampla margem de controle judicial, especialmente quando se considera a textura aberta de conceitos indeterminados como moralidade e eficiência administrativa (CF/88, art. 37, *caput*).

confundem com a prática dos atos administrativos na execução destes programas, amplamente sindicáveis pela atuação estatal.

Já os atos políticos decorrem diretamente do conteúdo de prerrogativas de natureza política, razão pela qual somente o constituinte pode estabelecer uma vinculação direta do Poder Executivo a uma determinada prestação material ou normativa. Aos atos políticos não se aplicam as teorias forjadas pelo Direito Administrativo – inclusive os postulados relacionados à revisão judicial dos atos administrativos discricionários – pois a própria Constituição pode impor limites à extensão do poder jurisdicional dos juízes, de molde a assegurar a integridade do núcleo essencial de cada Poder⁶³⁷.

4.6.1 Discricionariedade administrativa e discricionariedade política: Atos administrativos x Atos políticos

Existe uma importante distinção entre discricionariedade administrativa e política, a qual tem sido subestimada por conta do amplo desenvolvimento das teorias sobre a natureza do ato administrativo discricionário em comparação com o recente debate inaugurado no país acerca do chamado “controle das políticas públicas”. A existência de um poder discricionário em favor da Administração Pública – a qual deve mensurar as obras e serviços públicos a serem implementados, bem

⁶³⁷ José Maria Rosa Tesheiner não estabelece esta distinção. Muito ao contrário, sustenta que ao praticar atos inerentes à Administração Pública o juiz, em sede de ação civil pública, prolata sentença judicial que não teria a força da coisa julgada – a qual caracteriza, segundo o autor, o ato jurisdicional – bem como poderia ser alterada a qualquer tempo. Contudo, cumpre salientar que a natureza jurídica da decisão não pode ser classificada a partir de seu objeto. (TESHEINER, José Maria Rosa. Ação Civil Pública – tutela de direitos difusos – jurisdição ou administração?. **Revista Direito e Democracia**. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 4, n. 1, p. 91-95, 1º sem. 2003, p. 95)

como o momento mais adequado para a sua execução – tem sido utilizada como o principal argumento em desfavor de um controle judicial das políticas públicas⁶³⁸.

A distinção entre discricionariedade administrativa e política se revela importante, na medida em que a função administrativa não pode ser identificada com a função de governo. Muito embora ambas estejam sujeitas ao controle jurisdicional, por força do art. 5º, XXXV, da CF/88⁶³⁹, o tratamento judicial a ser conferido não é idêntico, diante da natureza dos atos políticos. A primeira assume como vocação executar as políticas traçadas por esta última, sendo, portanto, meramente instrumental⁶⁴⁰. Sobre a origem da distinção entre atos de governo e atos da Administração Pública, Luiz Henrique Cademartori recorda que

pode-se vislumbrar a gênese de tais atos de governo, de uma forma mais nítida, observando que sua origem é de índole jurisprudencial e nasceu na França a partir das interpretações dos tribunais a respeito do art. 26 da Lei de 24.05.1872. Este artigo prescrevia que determinados atos não seriam

⁶³⁸ Assim, por exemplo, STJ, 2ª Turma, no REsp. 208.893-PR, publicado no DJ 22.03.2004, relator Ministro Franciulli Neto, ao julgar recurso judicial correlato a processo judicial envolvendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do Município de Cambará-PR, com base nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e que tinha por finalidade obrigar o município a disponibilizar imóvel para instalação para menores carentes, com recursos humanos e materiais. Na ocasião, o relator consignou que “com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido ‘demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do município’”.

⁶³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 352. O autor sustenta que os atos políticos estão sujeitos ao controle judicial.

⁶⁴⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: A responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 90. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen sustenta posição contrária ao defender que “os atos da administração visando a implementação de políticas públicas, não diferem dos demais atos administrativos, estando vinculados ao princípio da legalidade (e obviamente à constitucionalidade) e à legitimidade (o interesse público, que é a finalidade de qualquer ato administrativo)”.

susceptíveis de recursos diante do Conselho de Estado, nem seriam título suficiente para embasar reclamações de prejuízos sofridos⁶⁴¹.

Já a discricionariedade administrativa estava assentada no próprio princípio da legalidade, na medida em que o legislador do Estado liberal, ao atribuir determinada competência a um órgão da Administração Pública estaria investindo-o de prerrogativas que não seriam passíveis de sindicância judicial. Ricardo Medauar recorda que

No Estado Liberal, cultuavam-se as leis acima de tudo. Era o Estado da legalidade formal, em que a lei figurava como máxima representação de tudo o que era certo e consoante o Direito (...) o espectro dos atos jurídicos, mormente dos atos administrativos, restringia-se ao campo legal, sendo vinculados apenas os atos autorizados explicitamente pela lei, e discricionários todos aqueles outros que, fugindo do campo albergado pela lei, submetiam-se ao juízo do valor subjetivo do administrador⁶⁴².

O controle judicial dos atos da Administração Pública pressupõe uma distinção entre um governo ordenado para a consecução de finalidades de natureza política – as quais podem derivar de um regime representativo ou concentrado de exercício de poder – e uma máquina administrativa estruturada a partir de uma burocracia técnica, vocacionada a concretizar os comandos governamentais⁶⁴³. Somente em um

⁶⁴¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1. ed., 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 51. Segundo o autor, tanto os atos de governo como os atos administrativos estão sujeitos ao controle judicial, sob a luz dos princípios e garantias fundamentais inerentes ao Estado Constitucional de Direito.

⁶⁴² MEDAUAR, Ricardo Emílio Ommati. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004. p. 39.

⁶⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 268. A autora critica esta separação ontológica, na medida em que sustenta uma aproximação crescente entre a formulação e a execução de uma política pública, a partir de uma “procedimentalização das relações entre os poderes públicos”. Todavia, não se pode aceitar, do ponto de vista político, uma limitação à liberdade dos governos eleitos em executar seus programas partidários, por parte de burocracia que compõe a Administração Pública, tendo em vista um modelo de democracia representativa. Ao chefe do Executivo incumbe direcionar a ação da Administração Pública de forma a executar sua política de governo, para a qual foi eleito,

modelo de Estado complexo é possível se conceber esta distinção. O exercício concentrado do poder político, derivado das monarquias de cunho absoluto, de modo algum permitia esta diferenciação, na medida em que a vontade do Rei se expressava através dos agentes estatais. A distinção assume uma significativa importância, quando se considera que todos os atos da Administração Pública – por imposição direta do art. 5º, XXXV, da CF/88 – estão sujeitos à revisão judicial. O mesmo não se pode afirmar no tocante aos atos (e omissões) de governo, os quais somente serão objeto de revisão judicial nos casos em que o controle emergir de um dever direto imposto pela Constituição. Muito embora, sob o ponto de vista constitucional, a prática dos atos administrativos e dos atos políticos de governo esteja jungida aos limites impostos pela Constituição, não se pode olvidar que a Administração Pública está diretamente vinculada ao princípio da legalidade. No plano concreto, a separação melhor definida entre Administração (e suas ações), Governo (e sua competência política) e chefia de Estado (também com suas atribuições), ampliou o escopo do controle jurídico dos atos administrativos, ao facilitar a distinção entre eles e os atos políticos estrito senso, menos suscetíveis ao crivo do Direito⁶⁴⁴. A distinção entre os atos administrativos e os atos políticos não é

assumindo a responsabilidade política de suas ações. Muito embora a existência de uma burocracia concursada, técnica de carreira, apresente um notável avanço em direção à tomada de decisões políticas a partir de critérios técnicos, tal opção pela tecnocracia pode conduzir ao engessamento dos governos eleitos, ou o que é pior, à completa irresponsabilidade política dos governos eleitos sobre o conteúdo das suas ações e o insucesso de suas políticas públicas, transferindo para órgão de cunho técnico a integral responsabilidade por sua omissão, como, por exemplo, sucede em relação às decisões tomadas atualmente no Brasil pela “equipe econômica” do governo federal. A burocratização técnica das ações de governo representa, no mais das vezes, excessivo zelo pelo equilíbrio fiscal e omissão de investimentos estatais nas áreas de infra-estrutura básica do país, com a completa hegemonia do discurso econômico.

⁶⁴⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 100.

meramente artificial e nem decorre de um argumento de *auto-contenção* do próprio Poder Judiciário, mas sim deriva da natureza analítica da Constituição de 1988, bem como do princípio da separação e especialização das funções do Estado brasileiro contemporâneo.

4.7 O CONTROLE JUDICIAL DO CONTEÚDO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A distinção entre questões políticas e administrativas assume, portanto, um importante significado, na medida em que a revisão dos atos administrativos é função constitucional do Poder Judiciário, ou seja, a execução de uma política pública não pode ser confundida com a sua proposição. A execução de uma política pública se dá através da implementação de programas sociais e econômicos, os quais podem implicar a emergência de novas obrigações em desfavor dos particulares – os quais terão de suportar o ônus financeiro destes programas – ou novos direitos que poderão contemplar apenas parcela dos cidadãos necessitados, especialmente no que tange ao racionamento dos recursos públicos. Em ambos os casos, o controle da execução das políticas públicas se resolve no controle dos atos administrativos praticados, quando então o Poder Judiciário decide por limitar as obrigações criadas ou estender os benefícios a todos os necessitados, extrapolando, em ambos os casos, a previsão orçamentária do Poder Executivo⁶⁴⁵. Trata-se,

⁶⁴⁵ Ao pugnar pela implementação de uma determinada política social, o autor da ação civil pública poderá solicitar um provimento judicial que (1) declare a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público em face de um dever genérico imposto pela Constituição, substituindo, desta forma, a

portanto, de tutelar direitos individuais frente à ação (ou omissão do Estado), ocasião em que as ações de natureza individual, tais como a ação de mandado de segurança, tradicionalmente têm-se revelado eficazes, não havendo, portanto, qualquer novidade neste sentido⁶⁴⁶. Muito embora tanto no controle da discricionariedade política como administrativa uma das conseqüências diretas seja a alteração da previsão orçamentária do Poder Executivo, somente ao determinar a

atividade do Administrador Público para o caso concreto, sendo que esta inconstitucionalidade pode-se dar em relação à (1.1) omissão normativa do Poder Executivo no uso de sua atribuição legislativa, contida no art. 84, VI, “a” e “b”, da CF de 1988 (já com a redação conferida pela EC 32 de 2001); ou (1.2) omissão administrativa na implementação de uma política social, prevista em um dever genérico imposto pela CF/88. Pode pleitear, ainda, que o juiz (2) declare a ilegalidade da conduta genérica do Administrador, o qual regulamentou o texto de lei – através de regulamento - de forma a impedir ou limitar o exercício pleno de um direito subjetivo público outorgado pelo legislador, ou seja, declare a ilegalidade do conteúdo e extensão do regulamento editado. Esta hipótese se revela bastante comum nas ações promovidas em face do INSS (instituto nacional de seguro social). Pode suceder que a parte peça que o juiz (3) declare a ilegalidade da forma através da qual o regulamento vem sendo executado pela própria Administração Pública, o que se revela admissível, especialmente nos casos em que o regulamento foi editado pelo Governo anterior e está sendo executado pelo atual ou, ainda, nos casos em que o Administrador não está cumprindo a lei orçamentária anual, como por exemplo quando procede a “cortes” unilaterais no orçamento aprovado pelo Congresso Nacional. Pode pedir ao juiz que (4) declare a ilegalidade na omissão do Poder Público em regulamentar um texto de lei editado que outorga um direito subjetivo público em favor do cidadão, em determinado prazo, nos termos do art. 84, IV, da CF/88. Poderá pedir, também que (5) o juiz declare a inconstitucionalidade de uma determinada lei produzida pelo Poder Legislativo e que implementou um direito subjetivo público somente em favor de parcela da sociedade. A parcela não atendida pretende a extensão do programa social com base no princípio da isonomia (omissão parcial do Poder Legislativo), quando então pedirá que o juiz se utilize da interpretação conforme à Constituição. Neste último caso, pode suceder, ainda, que a lei regular de um direito constitucional tenha imposto requisitos demasiado rígidos para o exercício do direito mencionado, de modo a limitar, de forma injustificada, seu gozo pelos destinatários. O objeto poderá consistir, ainda, (6) num pedido de declaração incidente da inconstitucionalidade da omissão do próprio legislador, no tocante à regulação de um direito já previsto na CF/88, o que se equipara, na prática, a uma ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Finalmente, o autor da ação civil pública poderá (7) pedir ao juiz providências de cunho concreto em favor de um determinado grupo de pessoas, com base numa pretensão fundada em direitos fundamentais previstos no próprio art. 5º da CF/88, quando então não estaremos tratando de controle judicial de políticas sociais, mas sim, de tutela judicial dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida.

⁶⁴⁶ A novidade surge a partir de um controle judicial acerca da vinculação direta dos governos eleitos às regras e princípios constitucionais, quando então a própria proposição das políticas públicas poderá se constituir em objeto de uma ação coletiva; ou, ainda, quando sua implementação estará previamente conformada pela Constituição, implicando severa limitação da discricionariedade política dos governos eleitos. Ao determinar a extensão de um programa social para uma determinada categoria de cidadãos não atingidos pelo uma política pública, o Poder Judiciário só de forma aparente estará controlando a discricionariedade administrativa. Em verdade, trata-se de verdadeiro controle da execução de uma política pública.

implementação de um programa público em caráter geral e abstrato se pode falar em verdadeiro controle das políticas públicas. Ao tutelar direitos individuais fundamentais previstos em lei o juiz não estará determinando a implantação de uma política pública, mas sim, controlando a discricionariedade de um ato administrativo. O controle judicial das políticas públicas implicará, em última análise, a definição do conteúdo, da extensão e do momento da implantação de um programa público que implique a inversão de recursos estatais, do que resulta um controle que pode anteceder ou suceder a prática de atos administrativos concretos.

Cumpra assinalar, desde logo, a importante distinção entre o controle judicial dos atos administrativos e políticos, na medida em que enquanto os primeiros são tradicionalmente marcados pela oposição interesse público x interesse individual, os últimos são marcados pela contraposição entre interesses públicos. Este é o principal motivo pelo qual os princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro não podem ser indistintamente aplicados ao controle dos atos políticos, tendo em vista que a definição do conteúdo do interesse público no caso concreto demanda um ato de vontade política por parte dos governos eleitos. Albuquerque, ao sustentar que o controle dos atos políticos é tarefa exclusiva do Supremo Tribunal, adverte que “é, na verdade, grande falta de imaginação submeter o ato político ao mesmo tratamento exegético dispensado aos atos administrativos em geral”⁶⁴⁷.

Maria Paula Bucci ao tratar do tema, rejeita a importância dispensada atualmente aos atos administrativos discricionários, sob o argumento de que “o ato

⁶⁴⁷ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel de. **O órgão jurisdicional e sua função**: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997.

administrativo perde espaço para o contrato e o regulamento”⁶⁴⁸. Todavia, não se pode desconsiderar que o controle judicial dos atos administrativos tem uma importante função, pois os contratos públicos e os regulamentos também pressupõem a prática de atos administrativos concretos, sendo que o cumprimento das obrigações derivadas de sua estrita observância está atrelado aos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF/88. Os atos administrativos estão sujeitos à revisão judicial na medida em que os requisitos formais para a sua prática, bem como seu conteúdo, estarão previstos em lei, diante do princípio da legalidade. A competência e a forma do ato administrativo estão adstritas a uma previsão legal anterior, podendo ser examinadas pelo Poder Judiciário, porque se tratam de limites formais sem os quais o ato não poderá ser reputado como válido, podendo-se falar em controle judicial do “excesso de poder”. A finalidade legal vincula o Administrador Público, de modo que a revisão judicial sempre será possível, representando o chamado controle judicial do “desvio de poder ou finalidade”⁶⁴⁹. O desvio de poder é tipicamente um caso em que o agente, por apartar-se do fim específico inerente ao poder que lhe estava condicionado, viola a regra de Direito, alheia-se da fonte que o legitimava⁶⁵⁰. Nestes casos, o ato administrativo praticado com uma finalidade diversa da preconizada pelo legislador poderá ser anulado através de uma ação judicial. O desvio de finalidade

⁶⁴⁸ BUCCI, Maria Paula. *Op. cit.*, p. 18. A autora recorda em outra passagem (p. 265) que “as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa”.

⁶⁴⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Op. cit.*, p. 56. Recorda o autor que se deve ao jurista francês Hariou, ainda no início do século XX, a concepção sobre os atos praticados com desvio de poder, em contraposição ao plano da legalidade meramente formal.

⁶⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 62.

pressupõe, portanto, uma limitação imposta pelo legislador o qual consigna, desde logo, a finalidade a ser atingida, de modo expresso ou implícito, não existindo ato administrativo livre em sua finalidade, pois esta liberdade estaria ancorada numa indevida transferência de uma prerrogativa do Poder Legislativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o desvio de finalidade deve ser compreendido em um sentido específico, do que resulta a sua relação direta com a tipicidade dos atos administrativos já que “para cada resultado que a Administração Pública quer alcançar, ela vai encontrar no ordenamento jurídico o tipo adequado”⁶⁵¹.

Já os princípios constitucionais vinculam o próprio conteúdo dos atos administrativos, os quais devem estar permeados pelos valores consignados pelo constituinte, sob pena de nulidade. O ato administrativo poderá atender a uma finalidade prevista em lei – como, por exemplo, um edital de licitação publicado com a finalidade de adquirir bens necessários ao desempenho das funções administrativas – mas o conteúdo do ato poderá colidir com os princípios constitucionais – quando, por exemplo, o edital publicado tem o conteúdo direcionado a privilegiar determinados fornecedores.

O controle principiológico dos atos administrativos é, portanto, um controle sobre o conteúdo do ato praticado, razão pela qual além de anular o ato que afronta a Constituição, o juiz poderá substituir a vontade do Administrador Público,

⁶⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas: formas de controle. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador, n. 16, p. 155-194, jul./dez. 1991, p. 162. A partir da experiência francesa, a autora recorda que o controle dos atos discricionários pode ser “mínimo”, ocasião em que o juiz apenas verifica da (in)existência do motivo, ou pode ser “normal”, quando então a avaliação judicial consiste em aferir se a qualificação jurídica que a Administração deu aos fatos foi correta. O controle “máximo”, por sua vez, resultaria dos casos em que o juiz examina se existe adequação entre a decisão administrativa e a finalidade que se pretende alcançar.

subministrando os dados concretos que deverão ser observados pela Administração.

Germana de Moraes estabelece esta distinção, ao afirmar que

se concluir, de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior⁶⁵².

Já no desvio de finalidade, como se trata de um exame de compatibilidade do ato praticado com os fins escolhidos pelo legislador, não se pode falar em substituição do ato, mas em mera declaração judicial de sua nulidade⁶⁵³, já que o ato praticado buscava fim diverso do previsto em lei.

4.7.1 Controle da discricionariedade administrativa

A relevância de uma Administração Pública formada por uma burocracia técnica de carreira, com as prerrogativas de independência e estabilidade no

⁶⁵² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 161. Em outra passagem (p. 213), a autora afirma, ao tratar da atividade administrativa não-vinculada, que “cabe ao juiz, ao controlar a juridicidade da atuação administrativa não vinculada, vencer as seguintes etapas (não necessariamente nesta ordem cronológica): 1º) extrair do sistema constitucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar as conseqüências de sua atuação revisora. As conseqüências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada concreto (*sic*) e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível o juiz inferir da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso”.

⁶⁵³ Não se confunda este exame com a aferição da eficiência do ato administrativo (CF/88, art. 37, *caput*) a qual pressupõe a eleição por parte do Administrador Público do meio mais adequado ao atingimento da finalidade preconizada pelo legislador. No desvio de finalidade existe um choque entre a vontade do legislador e do Administrador Público, o qual tenciona atingir fim diverso do legalmente previsto, independente dos meios escolhidos. Para uma finalidade ilícita, o Administrador pode até ter escolhido o meio mais eficiente, mas ainda assim o ato será nulo. Já nos casos de uma finalidade prevista em lei, se o Administrador optar pelo meio menos eficiente, o juiz poderá alterar esta escolha, indicando o meio mais adequado, sendo plenamente aplicável o princípio da proporcionalidade.

exercício de suas funções no Estado contemporâneo é inegável. Esta dura conquista da Administração Pública certamente que representa um louvável avanço na superação de modelos conflitivos de gerência dos recursos públicos, fundados num ultrapassado marxismo e na guerra de posição⁶⁵⁴.

O poder administrativo discricionário deve estar rigorosamente amparado na lei, na medida em que o legislador é que irá definir quais os requisitos para a sua prática. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, recorda que “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”⁶⁵⁵. Em outra passagem, o autor recorda que

discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelos menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁶⁵⁶.

A lei poderá, portanto, (i) prever os casos de intervenção do Administrador Público, outorgando-lhe a prerrogativa de julgar se existente o motivo de sua intervenção ou ainda, (ii) enumerar, desde logo, os casos de sua intervenção, mas vinculando o conteúdo do ato a ser praticado. Haverá, portanto, espaço para julgamento por parte do Administrador Público acerca de fatos passados, de molde

⁶⁵⁴ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 70. Menciona o autor que, enquanto os aparelhos repressivos do Estado atuam mediante o uso da força, os aparelhos ideológicos do Estado atuam mediante a “ideologia”.

⁶⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 395.

⁶⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 48.

que a lei lhe outorga uma liberdade condicionada à finalidade prevista em lei. A discricionariedade pode estar relacionada a apenas alguns dos requisitos do ato administrativo – tais como o conteúdo do ato ou mesmo a sua forma – não existindo uma linha perfeita de separação entre o ato discricionário e o ato vinculado⁶⁵⁷.

A discricionariedade administrativa pode ser classificada em discricionariedade quanto aos pressupostos, discricionariedade de decisão, discricionariedade de escolha optativa e, finalmente, discricionariedade de escolha criativa⁶⁵⁸. Não se pode, contudo, confundir vinculatividade à lei com atos administrativos vinculados, já que todos os atos da Administração estão diretamente vinculados à lei, incluindo os atos ditos discricionários, em relação aos quais o próprio legislador transfere ao Administrador Público o poder de identificar os pressupostos de fato que permitem, proíbem ou facultam a prática de um ato (ou sua omissão). Somente em relação a este último caso, quando então identificados os pressupostos de fato previstos abstratamente na lei, o próprio legislador atribui uma faculdade ao Administrador

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ DE CASTRO, Pablo. El acto administrativo, la delegación de facultades y la anulabilidad del acto administrativo. In: **Âmbito Jurídico**, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0028.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2004. Fernández de Castro ensina que "Entre o ato obrigatório e o ato discricionário não existe uma linha perfeita de separação. Entre eles existe uma infinita variedade em que concorrem as características de um e outro. Isto se explica porque ao se conceder através de lei facultades discricionárias à autoridade encarregada de praticar um ato, ditas facultades normalmente se referem, mais que à realização de um ato em sua integridade, somente a alguns elementos do mesmo, tais como o motivo ou objeto do ato. Desta maneira pode muito bem ocorrer que a lei outorgue discricionário para julgar se existe ou pelo contrário, que sendo a lei que fixe os motivos, se conceda liberdade à autoridade competente para determinar o conteúdo mesmo de sua atuação".

⁶⁵⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 199. Para a autora, "a discricionariedade manifesta-se, isto é, o administrador exerce a liberdade de decisão, mediante a ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou ainda quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa)".

Público de optar sobre a prática do ato – inclusive o momento adequado para a prática – se pode falar em ato discricionário, ou seja, poder discricionário vinculado à lei.

A identificação dos pressupostos de fato será sempre decorrência de uma avaliação discricionária, na medida em que pressupõe uma avaliação técnica da Administração Pública, a qual deve conjugar esforços para aplicar com imparcialidade a lei que lhe impõe prerrogativas e deveres em face dos cidadãos. O próprio legislador é quem irá definir se identificados os pressupostos de fato, a atuação do Administrador Público é automática ou se depende de um ato de vontade fundado em um juízo de oportunidade e conveniência o qual inclui o momento mais propício para a prática. O destinatário da norma não possui, como regra geral, liberdade de definir o conteúdo e alcance dos efeitos jurídicos previstos de forma abstrata em lei, muito embora a aplicação da lei pressuponha um juízo necessário de avaliação dos fatos, bem como sobre o alcance e sentido da norma. Revela-se, possível, portanto, uma classificação ampla dos atos discricionários, porque derivam de um poder de avaliação da presença dos pressupostos de fato (avaliação sobre os fatos ou de uma avaliação acerca da adequada aplicação da norma (avaliação de Direito).

No tocante ao poder derivado da lei, através do qual o Administrador Público irá definir se presentes, no caso concreto que lhe é submetido, os pressupostos de fato previstos de forma abstrata na lei, a prática do ato administrativo dependerá de um prévio procedimento administrativo. Através deste procedimento, assegurada a ampla defesa, o interessado poderá produzir as provas necessárias conducentes à

comprovação da matéria de fato, sem as quais o Administrador Público não poderá, validamente, negar o pedido. A prática judiciária revela que em boa parte dos casos submetidos ao Poder Judiciário, a negativa da Administração Pública se dá a partir da incorreta avaliação dos pressupostos de fato. O Administrador Público, no curso do processo administrativo, não reconhece presentes os pressupostos de fato a partir da prova produzida no processo administrativo, seja porque (i) a própria lei impõe a prova tarifada – excluindo determinadas provas como a testemunhal, por exemplo – seja porque (ii) as provas produzidas não permitem a formação do convencimento do Administrador Público ou, ainda, quando (iii) as provas produzidas permitem ao Administrador concluir pela improcedência do pedido administrativo. Os casos (i) e (ii) podem ser facilmente confundidos, porque em ambas as hipóteses, o interessado não conseguiu comprovar os pressupostos de fato a partir das provas produzidas. Contudo, no caso (i) a tarifação das provas não permite ao juiz que substitua a avaliação da Administração Pública, nos casos em que a parte, ainda na esfera administrativa, não conseguiu superar este obstáculo legal, à falta de interesse jurídico, enquanto que no caso (ii), muito embora a Administração tenha o dever legal de proceder a um cuidadoso exame acerca do pedido do cidadão-interessado, a alegada insuficiência de provas poderá ser superada através de uma ação judicial, quando então as provas já produzidas (especialmente a prova documental) serão avaliadas pelo juiz da causa. O caso (iii), por sua vez, não pode ser confundido com a incorreta aplicação da norma ao caso, por parte da Administração Pública, na medida em que se trata das hipóteses nas quais os fatos previstos de modo abstrato na lei é que se constituem no motivo do conflito.

Já no que tange à correta aplicação da norma jurídica vigente, o conflito se dá no plano estritamente normativo, quando então não se pode falar em área reservada da Administração Pública, uma vez que sempre será possível a revisão judicial. O que realmente importa na discussão, portanto, não é a vinculatividade ou discricionariedade do poder atribuído à Administração Pública, mas sim a possibilidade de revisão judicial⁶⁵⁹. Nos casos em que a lei obrigue o Administrador Público a adotar uma única solução possível, a possibilidade de revisão judicial será ampla, inclusive autorizando o juiz a substituir a prática do ato, na medida em que as partes não detêm disponibilidade acerca dos efeitos jurídicos previstos abstratamente em lei. Poderá suceder, portanto, debate acerca do sentido e alcance da norma (que se resolve no plano normativo) ou sobre os fatos a serem provados (que se resolve no plano sociológico), mas havendo uma obrigação derivada de lei que vincule o Administrador Público, o juiz poderá substituir a medida negada.

O mesmo sucede no tocante às condutas proibidas à Administração Pública, quando então a vinculação do Administrador Público é completa, de molde a permitir a atuação substitutiva do juiz, especialmente através da execução específica e das providências de cunho mandamental.

⁶⁵⁹ Nos casos em que a própria lei outorga um poder discricionário ao Administrador Público sobre o conteúdo do ato ou sobre o momento para sua prática, não pode o juiz operar sua revisão. Esta situação sucede nos casos em que ao Administrador se permite a prática de um, dentre vários atos administrativos previstos de forma abstrata na lei, como por exemplo, ante uma infração administrativa a lei preveja uma permissão ao Administrador para que aplique a sanção de advertência ou suspensão. Ao outorgar este poder de escolha ao Administrador Público não poderá o juiz da causa – salvo se declarar a inconstitucionalidade incidente da lei aplicável – substituir a opção válida do Administrador a partir de discutíveis critérios de proporcionalidade ou de razoabilidade, sob pena de quebra do princípio da reserva da Administração.

O problema surge verdadeiramente nos casos em que o Administrador está obrigado a agir ante a constatação da presença de elementos normativos que dependem de uma prévia avaliação acerca das circunstâncias de fato, como por exemplo, nos casos em que presente o “interesse público”. Estas situações são naturalmente propensas ao litígio, quando se considera que a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados depende de um ato de vontade do Administrador Público, fundado em sua capacidade de interpretação. A utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pelos juízes lhes permitiu, gradualmente, ocupar este espaço de avaliação do Administrador Público, fazendo prevalecer a noção de interesse público dos juízes e não da Administração. A partir da consideração de que os juízes não são os únicos, mas sim, os últimos intérpretes da Constituição, ocorreu uma ampliação do espaço tradicionalmente destinado à revisão judicial, através do aporte dos princípios constitucionais. A opção do constituinte de 1988 ao enumerar, no *caput* do art. 37, princípios constitucionais que vinculam à atividade do Administrador Público, implicou clara transferência de poder político aos juízes. Portanto, nos casos em que para a prática de um ato o Administrador Público repute presentes elementos normativos como “interesse público” e “bem comum”, haverá ampla possibilidade de revisão judicial, através de uma jurisprudência principiológica. Quanto mais ampla a linguagem utilizada pelo legislador, tanto maior será a capacidade de revisão judicial. Contrariamente, nos casos em que o legislador define, com clareza – especialmente a partir da enunciação de dados empíricos – os

limites da atividade administrativa, menor será a prerrogativa de revisão judicial, a qual ficará adstrita à revisão da matéria de fato⁶⁶⁰.

Neste novo contexto, o controle judicial da discricionariedade administrativa passa a depender diretamente de avaliações de índole técnica, através de perícias produzidas por órgãos independentes, em relação aos quais os juízes depositam sua confiança, permitindo amplo contraditório em favor dos litigantes.

A retirada da Administração Pública do plano da ideologia para o plano da técnica, limitada pela lei, consiste numa garantia do cidadão, motivo pelo qual o art. 37, *caput*, da CF/88 aloca entre seus princípios o da “impessoalidade”. A racionalidade jurídica⁶⁶¹ imposta pela Constituição à Administração Pública é instrumentalizada através dos mecanismos judiciais de controle de sua amplitude, de modo que não se pode falar em plena discricionariedade administrativa, o mesmo sucedendo a uma plena vinculação do ato administrativo. Também não se pode olvidar que os atos administrativos discricionários não escapam à revisão judicial, na medida em que estão informados pelos princípios constantes do art. 37 da CF/88.

⁶⁶⁰ Os conceitos jurídicos indeterminados não representam, portanto, um óbice à revisão judicial, mas sim em verdadeira abertura axiológica a partir da qual os juízes fazem prevalecer, no caso concreto, sua própria concepção acerca de seu verdadeiro conteúdo. A discricionariedade outorgada ao Administrador, através de cláusulas de conteúdo jurídico indeterminado, amplia, desta forma, a discricionariedade judicial, a partir de uma orientação principiológica fundada diretamente na Constituição.

⁶⁶¹ ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 17. Manuel Ortega alerta sobre a utilização da racionalidade com um fim ideológico, reconhecendo a imensa dificuldade em separar ideologia e racionalidade. “Por otra parte, la racionalidad tiene – o puede tener – un carácter ideológico cuando se introducen através de ella principios o ideas que responden a una determinada concepción del mundo. Esta *Weltanschauung* se absolutiza y lo que constituye una creencia se pasa a través del filtro de la razón con una doble pretensión: por una parte, su universalización y, por otra, su veracidad. La razón se constituye así en el instrumento que sirve para dar solidez a una determinada concepción”.

Trata-se de uma “discricionariedade vinculada”, a qual Karl Engisch tratou de mencionar que

é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas e, particularmente, legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto’⁶⁶².

Muito embora os atos administrativos discricionários permitam o exercício de um ato de vontade, deixando ao agente a possibilidade de optar, validamente, por uma dentre as múltiplas opções existentes, existe uma vinculação finalística aos valores e princípios constitucionais, com especial ênfase aos contidos no art. 37, *caput*, da CF/88.

Concluindo: (i) todos os atos administrativos são vinculados à lei, a qual opera com os modais deônticos proibido, obrigado e permitido. Neste último caso, pode-se falar em poder discricionário da Administração Pública, quando a própria lei elege diversos atos administrativos em relação à ocorrência de um mesmo fato; (ii) os atos praticados pelo Administrador de forma automática permitem ampla revisão e substituição judicial, inclusive nos casos de omissão, pois as partes não têm

⁶⁶² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 220. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 154. Juarez Freitas ensina que “A discricionariedade resulta vinculada aos motivos dados, devendo respeitar princípios e regras, já que a vontade livre não se mostra compatível com o regime de Direito. A liberdade brota do sistema. Este, de sua vez, supõe sua fundamentação na liberdade. Deste modo, o dever de motivação também torna claro que inexistente discricionariedade pura na interpretação tópico-sistemática, pois, se houvesse, torná-la-ia tão incognoscível como é a subsunção automática”. SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169. Para Nelson Saldanha, “Os valores, que são políticos e éticos, justificam as regras e, portanto, as sanções nelas prescritas. O Direito se caracteriza como ordem que vincula a institucionalidade político-social e o conteúdo axiológico das situações, que são ‘situações’ dentro de uma dada ordem.”

disponibilidade acerca da produção dos efeitos jurídicos previstos abstratamente em lei; (iii) o poder discricionário outorgado pelo legislador à Administração Pública, através dos conceitos jurídicos indeterminados, amplia a capacidade de revisão judicial, permitindo a substituição da vontade discricionária da Administração Pública pela dos juízes; (iv) a redução dos conceitos jurídicos indeterminados em prol da adoção de critérios estritamente técnicos⁶⁶³, situa o litígio na solução acerca das questões de fato, em relação às quais a liberdade do administrador (e via de conseqüência do juiz) é menor; (v) o poder discricionário do Administrador remanesce somente nas áreas em que o debate se situa na correta aplicação do Direito, quando então valem os argumentos de natureza normativa, prevalecendo argumentos justificados pela adoção de princípios constitucionais, cumprindo ao juiz verificar com a real extensão da liberdade conferida pela lei.

4.7.2 A vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionais

A discricionariedade do administrador se revela como uma prerrogativa indispensável para a prática de determinados atos, especialmente tendo em vista a

⁶⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 45. Fábio Comparato recorda que “O importante a assinalar é que na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro das políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*). A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do Governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas-provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos”.

sua finalidade, como sucede, por exemplo, na livre nomeação e exoneração dos cargos em comissão. A discricionariedade, neste caso, está associada à necessária relação de fidúcia entre o nomeante e o nomeado. Sempre que comprovado em juízo que esta prerrogativa, fundada num poder discricionário, foi utilizada com outra finalidade senão a de garantir a execução dos serviços que demandam um especial laço de confiança entre nomeante e nomeado, o ato poderá ser anulado, porque ofensivo à Constituição e com especial relevo aos princípios previstos no *caput* do art. 37. Sua vinculação à finalidade prevista em lei e aos princípios constitucionais permite a revisão judicial de todos os atos praticados pela Administração Pública. Muito embora os atos administrativos sejam passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, revela-se importante distinguir entre os atos que dependem de uma manifestação de vontade exclusiva do Administrador e aqueles que podem ser substituídos pelo juiz. Os atos de avaliação técnica, para os quais o legislador outorgou ao órgão da Administração Pública a prerrogativa de valorar, consoante critérios impessoais e imparciais, determinados elementos pertencentes ao mundo físico – de modo a permitir a exata subsunção ao texto de lei – como regra geral, não podem ser substituídos pelo juiz, vez que dependem de um ato de vontade do Administrador. Como exceção, o juiz poderá revisar o conteúdo destes atos, servindo-se, por exemplo, de peritos técnicos, mas terá de justificar sua opção, a partir da indicação concreta de que a avaliação técnica do administrador estava incorreta⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Como exemplo, as avaliações técnicas levadas a efeito pelos peritos médicos do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), contrastadas a partir de prova pericial produzida em juízo, uma vez constatada a notória parcialidade dos resultados produzidos, com a sistemática negativa dos direitos

A substituição de um sistema de regras por um sistema de princípios, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, permite uma maior intervenção do Poder Judiciário, no exercício de controle dos atos praticados pela Administração Pública, reduzindo de modo sensível o campo da sua insindicabilidade judicial. Como leciona Juarez Freitas, ao abordar a revisão judicial dos atos discricionários, “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade”⁶⁶⁵.

A intervenção judicial de natureza principiológica permite uma abertura do sistema jurídico que estabelece uma comunicação direta com a moral e a política, na medida em que a própria Constituição toma para si estes elementos. Contudo, a jurisdição principiológica não pode representar o esvaziamento das prerrogativas inerentes à Administração Pública, sob pena de substituição da vontade discricionária do Administrador pela do juiz. Existe um espaço que deve ser preservado à revisão judicial pelo Poder Judiciário tendo em conta a capacidade técnica de atuação do Poder Executivo, bem como a sua representatividade popular. Muita embora o Poder Judiciário possa, do ponto de vista jurídico, interferir nestas decisões, na medida em que detém a “última palavra” acerca da interpretação correta do conteúdo da Constituição, não deve-se utilizar desta prerrogativa

do cidadão, ainda no âmbito da Administração Pública, transferindo para o interior do Poder Judiciário o ônus (e os custos) de novas avaliações técnicas, já que a própria Administração Pública tem a responsabilidade de atuar de forma impessoal e eficiente. Impõe-se, portanto, a responsabilização pessoal dos servidores públicos pela prática destes atos com desvio de finalidade, de molde a assegurar a preservação da legitimidade das decisões administrativas.

⁶⁶⁵ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 333. O autor sustenta, todavia, a impossibilidade de o juiz da causa proceder na prática de atos substitutivos da Administração Pública, podendo atuar de forma invalidatória, como um “administrador negativo”, a exemplo do que ocorre em sede de controle de constitucionalidade (p. 332) “porque se é certo que o Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção, sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública”.

constitucional nos casos em que a opção do Administrador Público esteja legitimamente ancorada numa margem de liberdade outorgada pelo legislador. Não se pode confundir, ainda, ato administrativo vinculado à lei com ato político vinculado à Constituição. O ato administrativo vinculado à lei, segundo Odete Medauar surge

quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção⁶⁶⁶.

O ato administrativo vinculado à lei já prevê, portanto, de forma específica as consequências jurídicas advindas da constatação de um fato, por parte do Administrador Público. Já a vinculação dos atos políticos aos ditames constitucionais geralmente está amparada em cláusulas gerais, as quais expressam a finalidade do ato a ser praticado. Estas normas não especificam de forma detalhada o conteúdo do ato, o que abre imensa margem de opção em favor dos governos eleitos, os quais terão a liberdade de escolher os meios (políticas públicas) necessários ao atendimento de um dever constitucional.

Muito embora os princípios constitucionais desempenhem um importante papel histórico de resgate da moral pelo Direito, o juiz da causa deve poder confrontar o ato administrativo imoral com elementos concretos e objetivos que possam ser racionalmente justificados. A incorporação de conceitos correlatos à moralidade pelo Direito pode se constituir em um ponto frágil de todo o sistema

⁶⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 116.

jurídico, caso prevaleçam as concepções morais subjetivas do julgador, em contraste com uma moral coletiva. O traço que distingue a moral e o Direito é a cogência estatal. Neste sentido, não se revela legítima a intervenção do Estado em questões morais, para as quais a civilização engendrou formas diferenciadas de tratamento, no intuito de preservação da liberdade humana⁶⁶⁷. Plauto Faraco de Azevedo, ao criticar a cisão conceitual entre o plano normativo (lógico) e o plano valorativo (axiológico) operada pelo positivismo, que culminou por expulsar das academias o exame dos valores constitucionais, denuncia:

Sucedo que esse juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumanizado, não é, de forma alguma, capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa-de-força teórica que impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica⁶⁶⁸.

Não se pode olvidar, por fim, que a moralidade objetiva incorporada pelo *caput* do art. 37 da CF/88 não se resume à moralidade da maioria da população, quando então os direitos das minorias poderiam ser atingidos por políticas públicas porque amparados em uma moralidade prevalente. Incumbe ao Poder Judiciário – e talvez esse seja um dos principais objetivos das Constituições principiológicas – proteger as

⁶⁶⁷ No plano constitucional, porque inseridos num sistema normativo (dever-ser) os valores constitucionais operam com um modal deontico, impondo sua fiel observância, sob pena de inconstitucionalidade, não se constituindo em meras recomendações aos seus destinatários. Sobre a resolução dos conflitos entre as normas no plano axiológico, remetemos à importante obra de FREITAS, Juarez. *Op .cit.*, p. 87.

⁶⁶⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 5. reimpr. Porto Alegre:Sérgio Fabris, 1989, p. 25.

minorias afetadas por políticas que convenham a maior parte da população, uma vez que o Estado deve assegurar a convivência pacífica entre seus cidadãos, respeitadas as diferenças individuais, a partir de um regime de tolerância. A intolerância das maiorias parlamentares pode conduzir a uma ditadura ancorada na representatividade popular, contra a qual a própria Constituição prevê a adoção de medidas de proteção, dentre as quais avulta de interesse a inscrita no art. 60, parágrafo quarto, da CF de 1988 (cláusulas pétreas).

4.7.3 A questão dos conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados estão diretamente vinculados à atribuição de um poder discricionário em favor da Administração Pública, uma vez que a atribuição do sentido da norma dependerá de um ato de vontade por parte do Administrador. Muito embora toda a aplicação demande uma interpretação fundada em um ato de vontade do intérprete, os conceitos jurídicos indeterminados transferem ao aplicador a função de conformar o próprio conteúdo da lei. Como leciona José Eduardo Faria

os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei⁶⁶⁹.

Não se pode confundir, portanto, a interpretação administrativa da lei como um ato de atribuição de sentido à norma, com a interpretação de uma lei que preveja dentre seus elementos um mecanismo de escolha livre do administrador. A dificuldade de revisão judicial consiste no fato de que ao Administrador Público é outorgado o poder de definir, a partir de situações concretas, o conteúdo da própria lei, do que resulta que somente a partir da aferição da finalidade preconizada pelo legislador se revela possível a revisão judicial, buscando invalidar o ato administrativo. A teorização dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu associada à idéia de ilimitado controle jurisdicional de sua interpretação e aplicação, em contraposição ao controle jurisdicional limitado da discricionariedade⁶⁷⁰. Os conceitos

⁶⁶⁹ FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 139.

⁶⁷⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 71. A autora recorda, ainda (p. 72) que “a evolução da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados ocorreu na Alemanha, onde predominou, a princípio de modo quase unânime, a teoria da univocidade: os conceitos legais indeterminados, amputados do âmbito da discricionariedade, migraram para o domínio da vinculação legal. Como conseqüência, a interpretação e aplicação das normas que contêm conceitos indeterminados, durante o processo de preenchimento de seu conteúdo, conduz a uma única solução correta e, desse modo, o controle jurisdicional é pleno”. A autora ainda recorda que (p. 76) “não há como negar a existência de uma categoria de conceitos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. A melhor base teórica para a afirmação desses conceitos insindicáveis judicialmente é aquela proposta por Walter Schmidt e aprimorada por Sérvulo Correia: as decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impassíveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno”. Cumpre ressaltar, todavia, que mesmo os juízos legislativos fundados em prognoses são passíveis de controle jurisdicional no tocante a sua constitucionalidade, inclusive a partir da experiência alemã, consoante demonstra Gilmar Ferreira Mendes (Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, n. 8, jan. 2000, disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.03.2004). Assiste razão à autora no tocante aos atos administrativos, na medida em que praticados a partir de prognoses, ou seja, de projeções acerca dos resultados decorrentes de uma determinada ação governamental, muito se aproximam da formulação das políticas públicas, as quais demandam um planejamento das ações do Estado a partir das conseqüências desejadas. Bem por isto, os atos administrativos fundados em prognoses se constituem em atos de execução de políticas públicas e não são, como regra geral, passíveis de revisão judicial porque implicam uma margem indispensável de liberdade outorgada aos governos eleitos. Ressalte-se, contudo, que muito embora a escolha dos meios adequados seja atribuição dos governos, as finalidades de suas ações já estão previstas na Constituição Federal, do que resulta a possibilidade de um controle judicial nos casos em que as políticas públicas a serem

jurídicos indeterminados se constituem em instrumentos através dos quais o legislador atribui à Administração Pública um poder de conformação do sentido da norma, o que de modo algum pode ser confundido com a autorização para a prática de um ato administrativo discricionário. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar o tema, ensina que a origem histórica da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados está na Alemanha, sendo que na discricionariedade o Administrador Público possui “duas ou mais opções, todas elas válidas perante o direito”, enquanto que na interpretação de um conceito indeterminado existe apenas uma única solução⁶⁷¹. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a sindicância judicial acerca dos atos administrativos fundados em conceitos jurídicos indeterminados, bem como no tocante à conveniência e oportunidade do ato não se revela possível diante do princípio da separação dos Poderes⁶⁷². A discussão em torno do tema se revela importante, pois existe uma ligação, em sede doutrinária, entre conceitos jurídicos indeterminados e limites à atividade de controle jurisdicional.

implementadas se mostrem manifestamente inadequadas aos objetivos preconizados pelo constituinte. Quando a execução de uma política pública estiver fundada em dados de natureza técnica, a revisão judicial somente será possível caso estes dados possam ser confrontados em juízo, demonstrando-se sua incorreção, ou seja, que os instrumentos adotados pela Administração não irão produzir os efeitos desejados. Este tipo de revisão judicial se mostra especialmente delicado nas hipóteses em que o programa governamental seja resultado de uma proposta eleitoral que recebeu o aval dos eleitores, quando então a intervenção judicial somente se revela possível caso exista ofensa direta a um dispositivo constitucional que estabeleça limitações expressas à atividade do Poder Executivo, como, por exemplo, quando protege direitos adquiridos dos cidadãos.

⁶⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas: formas de controle. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador, n. 16, p. 155-194, jul./dez. 1991, p. 166.

⁶⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 875.

A partir da classificação sugerida por Karl Engisch, tem-se que os conceitos jurídicos indeterminados se dividem em conceitos normativos e descritivos⁶⁷³. Os conceitos normativos remetem a uma valoração do aplicador, na medida em que dependem de um juízo acerca de dados de natureza axiológica, sendo, portanto, marcados pelo subjetivismo. Já os conceitos descritivos se reportam a fenômenos comprováveis no mundo dos fatos, a partir de uma experiência empírica, com o que se pode falar que é pretensamente reduzida a margem de avaliação do intérprete. Muito embora os conceitos de natureza descritiva sejam elementos constitutivos de uma norma jurídica, não se pode falar que sejam de natureza normativa, pois como alerta Karl Engisch, os conceitos normativos se referem a valores.

O espaço de liberdade outorgado pelo legislador à Administração Pública também é conformado pela inserção de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais, os quais expressam (i) um ato de vontade legislativa; ou (ii) uma necessidade decorrente da natureza da matéria tratada.

No primeiro caso, muito embora o legislador tenha a faculdade de se utilizar dos conceitos de natureza descritiva – ou seja, que têm sua correspondência no mundo dos fatos – opta por conceitos de natureza normativa, os quais demandam uma interpretação eminentemente axiológica. Também pode suceder, ainda nesta

⁶⁷³ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 210. Ensina o autor que “de modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo ‘normativos’. Todavia, os conceitos normativos são freqüentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei”. Em outra passagem (p. 214), o autor recorda que “a autonomia da valoração pessoal a que acabamos de nos referir parece à primeira vista ser a característica mais específica de uma particular classe de conceitos que igualmente se põem a *serviço do afrouxamento da vinculação legal*, a saber, a classe dos conceitos discricionários, a que hoje tantas vezes a doutrina se refere”.

hipótese, que o princípio da reserva da Administração não permita ao legislador incursionar sobre matérias que demandam um exame técnico. A previsão dos requisitos de natureza técnica será realizada através de instrumentos normativos do próprio Poder Executivo, encarregado que está de aplicar as leis aprovadas pelo Congresso Nacional. Muito embora o legislador tenha a faculdade de inscrever elementos de natureza técnica no bojo das leis, o processo de evolução científica lhe impõe esta limitação, pois a regulação destas matérias pelo Poder Executivo permite imprimir maior velocidade ao processo normativo, adaptando constantemente a norma à evolução da técnica.

Já no segundo caso, a natureza de determinadas matérias legislativas impõe, do ponto de vista lógico, a adoção de conceitos de natureza normativa, transferindo à Administração Pública a prerrogativa de fixar, na aplicação da lei ao caso concreto, o conteúdo da norma, na medida em que somente à vista de elementos concretos se revela possível esta atividade, como, por exemplo, quando menciona que o Administrador deve praticar determinado ato à vista do “interesse público”.

A inserção de conceitos jurídicos indeterminados no bojo das leis de modo algum impede a revisão judicial, mas o juiz deve estar atento no tocante à vontade política do próprio legislador. A transferência de poder à Administração Pública, através dos conceitos jurídicos indeterminados, pode representar uma deferência ao princípio da reserva da administração, nos casos em que a definição do conteúdo da norma dependa de um ato de vontade do Administrador Público. A impugnação

deste ato de vontade⁶⁷⁴ em juízo demandará, portanto, a comprovação de que o ato praticado não observou os limites previstos em lei (desvio de poder) ou buscava atingir finalidade diversa da preconizada pelo legislador (desvio de finalidade). Existe, portanto, uma presunção de legitimidade do ato que milita em favor da Administração Pública, nos casos em que tenha sido devidamente motivado, mesmo nos casos em que venha a afetar os direitos fundamentais do cidadão. Neste caso, o cidadão prejudicado poderá apresentar sua impugnação a partir da demonstração de que o ato administrativo não observou o princípio da proporcionalidade⁶⁷⁵. Todavia, caso o ato praticado não tenha sido motivado, a presunção de sua legitimidade não pode ser aceita pelo juiz, incumbindo à Administração Pública comprovar, no caso concreto, a demonstração de que observada a lei e os princípios constitucionais inscritos no art. 37, *caput*, da Carta de 1988. Ao cidadão bastará impugnar o ato a partir da proteção outorgada pela lei ou pela Constituição ao seu direito fundamental, transferindo ao Administrador Público o ônus de comprovar a legitimidade de seu ato. Ressalvem-se os casos de atos administrativos com motivação vinculada diretamente à lei, em relação aos quais a Administração Pública pratica o ato de

⁶⁷⁴ Karl Engisch (*op. cit.*, p. 219) recorda, ao tratar dos atos discricionários, que “*é o direito, quase sempre a lei, que numa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de facto possíveis. E esta possibilidade jurídica recebe o seu sentido mais próximo através das intenções que de direito – ou por força de lei – a ela se ligam*”. Ao tratar da possibilidade de controle judicial das decisões fundadas em um poder discricionário da Administração Pública, o autor traz à tona o conceito de “discricionariedade vinculada”, ou seja, uma limitação do administrador no tocante à finalidade a ser atingida (p. 221).

⁶⁷⁵ O cidadão atingido pela medida deverá comprovar, portanto, que o meio escolhido não se revela idôneo para atingir o fim preconizado pela Administração ou, ainda, que a restrição ao direito fundamental não era necessária ou razoável, havendo outras opções. Somente a partir da motivação do ato, o juiz poderá descer a um exame acerca da oportunidade e conveniência do ato administrativo que venha a ofender direitos fundamentais.

forma automática, à vista dos pressupostos de fato quando então dispensada sua motivação.

Finalmente, cumpre asseverar que os conceitos jurídicos indeterminados também estão diretamente relacionados com a interpretação constitucional, motivo pelo qual se pode falar em uma discricionariedade política nos casos em que o constituinte limita a atividade do Poder Executivo aos princípios constitucionais. Sobre o tema, Vasconcellos dos Reis recorda que “as normas programáticas são, certamente, as que manifestam com maior vigor as dificuldades interpretativas próprias do Direito Constitucional, justamente porque veiculam uma grande quantidade dos assim chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’⁶⁷⁶. Esta é a razão pela qual a teoria da revisão judicial dos atos administrativos foi transposta para o âmbito do Direito Constitucional. Neste contexto, princípios como o da moralidade e eficiência administrativa possuem a natureza de conceitos indeterminados, pois demandam uma interpretação valorativa por parte do aplicador, sendo impossível a concretização de um princípio sem o recurso a uma argumentação fundada nos valores constitucionais.

4.7.4 Discricionariedade e motivação dos atos administrativos

A motivação dos atos administrativos se revela como a mais importante conquista do Direito Administrativo contemporâneo, na medida em que impõe ao

⁶⁷⁶ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 205.

Administrador Público o dever de justificar sua atuação mediante a referência expressa às causas de sua intervenção, mesmo nos atos administrativos praticados com algum grau de discricionariedade, segundo comando expresso da lei, por imposição direta da Lei 9.748/99. Como ensina Juarez Freitas, ao abordar o controle judicial dos atos administrativos discricionários

O mérito do ato não há de ser inquirido, mas, até em razão disto, o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricção existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a vinculante finalidade do sistema. Logo, obrigatoriamente, os atos discricionários devem ser motivados, porquanto neles mais se deve acentuar o cuidado para com a adequação, pois quanto maior a liberdade, maior o controle, no sistema de recíprocos contrapesos entre os poderes.⁶⁷⁷

A motivação dos atos administrativos, muito embora não se encontre prevista de modo expreso na CF/88, é decorrência direta do princípio da publicidade, o qual aplicado em sua eficácia máxima, infunde ao Administrador o dever de expor os motivos pelos quais optou por uma das soluções juridicamente possíveis, de modo a possibilitar um controle por parte da sociedade⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 337. O autor adota uma classificação dos atos administrativos, distinguindo os atos administrativos vinculados propriamente ditos dos atos de discricionariedade vinculada ao sistema, sendo que a diferença “reside no maior ou menor grau de vinculação aos princípios da legalidade estrita do que no grau de liberdade do agente na consecução dos atos da administração ou de prestação do serviço público”.

⁶⁷⁸ Existe, todavia, a previsão expressa de motivação de alguns atos administrativos consignados na Lei federal 9.748/99, a qual prevê, por exemplo, em seu art. 50, § 3º, o dever de motivação das decisões dos órgãos colegiados que deve estar consignada em ata própria. Só raramente, no entanto, este dever tem sido observado, especialmente pelos próprios Tribunais e Ministérios Públicos, ao decidirem questões de ordem administrativa, os quais têm a incumbência de zelar, de modo efetivo, pelo cumprimento das leis e da Constituição, sendo que sequer o princípio da publicidade tem sido respeitado nestes casos. Sobre o tema, o importante artigo de OSÓRIO, Fábio Medina. (O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário. In: SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 273-319), no qual o autor aponta a incompatibilidade da Lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul n. 7.669/82 (Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul) com a Constituição de 1988, na medida em que a lei estadual prevê “votação secreta”

O papel que a motivação dos atos administrativos exerce na consolidação da democracia consiste em assegurar que todos os atos discricionários sejam passíveis de revisão judicial, nos casos em que os cidadãos se sintam lesados com a opção feita pelo Administrador Público. A liberdade conferida pelo legislador ao Administrador Público para a prática de atos discricionários é, portanto, equilibrada pelo dever de motivação. Já na prática dos atos administrativos vinculados a motivação perde parcela de sua importância, porque os motivos da intervenção do Administrador – ou ainda as consequências jurídicas da subsunção do fato que o Administrador reputa comprovado – já se encontram, como regra geral, descritos na própria lei. Já nos atos discricionários, a motivação se revela indispensável, uma vez que, presentes os pressupostos de fato, o Administrador poderá, de forma livre, escolher qual o conteúdo do ato que deverá ser praticado. Sobre o tema Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que

se o motivo foi vinculado e obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubiosamente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória⁶⁷⁹.

A própria fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados, tais como o de “interesse público” por exemplo, conduz a um inexorável dever de motivação, por

das vagas de promoção e remoção por merecimento no cargo de Promotor de Justiça. A situação se agrava quando se sabe que boa parte dos Tribunais Regionais Federais do país legisla sobre direitos e prerrogativas da magistratura federal de carreira através de seus respectivos regimentos internos, sem qualquer consideração com a Constituição Federal, sendo que as decisões administrativas adotadas como regra geral não são motivadas, dado que sequer permite a revisão judicial de seu conteúdo. Sobre o tema, o autor recorda que (p. 296) “Não há dúvidas, em verdade, a respeito da direta conexão do princípio da motivação administrativa com o princípio da controlabilidade dos atos administrativos.”

⁶⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 105.

imposição do princípio da publicidade. Caso contrário, os cidadãos atingidos pela medida administrativa estariam impossibilitados de manifestar sua insurgência, o que colide com os princípios basilares de um Estado constitucional e democrático, não se podendo conceber o princípio da publicidade como um mero comando de publicização dos atos administrativos.

A motivação dos atos administrativos é correlata ao dever de transparência da Administração Pública na gestão da máquina administrativa, ou seja, numa moralidade objetiva que se exige do Administrador Público, o qual somente pode ser ressalvado pela própria Constituição. Havendo liberdade de escolha de qual o ato que deverá ser praticado, ante uma hipótese concreta – como por exemplo, quando em processo administrativo disciplinar se faculta à Administração Pública escolher entre a pena de advertência e a de suspensão – impõe-se o dever de motivar o ato, com o que se permite a sua revisão judicial. Sobre o tema Emerson Garcia recorda que

estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência de situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato – causa – e a natureza categorial de seu objeto) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato)⁶⁸⁰.

Existem, contudo, atos administrativos que dispensam a motivação, seja porque a lei não prevê liberdade de escolha de qual o ato que deva ser praticado, seja porque a própria Constituição dispensa a motivação. Nesta segunda hipótese,

surgem os casos específicos de contratação de servidores públicos para cargos de livre nomeação, nos termos do art. 37, II, da CF/88⁶⁸¹. A dispensa da motivação decorre diretamente da vontade do constituinte, na medida em que a escolha do ocupante do cargo em comissão depende de um ato de livre vontade do Administrador Público. Muito embora o conteúdo deste ato esteja, e exemplo dos demais atos administrativos, vinculado aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública – dentre os quais avulta de interesse o princípio da moralidade – não existe o dever de motivação da prática do ato⁶⁸².

Não existem, portanto, atos administrativos que se encontrem imunes à revisão judicial, muito embora a maior parte dos atos discricionários se encontre regida por leis que consignam conceitos jurídicos indeterminados, de cunho normativo, os quais demandam a prática de um ato de vontade por parte do Administrador Público. Ao revisar estes atos sob a luz dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário acabará por substituir a vontade do Administrador por sua própria vontade, o que implica um dever superlativo de motivação das decisões judiciais. Ao promover uma ação judicial de impugnação de um ato administrativo discricionário o

⁶⁸⁰ GARCIA, Emersom. A moralidade administração e sua densificação. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, FESMPDFT, v. 11, n. 22, jul./dez. 2003, p. 102.

⁶⁸¹ “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

⁶⁸² Nestes casos, a revisão judicial do ato praticado, através da confrontação dos motivos da nomeação ou da exoneração, poderia implicar a alteração do conteúdo desse ato, o que de modo algum se coaduna com a especial natureza das funções desempenhadas pelo ocupante do cargo comissionado. A necessária relação de fides entre o nomeante e o nomeado dispensa, portanto, a motivação, pois o constituinte pretendeu restringir a revisão judicial. Consigne-se, contudo, que mesmo nestes casos, por imposição dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Carta de 1988, o Administrador Público, quando tiver seus atos confrontados em juízo através de uma ação judicial – como, por exemplo, a ação popular – está obrigado a justificar a prática do ato, quando da apresentação de sua defesa, comprovando o atendimento dos princípios constitucionais.

autor deverá comprovar que os motivos consignados pelo Administrador Público não correspondem à causa real da prática do ato, ou seja, que o ato é fraudulento; ou, ainda, que os motivos expostos conduziram à prática de ato administrativo diverso. No primeiro caso, a revisão judicial estará adstrita, no plano lógico, à declaração de nulidade do ato administrativo praticado. Já no segundo caso, a sentença judicial poderá substituir um ato de vontade do Administrador Público, nos casos em que a lei preveja, de modo expresso, uma consequência jurídica diversa ante a motivação explicitada. Ricardo Medauar Ommati, muito embora discorde da possibilidade de substituição do ato administrativo, admitindo apenas uma intervenção exclusivamente anulatória por parte do Poder Judiciário, consigna que

O papel do Judiciário, ao controlar a discricionariedade, não será, jamais, o de anular o papel da Administração – vez que aniquilaria a própria ‘Separação dos Poderes’ essencial para a efetivação da democracia: ele complementa a atividade do Poder Executivo, indicando o que está correto à luz dos princípios da Administração e dos princípios constitucionais, e invalidando aquilo que confronte a ordem constitucional almejada⁶⁸³.

A simples anulação do ato administrativo, todavia, poderá se revelar uma medida insuficiente, especialmente nos casos de omissão por parte do Administrador Público, motivo pelo qual, não existindo liberdade de opção do ato a ser praticado, o Poder Judiciário poderá interferir de forma positiva.

⁶⁸³ MEDAUAR, Ricardo Emilio Ommati. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004, p. 68.

CONCLUSÃO

O controle judicial das políticas públicas se constitui em mero instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, pois através do Poder Judiciário as demandas de natureza social e econômica poderão ser problematizadas a partir de discursos ancorados na Constituição.

As ações civis públicas e de controle concentrado da constitucionalidade das leis assumem um caráter funcional, na medida em que permitem uma ampliação do espaço tradicionalmente destinado aos atores sociais não-institucionalizados. Tratam-se, portanto, de instrumentos eficazes para a amplificação de pretensões políticas de grupos que hoje estão à margem do debate travado nas instâncias formais de democracia representativa. Os direitos coletivos não podem ser protegidos através de ações individuais, razão pela qual as ações coletivas e de controle concentrado de constitucionalidade são indispensáveis nas sociedades pós-industriais.

A formulação e a execução das políticas devem ser realizadas a partir do Estado, pois não se concebe a alteração das condições socioeconômicas do país sem a intervenção estatal. Muito embora o Estado neoliberal deixe de prestar diretamente serviços públicos e intervenha na economia na qualidade de regulador, não se pode subestimar a importância destes papéis para a democracia, do que

resulta que as políticas públicas dependem da intervenção estatal. A intervenção se dará através de prestações materiais e normativas, ou seja, através da atividade administrativa e legislativa.

O controle judicial da formulação das políticas públicas não recebe idêntico tratamento jurídico do processo de execução das políticas públicas, já que o princípio democrático é afetado de forma diferenciada nestas duas situações.

No primeiro caso, a formulação de políticas públicas, a partir de direitos e princípios definidos na Constituição brasileira de 1988, demanda um ato de vontade política, o qual pressupõe um amplo debate constitucional e a consideração dos interesses de todos os cidadãos envolvidos. Neste sentido, avulta de importância a teoria da ação comunicativa de Habermas, uma vez que as políticas públicas deverão ser formuladas pela própria sociedade, em um espaço público o qual, no caso brasileiro, pode ser traduzido nos conselhos deliberativos – tais como os conselhos municipais e estaduais da saúde e da educação – em relação aos quais se pode afirmar que suas decisões vinculam o Poder Executivo. Os instrumentos tradicionais de democracia representativa, historicamente ligados a uma concepção liberal de cidadania, não podem ser considerados como mecanismos exclusivos de aferição da vontade geral. As instituições formais de representação popular – Executivo e Parlamento – traduzem seus próprios interesses, a partir de uma pauta de prioridades que toma em consideração aspectos próprios do sistema político, a partir de um processo de diferenciação do qual resultam padrões de comportamento informados por critérios autônomos. A complexidade da sociedade brasileira contemporânea impõe que novas instâncias de comunicação social sejam

engendradas a partir de necessidades locais e coletivas, no que se convencionou denominar de instrumentos de democracia participativa.

A combinação dos sistemas de democracia representativa e participativa permite uma ampliação do debate acerca da legitimidade das políticas públicas, especialmente quando seu conteúdo depende de uma avaliação prospectiva que vinculará as gerações presentes e futuras. Atuam, portanto, de forma complementar, já que a representação popular ainda consiste num instrumento racional para uma atuação rápida e eficiente dos governos eleitos, sem a qual seria impossível gerir a máquina administrativa com eficiência. O déficit democrático deste sistema pode ser compensado por uma atuação incisiva dos mecanismos de participação popular, com especial ênfase nos mecanismos de descentralização administrativa, como, por exemplo, os conselhos deliberativos no âmbito dos Estados e Municípios. As decisões destes conselhos deliberativos vinculam os governos eleitos, pois não se tratam de instâncias meramente consultivas, mas sim, de entidades autônomas de gestão popular dos recursos públicos em suas respectivas áreas de atuação, dispondo, portanto, da prerrogativa de vincular o conteúdo da lei orçamentária anual.

O concerto entre eficiência e rapidez das instâncias formais de representação popular – ancoradas em uma burocracia estável de carreira –, com a legitimidade decorrente das instâncias informais de democracia participativa, é a melhor opção para a consolidação da democracia no Brasil.

Neste sentido, o processo de formulação das políticas públicas não pode ser decorrência da vontade institucional dos legitimados ativos para as ações de controle concentrado de constitucionalidade ou ações coletivas. Aceitar que instituições

específicas da comunidade organizada – em favor das quais o legislador autorizou a promoção de ações que visam proteger bens coletivos – detenham a legitimidade para formular políticas públicas que vinculem os governos eleitos se revela incompatível com a concepção de democracia constitucional, a qual repele a atuação direta de instâncias não-eleitas que pretendem promover seus programas próprios de ação estatal sem qualquer vinculação com a sociedade. Instâncias mediadoras entre os governos e a sociedade, somente podem ser aceitas a partir de um amplo processo de comunicação que envolva os argumentos de todos os cidadãos atingidos. Um tal processo de formulação de políticas públicas, a partir de interesses mediados por instituições formais do Estado e da sociedade organizada – como, por exemplo, o Ministério Público e as associações – significaria o aprisionamento da democracia num sistema aristocrático. Estas instituições não terão legitimidade para formular políticas públicas no Estado democrático, na medida em que não fazem parte de instâncias eleitas pela comunidade, bem como seu discurso não é previamente submetido a um amplo debate acerca das reais necessidades dos cidadãos atingidos, a partir de critérios de justiça distributiva. Ademais, ao interferirem de forma direta de como os recursos públicos teriam de ser distribuídos na comunidade, os juízes teriam de, forçosamente, assumir a responsabilidade política sobre seus erros, o que não se coaduna com o modelo judicial brasileiro, segundo o qual os juízes são vitalícios. A única alternativa possível, neste caso, é a alteração do estatuto dos juízes do Supremo Tribunal Federal, definindo mandatos fixos sujeitos à prorrogação por prazo determinado, o que infelizmente não foi objeto de exame na reforma do Judiciário brasileiro. Um modelo no qual os juízes interferem

na escolha das melhores políticas públicas a serem implementadas pelo Estado depende, portanto, de formas eficientes de controle por parte da sociedade.

Somente através da ação combinada dos sistemas de democracia participativa e representativa a questão da legitimidade do controle judicial poderá ser resolvida, motivo pelo qual uma concepção procedimental de democracia se afigura como a mais adequada para estes casos.

Formulada a política pública pelas instâncias próprias, a demanda judicial servirá como um mero instrumento de sua veiculação, nos casos em que os Poderes responsáveis por sua execução se omitirem em sua efetiva implementação. Esta omissão pode-se dar na dimensão legislativa (prestações normativas) e na dimensão administrativa (prestações materiais), o que autoriza os juízes a adotarem as medidas concretas, em caráter substitutivo, ante a omissão dos demais Poderes, razão pela qual se menciona a atividade administrativa e legislativa do Poder Judiciário.

A situação é totalmente diversa nas hipóteses nas quais o Poder Judiciário atua em sede de controle da execução de políticas públicas já previstas na Constituição e na própria lei, pois a incumbência constitucional dos juízes é a de concretizar as normas constitucionais, a partir de uma concepção substancial de democracia. Controla-se não o conteúdo da política pública, mas sim, o momento mais adequado para a sua implantação. Neste contexto, qualquer legitimado ativo poderá promover medidas judiciais que propiciem a realização prática dos fins almejados expressamente pelo constituinte, pois o grau de afetação do princípio democrático é compatível com uma atividade substitutiva do Poder Judiciário. A

tutela dos direitos individuais não pode depender, portanto, de argumentos de natureza política e econômica.

Os juízes terão de construir discurso sofisticado que permita a adoção de medidas concretas, a partir de argumentos estritamente jurídicos buscados na própria Constituição, já que a lógica dedutiva que preside as concepções dogmáticas é insuficiente num contexto no qual as leis e a Constituição possuem uma textura aberta, vazada em princípios. Neste sentido, um discurso judicial que combine argumentos de fundamentação com os de adequação permite legitimar a intervenção judicial, na medida em que o plano da validade não se confunde com o plano da adequação. No plano da validade, as políticas públicas devem ser executadas a partir de opções moralmente válidas a partir de argumentos de fundamentação, os quais considerem procedimentos que correspondem a uma concepção procedimental da democracia. Segundo esta concepção, a legitimidade de uma política pública depende de um elevado grau de participação popular, através de instâncias formais e informais que mediatizem os interesses de todos os cidadãos que serão atingidos pelas medidas, sendo que esta concepção é compatível com a proposta de **Habermas**.

Já no plano da aplicação, como lembra Günther, cumpre aos juízes proceder a um exame de todos os elementos específicos envolvidos no caso, de molde a assegurar a proteção da isonomia constitucional, através de uma concepção substancial da democracia, para a qual são perfeitamente válidas as recomendações de **Ronald Dworkin** acerca da importância dos princípios.

A “formulação” das políticas públicas depende, portanto, de uma concepção procedimental de democracia, enquanto que o controle judicial de sua “execução” demanda uma concepção substancial, atrelada ao princípio da isonomia.

A combinação das duas concepções se revela plenamente compatível com o princípio democrático, pois congrega legitimidade e efetividade das políticas públicas.

Não existe, contudo, uma fórmula ideal que possa ser dessumida da essência ontológica das normas constitucionais. A democracia depende essencialmente das tradições e pré-compreensões que cercam seus intérpretes. A realidade da sociedade brasileira contemporânea – a exemplo dos demais países periféricos – é marcada pelo signo da contingencialidade, o que de modo algum pode autorizar uma concepção irracional do Direito, a partir de ideologias instrumentalizadas através da Constituição.

Uma jurisdição principiológica de modo algum pode resultar em uma escala fixa de valores que impede uma avaliação imparcial do caso sob julgamento. A motivação das decisões judiciais a partir de argumentos jurídicos é um imperativo da democracia constitucional brasileira, pois argumentos político-econômicos são facilmente manipuláveis a partir da ideologia própria dos grupos organizados da sociedade, do que resulta um debate constitucional pobre em argumentos, mas rico em retórica. Um debate constitucional no nível exclusivamente axiológico não pode claramente ser distinguido de um debate filosófico sobre o conteúdo moral do comportamento dos cidadãos. A comunicação entre moral e Direito através da Constituição não pode anular as diferenças próprias de cada sistema, já que as normas jurídicas operam numa dimensão deontológica amparada no uso da força do

Estado. Uma equiparação entre Moral e Direito conduziria a um totalitarismo estatal, réplica do Estado orwelliano, contra o qual juristas e filósofos têm-se insurgido ao longo dos últimos duzentos anos. O Direito possui, portanto, uma importante função na democracia. O espaço judicial não é o único espaço possível para a emancipação política dos cidadãos brasileiros na atualidade, mas é a nossa melhor alternativa.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the people**: foundations. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel de. **O órgão jurisdicional e sua função**: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALTAMIRANO, Alejandro. La discrecionalidad administrativa en el procedimiento tributario. In: **Direito Tributário**. 2 v., v. I, Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin. 2003. p. 223-252.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. 7. ed. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen. **Revista Jurídica Virtual**, n. 5, set. 1999 Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 mar. 2004.

_____. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Vera Regina de. **A reconstrução do conceito liberal de cidadania**: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 12 mar. 2004.

_____. **Cidadania**: do Direito aos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania". In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo. (Org.). **Direitos Humanos como educação para a Justiça**. São Paulo. LTR, 1998. p. 123-134.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 20, n. 7, p. 768-777, jun. 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3. ed. Tradução de Mário Kury. Brasília: UnB, 1992.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRETCHE, Marta. Políticas sociais no Brasil: Descentralização em um Estado federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 111-141, jun. 1999.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI**: conflito e ordem na onda liberal pós-moderna. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

_____. **Direito Moderno e Mudança Social**: Ensaios de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Direito, Marxismo e Liberalismo**: ensaios para uma sociologia crítica do direito. Florianópolis: CESUSC, 2001.

_____; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, Direitos Humanos e Desenvolvimento. In: _____. **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. São Paulo: América Jurídica, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. 5. reimp. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

_____. **Justiça distributiva e aplicação do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983.

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Jurídica, 1996

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, aplicação e estrutura de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, n. 48, maio 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 maio 2004.

BASTOS, Celso Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BAVA, Sívio Caccia. As Ongs e as políticas públicas na construção do estado democrático. **Revista do Serviço Público**, v. 118, n. 3, p. 97-100, set./dez. 1994.

BEN, José Manuel Aguilar de. Derechos humanos e derechos económicos e sociales. In: _____. **50 años de derechos humanos**. Madrid: Editorial Fundamentos, 2000.

BENTO, Leonardo Valles. Sobre a separação do Estado – sociedade civil como categoria do pensamento burguês. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 40, p. 62-86, jul. 2000.

_____. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BITTENCOURT, C.A Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça do Brasil, 1997.

BLANC ALTEMIR, Antônio. Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de Los Derechos Humanos a Los Cincuenta Años de la Declaración Universal. In: _____. **La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal**. Madrid: Tecnos, 2001. p.13-36.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à Justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Cascais Franco. Lisboa: Publicações Europa América, 1970.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Os fundamentos de legitimidade do Estado Constitucional: As análises de Weber e Habermas. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 5-20.

_____. As relações entre Direito, Moral, e Política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann. In: SANTOS, Rogério Dutra. **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 169-190.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. In DWORKIN, Ronald. **Derechos en serio**. Apresentação à edição espanhola traduzido por Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, ano XXI, v. 41, p. 83-112, dez. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

_____. A principalização da jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, p. 83-89, abr./jun. 2000.

_____. Tribunal Constitucional, jurisprudências e políticas públicas”. In: **XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal**, realizada no pequeno auditório do edifício da Caixa Geral de Depósitos em Lisboa. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/discursogomescanotilho.htm>. Acesso em: 10 jul. 2004.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – Noções fundamentais. Revista da **AJURIS** (Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, n. 20, p. 22-48, nov, 1980.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CENCI, Daniel; BREUNIG, Eltor; GESTA LEAL, Rogério. As relações entre os Poderes locais como base de sustentação política. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. 3 v., Tomo 2, p. 597-624.

CHUEIRI, Vera Karam de. **A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin**. Florianópolis. 217 p. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale della'azione ed il processo civile**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CORTINA, Adela. Derechos humanos y discurso político (tradução livre). In: ARNAIZ, Graciano González (Org.). **Derechos Humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica**. Madrid: Tecnos. 1999, p. 36-55.

COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10. p. 47-60, 2003.

CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Tradução Tamara Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves e Fundação Friedrich Naumann, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DESARIO, Nicole J. Reconceptualizing Meritocracy: The decline of disparate impact discrimination law” In: **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**. Massachusetts: Harvard Law School, v. 38, n. 2, p. 480-510, Summer, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas: formas de controle. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador, n. 16, p. 155-194, jul./dez. 1991.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

DINIZ, Eli; Renato R. Boschi. Empresariado e estratégias de desenvolvimento. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 52, p. 15-34, jun. 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro – a ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Revista Forense**. Brasília, v. 97, n. 357, p. 41-50, set./out. 2001.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis, ano XXI, n. 41, p. 33-66, dez. 2000.

_____. **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição**. 2004,

359p. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

DOBROWOLSKI, Sílvio. A Constituição e a escola judicial. In: _____. **Direito, Estado, política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris /CPGD – UFSC, 1995.

DOEHRING, Karl. A função do Tribunal Federal Constitucional Alemão na qualidade de principal guardião da Constituição, dos termos da lei e da democracia. In: **O federalismo na Alemanha**. São Paulo. Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Centro de Estudos, p. 205-211, 1995.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de S. Paulo*. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad**. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. **Freedom's law: the moral reading of the American constitution**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

ELSTER, Jon. The possibility of rational politics. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. V. 14, n. 39, p. 13-40, fev. 1999.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press: 1995.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTELMANN, Ricardo. La formación de una epistemología jurídica. In: _____. **El discurso jurídico**. Perspectiva psicoanalítica y otros abordages epistemológicos. Buenos Aires: Hachette. Buenos Aires: 1982.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Controle judicial e social das políticas públicas. In: XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Justiça: Realidade e Utopia. **Anais**. Rio de Janeiro, 29 de agosto a 2 de setembro de 1999. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000. p. 589-603.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros s, 1999.

_____. A crise do Judiciário no Brasil: algumas notas para discussão. **Separata da Revista do Ministério Público de Portugal**. Lisboa, n. 89, p. 9-45, 2002.

_____. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1988.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2002.

FAVOREAU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994.

FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. Agências reguladoras: algumas questões constitucionais. **Revista Jurídica Virtual** n. 51, ago 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2004.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, Pablo. El acto administrativo, la delegación de facultades y la anulabilidad del acto administrativo. In: **Ámbito Jurídico**, mar.2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0028.htm>. Acesso em:02 jul. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Giurisdizione e Democrazia. Revista da **AJURIS** (Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 75, v. 1, p. 419-435, ago. 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRER LIORET, Jaume. **Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1998.

FIDÉLIS, Ernane. Reflexões Sobre o Estado e a Constituição. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, n. 21, p. 85-98, 1992.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis, n. 44, ano XXIII, p. 9-30, jun. 2002.

FRANCO, Gustavo. O Judiciário e a economia. **Revista Veja**, ano 37, n. 35, edi. de 1º set. 2004, p. 87.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. Curitiba. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 324-337, jun. 1995.

FRIEDE, Reis. O Estado como realidade político-jurídica. **Revista de Direito Federal da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)**. Brasília, n. 63, p. 185-199, jan./ jun. de 2000.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Merer. Petrópolis: Vozes., 1999.

GARCIA, Emersom. A moralidade administração e sua densificação. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília: FESMPDFT, v. 11, n. 22, jul./dez. 2003.

GARCÍA GARCÍA, Emilio. *Derechos Humanos y calidad de vida* In: ARNAIZ, Graciano González (Org.). **Derechos Humanos**: la condición humana en la sociedad tecnológica. Madrid: Tecnos, 1999. p. 131-163.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Constituição *ex machina*. **Revista Jurídica Virtual**, n. 5, set 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y Moral. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 387-421.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865.

_____. Os princípios fundamentais do Direito Administrativo brasileiro. **Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)**. São Leopoldo, 2000, p. 185-223.

_____. **Teoria do Estado**: Cidadania e Poder Político na Modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho procesal constitucional**. Madrid: Civitas, 1980.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo II. La defensa del usuario y del administrado.

GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. **Revista do Legislativo. Brasília**, n. 25, p. 59-66, jan./mar. 1999.

GROLLI, Irio. A democracia participativa e o processo judicial. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MEZZARROBA, Orides (Org.). **Crise da Justiça e democratização do Direito**. Joaçaba: UNOESCC, CPGD da UFSC, 1999.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Minima Trota, 1998.

_____. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 v. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. 10. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

IANNI, Octávio. **A Sociedade global**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Versão condensada.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003

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

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LACERDA, Galeno. O Juiz e a Justiça no Brasil. **Revista da AJURIS** (Associação dos Magistrados do Estado do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, n. 53, p. 50-72, nov. 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 07, n. 29. p. 231-237, out./dez. 1999.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. "Jurisdição constitucional: um problema da democracia política". In: _____. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 209-223.

LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem e extensão do Governo civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1978. Coleção Os Pensadores.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Habitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 8 n. 30, p. 763-789, out./dez. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, João Batista. A gestão pública moderna e a credibilidade nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, p. 219-225, abr./jun. 2003.

MARTIN, Hans Peter; Schumann, Harald. **A armadilha da globalização**: o assalto à democracia e ao bem-estar social. 6. ed. São Paulo: Globo, 1996.

MARX, Karl. **A questão judaica**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento). São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Ricardo Emílio Ommati. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

MELLO, Aymoré Roque Pottes de. A política neoliberal de endividamento e exclusão social e os instrumentos para o exercício da cidadania e da democracia. **Revista Cidadania e Justiça da AMB** (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 5, n. 11, p. 6-18, 2º sem. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica Virtual** n. 3, Brasília: jul. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>, acesso em 20 abr. 2004.

MICHELMAN, Frank. Democracy and Positive Liberty. **Boston Review**: a political and literary forum. Publicado originalmente em nov. 1996. Disponível em: <www.bostonreview.net/BR21.5/michelman.html>. Acesso em: 23 jul. 2004.

_____. Welfare rights in a constitutional democracy. In: **Washington University Law Quarterly**, v.1.979, n. 3, p. 659-693.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, ano 09, n. 30, p. 23-34, 1998.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 13-38.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; HERMANY, Ricardo. O Direito Social como estratégia de integração entre sociedade e espaço público estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvich. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. Tomo 3, p. 867-889.

MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã. **Revista Jurídica Virtual**, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2004.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX**. Edição brasileira de O espírito do tempo. 3. ed. Tradução de Agenor Soares Santos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Volume II: Necrose.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

MÜLLER, Friedrich. A democracia, a globalização e a exclusão social. XVIII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO. **Anais**. Salvador, 11 a 15 de nov. 2002. Volume I. Brasília: 2003.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. Politização do Direito e Juridicização da Política. **Revista Sequência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis, n. 32, ano XVII. p. 9-14, jul. 1996.

ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário. In: SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 273-319.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Edis (Org.). **Lei 7.347/85**: 15 anos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 493-524.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PELÁEZ MARÓN, José Manuel. **Globalización, Justicia Social Internacional y Desarrollo**. In: _____. **La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 113-128.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PÉREZ SÁNCHEZ, Guilherme Á. **Derechos Humanos y comunismo**. Madrid: Arco/Libros SL, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v.23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003.

PIZZOLATTI, Rômulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Não publicada. Florianópolis, 2001.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

PRESSBURGER, Miguel. (DIS)Função e (DES)Funcionamento do Judiciário. In: CNBB Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (Org.). **Ética, Justiça e Direito**: Reflexões sobre a Reforma do Judiciário. Petrópolis: Vozes, 1996. Coletânea.

PRIETO SANCHÍS, Luis Prieto. Derechos Fundamentales. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 501-510.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas. **Consulex**, ano VI, n. 129, 31 maio 2002.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da Justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROCHA, Leonel Severo da. Direito, cultura política e democracia. **Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)**. São Leopoldo: 2000.

_____. O Direito na forma de sociedade globalizada. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo (UPF), v. 2, n. 16, p. 367-380, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UnB, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 07, n. 29. p. 55-65, out./dez. 1999.

ROVER, Oscar; SEIBEL, Erni. O Dilema da Participação Política na Concepção de Diferentes Instituições Proponentes de uma Política de Agricultura Familiar. **NIPP** (Núcleo Intedisciplinar de Políticas Públicas) do Centro de Filosofia e Ciências Humanas na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~nipp/art6.html>, Acesso em: 10 jul. 2004.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, v. 3, n. 10, p. 139-154, jan./mar. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, n. 73, p. 209-224, jul. 1998.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, 01/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

SAVARIS, José Antônio. **Pedágio: pressupostos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional – anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 2 ed. Tradução de Celso Reno Braida. Petrópolis: Vozes, 2000. Apresentação.

SCHMIDT, João Pedro. Capital social e políticas públicas. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2003. Tomo 2, p. 419-458.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **Teoría de la Constitución**. México: Nacional, 1966.

SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo na Alemanha**. Tradução de Ingo W. Sarlet. Palestra proferida em 20.11.1998, no auditório da Justiça Federal de Porto Alegre-RS, no curso de aperfeiçoamento em Direito Público promovido pela AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Escola da Magistratura Federal e outros. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 23 abr. 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État**. 4. ed. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras**: a sua independência e o princípio do Estado Democrático. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano**: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Sérgio André R. G. da. A legitimidade das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 235, p. 299-320, jan./ mar. 2004.

SOARES, Guilherme. O procedimentalismo constitucional e a modernidade periférica. In: SANTOS, Rogério Dutra. **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 1191-210.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo da. Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melilo; SAMPAIO, Plínio de Arruda (Org.). **Ética, Justiça e Direito**: reflexões sobre a reforma do Judiciário. Petrópolis: Vozes. 1996. p. 91-99.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. As Tensões da Modernidade. **Revista Cidadania e Justiça** da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 74-90, 1ºsem. 2001.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: _____. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 09-23.

SQUELLA, Agustín. Democracia y Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 511-520.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STROSSEN, Nadine. Delegation as a Danger to Liberty. **Cardozo Law Review**, v. 20:861 1999. Disponível em: <http://www.constitution.org/ad_state/ad_state.htm>. Acesso em: 20 jun. 2004.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite do Poderes do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 7, n. 29, p. 66-71, out./dez. 1999

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação Civil Pública – tutela de direitos difusos – jurisdição ou administração?. **Revista Direito e Democracia**. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Luterana do Brasil. Canoas: ULBRA, v. 4, n. 1, p. 91-95, 1º sem. 2003.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 145-170.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed. New York: The Foundation Press Inc, 1998.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENEGA ZAMORA, Carlos. Las acciones colectivas y difusas como herramientas de participación de los consumidores en una sociedad democrática. In: **Âmbito Jurídico**, mar. 1999. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0002.html>>. Acesso em: 02 jul. 2004.

VILHENA, Oscar. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALLACE, J. Clifford. An inquiry into the limits of constitutional interpretation. In: _____. **Still the law of the land: essays on changing interpretations of the Constitution**. Michigan: Hillsdale College Press, 1987, p. 1-14.

WARAT, Luis Alberto. La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 1-17, jul. 1993.

_____. **Por quien cantan las sirenas**. Joaçaba: UNOESC, CPGD-UFSC, 1996.

_____. La filosofía lingüística y el discurso de la ciência social. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), n. 01, ano 1. Florianópolis, 1. sem 1980, p. 89-98.

WAX, Amy L. **Rethinking Welfare Rights**: Reciprocity norms, reactive attitudes, and political economy of welfare reform. Disponível em: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+\(Winter&Spring+2000\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?63+Law+&+Contemp.+Probs.+257+(Winter&Spring+2000)). Acesso em: 03 abr. 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. In: **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC) Florianópolis, n. 42, ano XXII, p. 83-97, jul. 2001.

_____. Idéias e instituições na modernidade jurídica. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis, n. 30. no XVI, p. 17-23, jun. 1995.

_____. A ética em redefinição: um novo fundamento para o direito. **Revista Seqüência** (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 50-58, jul. 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

APÊNDICE

A CONCESSÃO DE AUMENTO PARA SERVIDORES PÚBLICOS

O direito ao reajuste dos salários dos servidores públicos, nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal de 1988⁶⁸⁴ está diretamente vinculado com a qualidade e continuidade da prestação de serviços públicos pelo Estado, uma vez que somente com um corpo permanente e estável a Administração Pública pode desenvolver as atividades em favor do cidadão⁶⁸⁵. A adoção de critérios diferenciados de reajuste, por parte da chefia da Administração Pública federal tem feito com que milhares de ações individuais⁶⁸⁶ sejam propostas pelos servidores

⁶⁸⁴ **Art. 37.** A Administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também, ao seguinte: (...) X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. A redação foi conferida pela EC 19/98, a qual prevê um reajuste anual, com “data-base” no mês de janeiro de cada ano, sendo que até sua edição do Supremo Tribunal vinha entendendo que os servidores não faziam jus a uma revisão anual (assim, STF, Primeira Turma, no RE 412.383-DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 04.06.2004)

⁶⁸⁵ Não se repudia, contudo, a adoção dos serviços terceirizados pelo próprio Estado, quando adequados à natureza do serviço a ser prestado, bem como ao interesse público na redução de custos. Defende-se, portanto, a manutenção de um quadro estável para o desempenho das atividades técnicas e burocráticas, para as quais se revela indispensável prévio concurso público, bem como a manutenção das garantias mínimas para o exercício da função.

⁶⁸⁶ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, tem considerado (4ª Turma) que os servidores têm um direito constitucional à revisão anual de seus vencimentos, motivo pelo qual se impõe a condenação da União Federal no pagamento das diferenças havidas (assim, Apelação Cível 2002.71.10.005012-9/RS, relator Desembargador Federal Edgar Lippmann Júnior, julgada em 12.04.2004, “condenando-se a União no pagamento das seguintes parcelas: a) junho de 1999, na taxa

atingidos, sendo que o Supremo Tribunal tem considerado que os valores devidos a título de reajuste de vencimentos, por seu caráter alimentar, não são passíveis de parcelamento pelo Estado⁶⁸⁷. Contudo, estas pretensões poderiam ser veiculadas através de ações civis públicas, promovidas pelo Ministério Público, que viessem a considerar a qualidade do serviço público como um verdadeiro direito difuso ou, ainda, através de mandados de segurança coletivos com o mesmo objetivo de

de 3,19% (referente ao período de junho de 1998 a maio de 1999); com a ressalva do relator de que não se estava procedendo ao aumento dos salários dos servidores públicos federais; b) janeiro de 2000, no índice de 4,47% (relativo ao período de junho de 1999 a dezembro de 1999); c) janeiro de 2001, em 5,27 pontos percentuais (concernente ao período de janeiro a dezembro de 2000); e d) janeiro de 2002 no percentual de 9,44%, pela ausência de revisão geral entre janeiro e dezembro de 2001”

⁶⁸⁷ Supremo Tribunal Federal, Decisão em 01.04.2004. “Pleno do STF firma entendimento contrário ao parcelamento do reajuste de 3,17% a servidores federais O Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento, por unanimidade, ao Recurso Extraordinário (RE 401.436) interposto pela União contra decisão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Goiás, que beneficiou a servidora pública Rosângela Moura Dourado. O STF interpretou o art. 11 da Medida Provisória 2.225/01, conforme a Constituição Federal, excluindo o entendimento das hipóteses em que o servidor se recuse a aceitar o parcelamento dos valores atrasados devidos do reajuste salarial de 3,17%. O art. 11 da MP determina que “os valores devidos até 31 de dezembro de 2001, em decorrência da aplicação desta Medida Provisória, passam a constituir passivos que serão pagos em até sete anos, nos meses de agosto e dezembro, a partir de dezembro de 2002”. Segundo a decisão da Turma Recursal, “o parcelamento dos valores atrasados realmente não pode prevalecer, devendo ser determinado o pagamento imediato em razão do princípio da razoabilidade, bem como de violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, além de ofensa ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, não possuindo eficácia disposição em contrário”. O julgamento foi retomado hoje (31/3) pelo ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu seu voto-vista, entendendo que não há discussão sobre o valor do índice de reajuste pleiteado pelos servidores públicos. Segundo o ministro, a discussão estaria restrita à validade do art. 11 da MP, que determina o pagamento em sete anos dos valores devidos até dezembro de 2001. Para Sepúlveda Pertence, essa norma violaria o direito adquirido e o acesso ao Judiciário, pois o Estado teria determinado, unilateralmente, o prazo e as condições do pagamento. De acordo com o ministro, o pagamento parcelado estaria condicionado à concordância de cada um dos servidores, estando sua aplicação limitada apenas aos funcionários públicos que aceitassem o parcelamento. O ministro afirmou que, se o parcelamento for aceito pelo servidor, em juízo ou fora dele, o acordo irá caracterizar a transação que a MP autorizou a União a proceder, e cuja razoabilidade foi demonstrada pelo relator, Carlos Velloso. Sepúlveda ainda analisou a questão de inconstitucionalidade suscitada no Extraordinário, interpretando o art. 11 da MP conforme a Constituição. Ele excluiu a interpretação das hipóteses em que o servidor se recuse a aceitar o parcelamento do pagamento dos valores atrasados de reajuste salarial e afastou as hipóteses de negar provimento ao RE. Por fim, Pertence conheceu do RE e negou-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 11 da MP 222-45/01, dando interpretação conforme a Constituição Federal, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento nele previsto. O relator do Extraordinário, ministro Carlos Velloso, retificou seu voto proferido anteriormente. Os demais ministros acompanharam Pertence.” (notícia extraída do *site* do Supremo Tribunal. Disponível em: <www.stf.gov.br>)

assegurar a manutenção do valor real da remuneração do servidor, em atendimento do disposto na Constituição Federal.

Muito embora os servidores públicos não gozem da prerrogativa constitucional da irredutibilidade dos salários⁶⁸⁸, existe um interesse público na preservação do valor real de seus vencimentos, diante da qualidade dos serviços e da necessidade de manutenção dos servidores qualificados no serviço público.

O problema surge quando a determinação judicial de reajustes dos vencimentos representa uma despesa pública de caráter continuado⁶⁸⁹, pois estas despesas geralmente devem conter a correspondente previsão de receitas, por força da lei de responsabilidade fiscal. Ademais, a lei prevê limites máximos de comprometimento das receitas públicas com despesas de pessoal, do que resulta a necessidade de rápida análise da lei de responsabilidade fiscal.

⁶⁸⁸ Súmula 27 do Supremo Tribunal Federal: “Os servidores públicos não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados.” Também a Súmula 339 preceitua que: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

⁶⁸⁹ “São definidas como despesas obrigatórias por tempo determinado de dois anos acima. Estão referidas no art. 17, como despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, com obrigação para execução em prazo superior a dois anos. Devem ser instruídos estes atos com estimativas e demonstração da origem dos recursos. Esses atos devem ser acompanhados de comprovação de que as despesas não afetarão as metas de resultado da LDO, e ter compensados seus efeitos financeiros pelo aumento permanente de receita ou redução permanente da despesa (art. 17, §§ 2º, 3º, 4º). Os pagamentos continuados além de dois anos só podem ser assumidos mediante acréscimo da carga tributária ou cancelamento de programas no planejamento e não podem afetar a execução das metas para o triênio”. Informações extraídas do site <www.senado.gov.br>.

B O CONTROLE DAS TARIFAS FIXADAS NO CONTRATO

O valor das tarifas define a proposta vencedora, havendo, portanto, plena vinculação do poder concedente aos termos da licitação, a qual, inclusive, irá definir as cláusulas gerais do contrato. Este contrato público deverá conter, entre outros elementos, o valor das tarifas e, segundo o art. 9º, § 2º, da Lei de licitações⁶⁹⁰, os mecanismos de revisão das tarifas, visando preservar o “equilíbrio econômico-financeiro”. Na sequência, o art. 10, *caput*, da mesma lei, define que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, ou seja, somente quando alteradas as condições de execução do contrato, revela-se possível a alteração das tarifas, seja em favor do concedente, seja em favor da concessionária. A lei tem por finalidade garantir maior transparência a estes contratos públicos, assegurando às empresas privadas que venham participar da licitação as garantias mínimas de estabilidade na execução. Não se nega, pois, que qualquer intervenção judicial no valor das tarifas, em substituição da atividade administrativa, possa representar frustração das legítimas expectativas das concessionárias, quanto aos valores a serem obtidos. Trata-se, tão-somente, de verificar da possibilidade jurídica desta intervenção, a partir do texto constitucional e da própria Lei de licitações, tendo em vista a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Deve existir, portanto, conjugação

⁶⁹⁰ “§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

entre estes dois importantes valores, os quais irão reger os limites da intervenção judicial: a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade da tarifa.

No tocante ao controle judicial das tarifas também não se pode olvidar que o regime de prestação de serviços públicos no Brasil está sujeito a um monopólio natural, no que tange à considerável parcela das atribuições até então desempenhadas pelo Estado, com especial ênfase no setor de fornecimento de energia elétrica e telefonia. Neste sistema não é a concorrência entre as empresas que disputam o mercado no mesmo setor que irá definir a tarifa mais adequada, mais sim a intervenção das agências reguladoras – e na sua omissão, do Poder Judiciário – a qual deve preservar o princípio da modicidade das tarifas. Sobre o tema, Marçal Justen Filho recorda que

Ocorre que parcela significativa dos serviços públicos configura monopólio natural, em que a exclusividade é indispensável para a obtenção da menor tarifa possível. Então e considerando a titularidade do serviço público pelo Estado, cabe a ele promover a fixação da tarifa. Seja na determinação do valor original, seja nas variações produzidas ao longo do tempo, a intervenção estatal será decisiva⁶⁹¹.

Sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, Maria Paula Bucci recorda que

o direito à equação econômico-financeira é a síntese de vários princípios administrativos, especialmente o da equidade, o da continuidade do serviço público e o da indisponibilidade do interesse público e funciona como cláusula porosa que tempera a formalidade do procedimento de celebração do contrato administrativo⁶⁹².

⁶⁹¹ *Op. cit.*, p. 352.

⁶⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 162.

A intervenção judicial na execução do contrato, poderá, excepcionalmente, representar a alteração de uma de suas cláusulas, especialmente a que se reporta aos critérios de reajuste das tarifas, a qual é legalmente considerada como de inserção facultativa no bojo do contrato (Lei de Licitações, art. 9º, § 2º). Muito embora as formas de execução dos contratos possam representar o conteúdo de inúmeras ações coletivas⁶⁹³, os índices de reajuste das tarifas é que têm-se apresentado como o núcleo das expectativas dos usuários no país, especialmente após o controle do processo inflacionário e a estagnação nominal dos salários.

C A MODICIDADE DAS TARIFAS E O EQUILÍBRIO DO CONTRATO PÚBLICO

A natureza jurídica das tarifas permite o seu controle pelo poder público concedente, uma vez que a sua “modicidade” decorre de lei e a finalidade pública da prestação do serviço é que irá reger a matéria. O Poder Público pode (deve) controlar, portanto, o valor das tarifas a serem cobradas, através das práticas de atos administrativos, os quais vem sendo executados pelas agências reguladoras. O princípio da “modicidade das tarifas públicas” deve, portanto, reger a prestação dos serviços públicos, diante do caráter essencial de sua prestação, bem como da

⁶⁹³ Recentemente a própria ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) expediu a Resolução 373, de 03.06.2004, a qual prevê, basicamente, o regulamento sobre áreas locais no serviço de telefonia fixa no país, em resposta a inúmeras ações coletivas que objetivavam garantir aos consumidores residentes numa mesma localidade (mesma área local, segundo o art. 4º da Resolução) o pagamento da mesma tarifa básica, permitindo que moradores de uma mesma região metropolitana, por exemplo, ou de cidades vizinhas, paguem a tarifa básica e não a tarifa interurbana.

universalidade de pessoas a que deve ser destinado. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello recorda que,

se o Estado atribuiu tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem⁶⁹⁴.

As agências reguladoras irão controlar a modicidade das tarifas, a partir da prática de atos administrativos, motivo pelo qual a interferência e substituição desta atividade pelos juízes, em sede de ação civil pública, é uma atividade essencialmente administrativa. Cada vez que um juiz prolata uma decisão impondo a prática de uma determinada tarifa, porque não concorda com o índice de reajuste previsto no contrato ou porque os termos do contrato não foram observados, está, em verdade, substituindo uma típica função da Administração Pública (poder concedente). Estas intervenções se justificam, no contexto brasileiro⁶⁹⁵, pelo fato de que a “modicidade das tarifas” se constitui em verdadeiro direito difuso da população e as agências reguladoras não conseguem proteger os usuários. Se os índices de reajuste das tarifas públicas em áreas como energia elétrica e telefonia pública coincidissem com os índices oficiais que refletem a inflação do período – e que, portanto, servem de parâmetro para o reajuste dos salários – não haveria

⁶⁹⁴ *Op. cit.*, p. 627. O autor, em uma outra passagem (p. 682) distingue os conceitos de reajuste e revisão para fins de firmar o entendimento de que os casos de revisão estão relacionados a eventos de natureza superveniente que impliquem alteração do equilíbrio do contrato, sendo que o reajuste implica apenas a manutenção da expressão real do valor das tarifas.

⁶⁹⁵ Sobre as intervenções do Poder Judiciário brasileiro no tocante ao controle da modicidade das tarifas de telefonia pública, pedágios e energia elétrica, remete-se ao apêndice do presente estudo, onde a matéria é abordada a partir da análise de exemplos ilustrativos da recente construção jurisprudencial sobre o tema.

necessidade de intervenção judicial. Contudo, não existe uma ampla discricionariedade administrativa que autorize o Poder público a alterar, unilateralmente, as disposições vigentes do contrato no tocante aos índices de reajustes aplicáveis às tarifas públicas⁶⁹⁶. A Administração Pública, no tocante ao controle das tarifas, está vinculada à lei, à licitação e ao contrato firmado entre as partes, nos termos do art. 29, V, da Lei de concessões, não havendo, portanto, um poder discricionário por parte da Administração⁶⁹⁷. Muito pelo contrário, a própria Lei de concessões prevê que “a melhor tarifa” deverá ser considerado o critério mais importante na definição da proposta vencedora na licitação de um serviço público (Lei federal 8.987/95, art. 15, *caput* e I). Existe, portanto, a necessidade de conjugação da modicidade com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, no intuito de evitar uma penalização excessiva das empresas concessionárias, o que de modo algum poder ser considerado aceitável ante o texto da lei e o interesse público na sua execução⁶⁹⁸. A tarifa módica deve ser aquela que permita a manutenção de

⁶⁹⁶ Lei de Concessões: “Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.”

⁶⁹⁷ FILHO JUSTEN, Marçal. *Op. cit.*, p. 495. O autor ensina, ao analisar o art. 65 da Lei de Licitações (8.666/93), que “A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença, mercê da simples invocação de sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula 473/STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa”.

⁶⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 688. Após discorrer sobre as teorias da imprevisão (decorrente de agravamento das condições das concessionárias por fato ou ato imprevisível) e do fato do príncipe (quando o Estado, por ato seu, agrava as condições da concessionária), Celso Mello conclui, sob o argumento de aplicação do art. 37, XXI, da CF/88, que “em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”. Esta concepção restritiva do instituto, através da qual o equilíbrio entre as partes somente será buscado quando houver prejuízo para a concessionária (e não para os usuários dos serviços) somente poderia ser aceita caso considerássemos que as concessionárias – e não os usuários – estivessem em condições reais de desvantagem na relação contratual. Os usuários é que irão suportar diretamente os custos das tarifas e não o Poder Público concedente, o qual geralmente empresta total apoio à atividade das concessionárias porque alega não possuir condições de prestar estes serviços de forma adequada, o que se reflete diretamente na atuação das agências reguladoras.

seu pagamento pelo usuário, sem que implique majoração de seu comprometimento mensal com estas despesas, ou seja, o índice de reajuste de tarifas deve ser idêntico ao índice geral utilizado para o reajuste dos salários do consumidor. Existindo índices distintos, certamente que o reajuste das tarifas não irá permitir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na medida em que as concessionárias irão obter lucros superiores aos originalmente previstos, vez que a inflação do período terá sido inferior ao índice de reajuste. Existindo índices oficiais distintos, os quais têm a finalidade de medir a inflação do período, o reajuste das tarifas deverá se dar pelo índice previsto em contrato, salvo comprovação de que este índice representa quebra do “equilíbrio” entre os consumidores e a concessionária, ou seja, a partir da comprovação de um dado técnico⁶⁹⁹. Existindo expressa previsão do índice aplicável de reajuste, sua incidência somente poderá ser afastada caso o autor da ação coletiva comprove a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro, com a conseqüente afronta ao princípio da modicidade das tarifas públicas. O ônus da comprovação da ruptura do equilíbrio é do autor da ação coletiva, mas o juiz deverá recordar que a modicidade da tarifa consiste num direito difuso dos usuários. Bem por isto, o índice a ser adotado é aquele que representa a manutenção do equilíbrio original entre as partes, ou seja, que assegure que a tarifa inicialmente aplicada não seja majorada

Talvez o autor tenha como paradigma de sua concepção os contratos de concessão de serviços públicos tradicionais, em relação aos quais o Poder Público tinha um controle imediato sobre os valores das tarifas, algo impensável quando se considera o papel destinado por lei às agências reguladoras, as quais funcionam como verdadeiros árbitros nas relações entre os usuários e as concessionárias. De qualquer sorte, o desequilíbrio da relação decorre da natural inferioridade em relação a qual estão submetidos os usuários, diante da natureza essencial do serviço, sua prestação em regime de concentração de mercados ou monopólio natural e a possibilidade de cooptação dos diretores das agências reguladoras.

⁶⁹⁹ No intuito de garantir a efetiva fiscalização da modicidade das tarifas, o ideal seria a adoção de uma cláusula contratual que previsse a adoção do menor índice medido pelos institutos oficiais, no intuito de preservar o consumidor.

por manipulação dos índices inflacionários, mas apenas reajustada, o que demandará a produção de prova pericial.

D A DISCUSSÃO ACERCA DAS TARIFAS DE TELEFONIA NO BRASIL

A telefonia no Brasil passou, a partir do ano de 1997, por um intenso processo de privatização, correspondendo a 44% das receitas obtidas pelo governo federal em todo o processo de privatizações iniciado em 1995⁷⁰⁰. A discussão⁷⁰¹ acerca dos

⁷⁰⁰ DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato R. Empresariado e estratégias de desenvolvimento. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 52, p. 15-34, jun. 2003.

⁷⁰¹ STJ, Ministro Nilson Naves na Suspensão de Liminar (SL) 57 - DF (2004/0004599-1). O presente pedido tem por escopo a suspensão da liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública 2003.34.00.031115-0, que tramita na 2ª Vara da Seção Judiciária de Brasília e fora proposta pelo Ministério Público Federal para impedir a aplicação dos percentuais de aumento dos valores relativos ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, autorizado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, conforme publicado no DOU de 27.06.2003. O Ministério Público insurgiu-se contra os atos da Anatel que permitiram a majoração das tarifas da telefonia fixa em 25% para a assinatura básica residencial, o pulso e o crédito para cartão; em 41,75% para a assinatura não-residencial, PABX e habilitações; em 24,85% para as chamadas DDD; e em 10,54% para as chamadas DDI, correspondendo a um índice médio de atualização de 28,75%. Esses percentuais correspondem aos índices de correção apurados pelo IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna), previsto nos contratos firmados entre o Governo Federal e as concessionárias de telefonia fixa. Como tal indexador reflete a média ponderada dos preços aferidos pelo IPA (Índice de Preços por Atacado) – que responde por 60% do cálculo e é fortemente influenciado pelo dólar –, pelo IPC (Índice de Preços ao Consumidor) e pelo INCC (Índice Nacional do Custo da Construção), fechou o ano de 2002 em 26,41%, patamar esse bem superior à inflação medida no período. O impacto desse índice no orçamento das famílias brasileiras levou o Ministério Público Federal a requerer, primeiro, à Justiça Federal do Ceará e, posteriormente, à Justiça Federal de Brasília – declarada competente para julgar o feito – a adoção do IPC-A (Índice e Preços ao Consumidor Ampliado), em vez do IPA-DI, para balizar os reajustes da telefonia fixa. Deferido liminarmente o pedido, foram autorizados aumentos de 14,34% para as assinaturas residenciais, 23,95% para as não-residenciais, 14,28% para as chamadas de longa distância nacionais e 6,04% para as ligações internacionais. No seu pedido de suspensão da liminar, as requerentes alegam, entre outras considerações, que a decisão: onera excessiva e injustificadamente a concessionária; compromete a continuidade da prestação do serviço público; potencializa a responsabilização civil do Estado por quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; ofende a ordem econômica, pela insegurança jurídica que induz; afronta o devido processo legal e a plenitude do direito de defesa, ao proferir a decisão sem ouvir a Anatel. Aduzem, ainda, que: o índice proposto pelo Ministério Público Federal não é adequado às

índices de reajuste das tarifas públicas de telefonia fixa no Brasil, em data recente, rendeu ensejo à propositura de inúmeras ações civis públicas por todo o país, muitas delas junto às justiças estaduais, tendo o STJ fixado a competência da Justiça Federal e, especialmente, o juiz federal que primeiro despachou uma destas ações⁷⁰². A divergência se cingiu ao índice de reajuste das tarifas, tendo o Ministério Público buscado a aplicação de índice diverso do previsto nos contratos. A ANATEL figurou no pólo passivo da ação, uma vez que se pretendia obter provimento jurisdicional que ilidisse a autorização dos reajustes feita pela ANATEL. Os reajustes das tarifas públicas no setor de telecomunicações dependem, pois, de um ato da Administração Pública, na qualidade de poder concedente, sem o qual a tarifa não poderá ser reajustada. Ao Poder Público incumbia verificar se os índices pretendidos estavam previstos nos contratos assinados e se as demais cláusulas contratuais estavam sendo respeitadas. Não existia, portanto, discricionariedade por parte da Administração Pública em avaliar da justiça dos critérios, uma vez que previstos nos contratos, muito embora devesse lobrigar no sentido de proceder à verificação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, bem como preservar os interesses dos usuários, nos estritos termos do art. 105 da Lei federal 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações)⁷⁰³. Esta verificação deveria considerar se as condições originais

telecomunicações, por espelhar custos próprios das pessoas físicas; a decisão constitui ingerência judicial indevida, ao ser invocada não para coibir eventuais abusos, mas para ditar uma nova política setorial; a Anatel, ao editar os atos de autorização dos reajustes pelo IPA-DI, fê-lo no exercício das prerrogativas legais que lhe atribuem o poder-dever de executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo.

⁷⁰² STJ, Primeira Seção, CC 39.590, relator Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 15.09.2003.

⁷⁰³ “Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes. Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência

do contrato estavam sendo mantidas, bem como se a aplicação dos critérios previstos nos contratos implicava aumento abusivo dos lucros das concessionárias. A intervenção judicial se revelou necessária ante a retirada de poder de controle e fiscalização decorrente da adoção de um único índice, que refletia a inflação segundo os contraentes.

A fixação de um determinado índice oficial de reajuste automático das tarifas de telefonia no país se revela como uma indevida interpretação da própria Lei Geral de Telecomunicações, a qual somente previa que “os critérios de reajuste”⁷⁰⁴ é que deveriam ser previamente previstos, com o que se garantia maior flexibilidade à ANATEL para controlar os índices dos reajustes. Neste caso, a intervenção do juiz poderá se dar na forma tradicional, visando a declaração da nulidade da cláusula contratual que fixou um índice superior ao devido, por afronta aos dispositivos constitucionais ou mesmo aos previstos na Lei de Concessões. Não existe, portanto, a prática de um ato administrativo por parte do órgão do Poder Judiciário, vez que se trata de invalidar cláusula de contrato público, porque lesivo dos interesses da Administração. Todavia, no caso concreto, os usuários dos serviços é que estavam sendo lesionados, pois a ANATEL e o governo federal entendiam cabível a aplicação do índice mais elevado. Segundo o governo federal, o interesse público não estava sendo lesado, muito ao contrário, a lesão ao interesse público decorreria da aplicação do índice inferior, o qual poderia representar abalo financeiro ao setor das

poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.”

⁷⁰⁴ Lei federal 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) “Art. 93. O contrato de concessão indicará: VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão.”

telecomunicações, além de inviabilizar futuros programas de transferência dos serviços públicos a empresas privadas⁷⁰⁵. Havia, pois, claro conflito entre o interesse da Administração Pública em preservar sua política para este setor da economia e os interesses difusos dos usuários dos serviços, consistentes na preservação da modicidade da tarifa de telefonia. A atuação do Poder Judiciário em determinar a aplicação de índice diverso do previsto em contrato, implicou, neste caso, verdadeira substituição da atividade administrativa exercida pela ANATEL consistente na negativa da pretensão de reajuste das tarifas através de índice previsto no contrato. Trata-se, pois, de interpretar a Lei de Concessões de modo mais benéfico aos usuários, o que não foi feito pela ANATEL, que optou pela execução da cláusula contratual sem opor qualquer resistência. A pretensão do Ministério Público, através de uma ação civil pública, consiste exatamente em manter a execução do contrato vigente, mas com a ressalva de aplicação de um novo índice, não previsto em contrato, mas que, segundo os usuários, garantirá o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, além da modicidade do valor das tarifas. Trata-se de verdadeira intervenção judicial na execução de políticas econômicas, a qual pode ensejar a propositura de demandas de natureza indenizatória em favor das concessionárias, as quais terão de provar, em juízo, o inadimplemento do contrato pelo governo federal, em decorrência da decisão judicial.

⁷⁰⁵ Voto do relator do recurso interposto pelas concessionárias de telefonia do país junto ao STJ na SL 37 (Suspensão de Liminar), Ministro Edson Vidigal, em data de 16.06.2004: “Na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultosos feitos, pode sim, causar perplexidade nos investidores, afastando-os, caos no sistema tarifário, a par de expor o país aumentando o risco Brasil e prejudicando o usuário que se buscou proteger, lesando a ordem pública administrativa”, diz o ministro Edson Vidigal no voto apresentado na sessão de julgamento.

Não se pretende, portanto, anular uma cláusula contratual, mas sim anular o ato administrativo que deferiu os reajustes pretendidos, com a conseqüente substituição do ato administrativo pelo pretendido na ação coletiva. Todavia, cumpre assinalar que é ônus do autor comprovar que o índice previsto no contrato – em decorrência das variáveis do mercado, bem como da redução da capacidade financeira dos usuários – impede sua execução, sendo que estes dados não estavam previstos na avença original. Os contratos públicos têm de prever mecanismos de manutenção deste equilíbrio, em favor das concessionárias e dos usuários. A mesma abertura da discussão em torno do equilíbrio do contrato pode representar, no futuro, a busca de sua alteração em juízo pelas próprias concessionárias, sob o argumento de que a elevação de seus custos as impedem de continuar na execução dos serviços, quando então podem buscar a adoção de índice diverso. Todavia, na data de 1º de julho de 2004, o plenário do STJ, na suspensão de Medida Liminar n. 57, por maioria, decidiu que os índices previstos nos contratos devem ser observados, não se podendo alterar judicialmente estas cláusulas, com o que as tarifas de serviços telefônicos no Brasil foram imediatamente reajustadas de acordo com a pretensão das concessionárias, devidamente autorizadas pela ANATEL. O que se pretendia na ação civil pública era a manutenção do equilíbrio e a preservação dos serviços públicos, mas sempre com a ressalva de que a majoração abrupta das margens de lucros das concessionárias, pela simples adoção de um índice inflacionário previsto no contrato, não pode ser concebida, diante do direito à modicidade das tarifas, impondo uma interpretação adequada do instituto em atenção a sua finalidade pública. Trata-se, de uma decisão jurídica, pois somente a

encampação dos serviços concedidos pode ser reputada uma decisão política. A encampação se revela adequada aos casos em que os índices praticados pelas concessionárias, muito embora previstos nos contratos, sejam incompatíveis com o interesse público de atender ao maior número de cidadãos pela menor tarifa, quando então a execução do serviço poderá ser retomada pelo Poder Público⁷⁰⁶. A intervenção judicial emerge, portanto, como uma verdadeira solução jurídica ante a incapacidade dos governos em interferirem na execução de contratos já em curso, formalizados por governos passados e sobre os quais não têm um verdadeiro poder de controle, com exceção de detalhes técnicos ligados à qualidade dos serviços.

No sistema atual, tendo em vista a forma política de indicação dos membros dos ANATEL, os quais são nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, são realmente escassas as chances de um verdadeiro controle administração sobre os valores das tarifas, visando adequá-las ao princípio da modicidade, motivo pelo qual tende a crescer a intervenção dos juízes neste setor.

E A DISCUSSÃO ACERCA DOS PEDÁGIOS NO BRASIL

A disputa em torno da manutenção do atual sistema de pedágios no Brasil, a serem cobrados pela utilização das estradas públicas, bens de uso comum do povo,

⁷⁰⁶ Em setores de alta tecnologia como as telecomunicações, a encampação poderia se revelar desastrosa, significando o caos, uma vez que o país depende das telecomunicações tanto quanto depende da energia elétrica, dado que coloca os governos em posição de imensa fragilidade.

é uma das mais acirradas, consistindo num espaço preferencial das disputas judiciais.

As ações civis públicas existentes no país em geral foram promovidas pelo Ministério Público e possuem diversos argumentos e pretensões, sendo que em algumas ações se pretende a suspensão da execução do contrato por ilegalidade, em outras a suspensão do contrato enquanto não ofertada a chamada “via alternativa” e, finalmente, numa terceira classe de ações, busca-se a suspensão da execução dos contratos, como medida prévia a encampação do serviço público pelo poder concedente. Não existe, portanto, homogeneidade de pretensões, mas disputa entre ideologias diversas acerca do papel dos pedágios no Brasil, os quais surgem a partir da desestatização dos serviços públicos essenciais⁷⁰⁷.

Os pedágios no Brasil têm sofrido a intervenção direta do Poder Judiciário⁷⁰⁸, especialmente com o escopo de suspender sua execução ou ainda de controlar os reajustes das tarifas cobradas.

⁷⁰⁷ SAVARIS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 137. Com amparo na Lei federal 9.491/97, distingue a privatização (espécie) da desestatização, recordando que a retirada do Estado de áreas essenciais da economia surge em decorrência da adoção do chamado “Consenso de Washington”, a partir da era Collor, que, já em seu primeiro dia de governo, havia publicado o programa federal de desregulamentação (Decreto 99.179, de 15.03.1990, bem como obteve a aprovação da Medida Provisória 155, de 15.03.1990, a qual foi convertida na Lei federal 8.031, de abril de 1990 (Programa Nacional de Desestatização), sendo que ainda em 1985, durante o governo José Sarney, já havia sido criado o Conselho Interministerial de Privatização.

⁷⁰⁸ No ano de 2001, tivemos a oportunidade de estudar o tema, ao prolatarmos sentença em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal junto à 3ª Vara Federal de Caxias do Sul-RS (autos 2000.70.07.000576-3), quando então nos manifestamos pela inconstitucionalidade da cobrança efetuada nas quatro praças de pedágio existentes na BR 116, no Estado do Rio Grande do Sul, sob o argumento de que deveria ser oferecida via alternativa ao cidadão, tendo a sentença sido suspensa por decisão do então presidente do Tribunal Regional Federal, Dr. Fábio Bittencourt da Rosa, com o que a cobrança foi imediatamente retomada na época. Na ocasião, o Ministério Público Federal ingressou com o competente recurso de agravo regimental perante a Corte Especial que manteve a decisão da Presidência, em interpretação lata do dispositivo constante da Lei 9.494/97 que permite a suspensão das liminares em ACP. Segundo a Corte, o Presidente do TRF tem a prerrogativa de suspender sentença auto-executória, a exemplo do que sucede em relação às liminares deferidas,

Os argumentos de intervenção do Poder Judiciário são os seguintes: 1º – a cobrança de pedágio, onde não existe via alternativa, impede o direito de ir e vir do cidadão; 2º – a outorga de obra pública à iniciativa privada deve ser precedida de lei específica e não de uma autorização genérica; 3º – a própria lei de concessões previa, em seu art. 9º (Lei federal 8.987/95) que a cobrança de pedágio dependia da oferta de “via alternativa” até que, finalmente, foi alterada pela Lei federal 9.648, de 27.05.1998, a qual passou a dispensar esta exigência; 4º – não há controle efetivo sobre os gastos das concessionárias⁷⁰⁹.

A cobrança dos pedágios não é inconstitucional, já que a própria Carta de 1988 prevê, em seu art. 150, a sua cobrança, o que vem confirmado pelo texto do art. 103 do novo Código Civil brasileiro, mas desde que realizada diretamente pelo Poder Público, constituindo-se em verdadeira exceção ao disposto no art. 175 da CF/88. Neste caso, não existe a necessidade de oferecimento de via alternativa, pois

concepção com a qual não concordamos, data vênia, pois além de não se encontrar prevista na lei, retira da Turma responsável pelo exame da apelação importante parcela de sua competência (princípio do juiz natural). Recentemente, passados quase quatro anos, a sentença de primeiro grau foi confirmada no mérito pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em voto do Desembargador Federal Edgar Lippmann Júnior, sob o argumento de que deveria ser ofertada “via alternativa” ao usuário, estando o acórdão sujeito a recurso e tendo sido suspensa a cobrança nas praças de pedágio desde a data de 31.05.2004. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já existe precedente que dá pela inconstitucionalidade da cobrança sem que se ofereça “via alternativa” ao cidadão (REsp. 417.804/PR, relator para o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ de 10.03.2003).

⁷⁰⁹ Segundo denúncia o jornal Gazeta do Povo, sobre a situação dos pedágios no Estado do Paraná, edição de 9 de dezembro de 2003: “Entre 1998 – ano em que as concessionárias começaram a explorar o pedágio no Paraná – e 2001, cinco das seis empresas – Econorte, Viapar, Rodovia das Cataratas, Rodonorte e Ecovia – arrecadaram aproximadamente R\$ 870 milhões. Deste total, as cinco empresas teriam investido R\$ 91,8 milhões em obras nas estradas, ou seja, 10,55% do que faturaram com a cobrança do pedágio. Os números foram divulgados ontem pelo Palácio Iguazu, que pretende demonstrar que os investimentos realizados pelas concessionárias ficaram bem abaixo do que arrecadaram. O levantamento do Palácio Iguazu excluiu a empresa Caminhos do Paraná que, na semana passada, fechou acordo com o governo para reduzir em 30% o valor da tarifa cobrada em suas praças.”

se trata de verdadeiro tributo, possuindo o cidadão todas as garantias previstas na CF/88.

Os valores cobrados nas praças de pedágio possuem, portanto, natureza jurídico-tributária e somente podem ser cobrados pelo Poder Público, para atender às despesas com a sua conservação e ampliação⁷¹⁰. Não se justifica, pois, a existência de concessão de utilização das rodovias públicas à iniciativa privada, pois tal medida implica a transferência do poder de tributar. Ressalve-se, contudo, a possibilidade de concessão de serviços públicos afetos à circulação de veículos nas rodovias públicas, tais como serviços de socorro e de atendimento às necessidades dos usuários das rodovias, para as quais poderão ser cobradas tarifas, dos condutores que optem pela adesão aos serviços. Impõe-se, portanto, a imediata encampação dos serviços, após aprovação de lei, com as indenizações correspondentes ou, alternativamente, a declaração de nulidade dos contratos assinados, por afronta ao texto constitucional das leis autorizativas, também com a conseqüente indenização dos prejuízos sofridos. Ressalte-se que, em data recente, o plenário do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do Ministro-Presidente da Corte Edson Vidigal, consignou entendimento de que os índices de

⁷¹⁰ A Lei federal 10.336, de dezembro de 2001, criou a CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico) sob o argumento de que parcela dos recursos arrecadados deverá ser destinada ao (art. 1º, § 1º) “financiamento de programas de infra-estrutura de transportes”. Resulta claro que, além da cobrança dos pedágios e outros tributos como IPVA e seguro-obrigatório, o cidadão que necessita se deslocar para fora dos limites de seu município ainda terá de arcar com a elevação dos preços dos combustíveis, por conta da CIDE, a qual tem como finalidade assegurar a conservação e ampliação das mesmas rodovias que o cidadão já pago o pedágio. Trata-se de um verdadeiro sistema de limitação do trânsito dos cidadãos brasileiros, de molde a impedir a saída dos cidadãos mais pobres do interior de seus respectivos municípios, nos moldes de um “neofeudalismo” no qual o cidadão tem de pagar para conseguir sair dos altos muros fiscais que cercam sua cidade.

reajuste previstos nos contratos assinados devem ser observados, no intuito de influenciar positivamente no controle do chamado “risco Brasil”⁷¹¹.

F A DISCUSSÃO ACERCA DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

A Lei federal 9.427/96⁷¹² criou a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), bem como disciplinou o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica, devendo, portanto, ser interpretada no cotejo com a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) e com o CDC (Lei 8.078/90). A agência detém a atribuição legal de autorizar os reajustes, nos termos do art. 15 da referida lei federal, com o que se trata da prática de um ato administrativo, sem o qual não será possível o reajuste das tarifas. A lei ainda prevê que a ausência de manifestação da ANEEL implica aceitação dos reajustes pretendidos, o que realmente fragiliza os instrumentos de

⁷¹¹ Segundo notícia extraída da própria página na internet do STJ, em data de 1º.07.2004, nos autos da Suspensão de Medida Liminar 76, a decisão que autorizou o reajuste dos pedágios no Paraná foi adotada por unanimidade. Segundo o presidente do STJ, Ministro Édson Vidigal, “(...) não há como se concluir, portanto, que a tutela antecipada concedida, que apenas determinou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada em juízo, possa ferir a ordem ou a economia públicas. Vislumbro, sim, agora e em razão do que se trouxe em novos esclarecimentos aos autos, o perigo de dano na situação inversa. O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves consequências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente Risco Brasil”.

⁷¹² Lei federal 9.427/96: “Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas: (...) IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato. § 1º A manifestação da ANEEL para a autorização exigida no inc. IV deste artigo deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias a contar da apresentação da proposta da concessionária ou permissionária, vedada a formulação de exigências que não se limitem à comprovação dos fatos alegados para a revisão ou reajuste, ou dos índices utilizados. § 2º A não manifestação da ANEEL, no prazo indicado, representará a aceitação dos novos valores tarifários apresentados, para sua imediata aplicação.”

proteção dos usuários deste serviço indispensável, diante da exigüidade do prazo previsto pelo legislador, bem como pela vinculação da Administração Pública aos termos do contrato, prevista no parágrafo primeiro do art. 15 da Lei 9.427/96. Diante da insuficiência dos mecanismos de proteção previstos em lei, com a eleição de instrumentos legais – que, na prática, impedem o Poder Público concedente de interferir na política tarifária – é natural que os prejudicados acorram ao Poder Judiciário, através de ações coletivas, nas quais se busque o controle do reajuste das tarifas, o qual representa um grande impasse neste novo cenário. Naturalmente que as empresas concessionárias somente irão investir no setor quando tiverem a certeza de que não haverá interferência judicial na execução dos contratos, senão em seu favor, de modo a preservar equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, com a garantia estatal de que eventuais prejuízos serão integralmente cobertos pelo Estado. Pretendem, pois, a intervenção do Estado, no sentido de assegurar o cumprimento das cláusulas contratuais, bem como de garantir a supressão de qualquer risco inerente ao negócio. Resulta, novamente, a falta de condições de efetivo controle por parte do Estado, o qual se limita a investir pesadamente no setor elétrico brasileiro, sem que os riscos de quebra do sistema sejam evitados⁷¹³. Recentemente, foram criadas contribuições de intervenção no domínio econômico⁷¹⁴,

⁷¹³ A revista **Carta Capital**, ano X, n. 294, de 9 jun. 2004, faz um minudente relato da situação energética brasileira (p. 22) alertando que “o BNDES emprestou (às concessionárias) R\$ 22 bilhões ao setor. Só um terço disso foi usado para ampliar a produção”, além do que “em quatro anos, as dívidas das distribuidoras de energia cresceram 1.000%, mesmo com os aumentos da tarifas e dos subsídios públicos”.

⁷¹⁴ A Lei federal 10.295/01 cria as novas contribuições, as quais denomina encargos de capacidade de O Decreto 3.900, de 29.08.2001, criou uma nova empresa pública federal, a CBEE (Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica), a qual tem por finalidade: “Art. 3º. A CBEE tem por objetivo a aquisição, o arrendamento e a alienação de bens e direitos, a celebração de contratos e a prática de atos destinados: I - à viabilização do aumento da capacidade de geração e da oferta de energia elétrica de

de forma a retirar dos usuários nova parcela de seu poder aquisitivo, sem que este aporte financeiro compulsório resulte em melhoria das condições de infra-estrutura do país. A intervenção judicial se revela necessária com o fito de assegurar o controle efetivo do valor das tarifas, em verdadeira substituição da Administração Pública, a qual se encontra incapacitada de realizar um controle efetivo, na medida em que a lei impede sua intervenção, do que resulta a debilidade da agência reguladora do setor (ANEEL).

A pretensão do autor da ação coletiva também pode consistir na obtenção de um provimento judicial que assegure a observância do princípio da isonomia entre os cidadãos, assegurando a cobrança de tarifas diferenciadas em favor dos consumidores de baixa renda, desde que exista normativa da ANEEL prevendo este mecanismo de compensação social.

Nos autos de Ação Civil Pública 2000.71.07.003104-0 promovida pelo Ministério Público Federal de Caxias do Sul/RS em face da concessionária Rio Grande Energia (RGE), ANEEL e União, prolatamos sentença na data de 26.06.2001, a qual determinou a aplicação da tarifa para pessoas de baixa renda, com base na aplicação do princípio da isonomia, nos termos do art. 1º, § 4º, da Lei federal 8.631/93⁷¹⁵, bem como na ilegalidade de medidas restritivas impostas pelas novas

qualquer fonte em curto prazo; e II - à superação da crise de energia elétrica e ao reequilíbrio de oferta e demanda de energia elétrica.”

⁷¹⁵ A Lei federal 8.631/93 regula a forma de fixação dos valores das tarifas de energia elétrica, dispondo, em seu art. 1º, que o valor das tarifas será proposto pelas concessionárias e homologado pelo Poder concedente, o qual dispõe do prazo de quinze dias para sua manifestação, findos os quais o concedente poderá iniciar a cobrança das tarifas impostas. A referida lei ainda prevê a supressão do regime de “remuneração garantida”, dispondo que o valor das tarifas deverá assegurar a cobertura dos gastos das concessionárias, nos seguintes termos: “Art. 1º. Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei. (...) *omissis*: § 2º Os níveis

normativas da ANEEL. A defesa da concessionária se assentou, basicamente, na defesa do equilíbrio-econômico financeiro e no fato de que os reajustes praticados foram decorrência de atos administrativos da própria ANEEL. A sentença de procedência do pedido produziu eficácia em todo o território do estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a concessionária é a principal responsável pela distribuição de energia elétrica naquele estado da Federação e acabou sendo confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo e. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares⁷¹⁶. Já nos autos da ação civil

das tarifas a que se refere o *caput* deste artigo corresponderão aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada concessionário distribuidor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados. § 3º No custo do serviço mencionado no parágrafo anterior, além dos custos específicos dos concessionários públicos e privados, serão obrigatoriamente incluídos os valores relativos aos preços da energia elétrica cobrada aos concessionários supridores, inclusive o transporte da energia gerada pela Itaipu Binacional, os relativos às quotas anuais da Reserva Global de Reversão – RGR ao rateio do custo de combustíveis e às compensações financeiras pela utilização de recursos hídricos devidos por usinas próprias.”

⁷¹⁶ Apelação em Ação Civil Pública 2000.71.07.003104-0/RS. Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares. Sessão do dia 11.11.2003. “O Ministério Público Federal é parte legítima para ajuizar Ação Civil Pública quando o feito tratar de interesses que repousam sob a égide da ação coletiva, mas com cunho social e repercussão no interesse público.” Com este entendimento, afastando a preliminar de legitimidade do *parquet* para propor a ação, o relator, acompanhado pelo Des. Fábio Rosa, negou provimento ao apelo da Rio Grande Energia S/A – RGE, em ação civil pública, e manteve a sentença que decidiu que somente o usuário efetivo e consumidor de energia elétrica tem a obrigação de arcar com os custos da totalidade do sistema, sob pena de restarem inobservados os direitos básicos do consumidor, devendo, ainda ser aplicado o máximo de 160kwh/mês para conceituação e benefício das famílias de baixa renda no Estado do Rio Grande do Sul, sem a existência de qualquer escalonamento, afastando, assim, a cobrança referente aos valores mínimos de consumo (tarifa mínima) em KW/hora/mês (preço mínimo), ante à inexistência de prestação de serviço que justifique a exação, e declarando ilegal a cobrança mediante 'estimativa', sem a efetiva leitura do consumo, fora das restritas e razoáveis exceções. Excerto do voto do Relator: “No caso em tela, não se trata de interesses difusos, cujos titulares são indetermináveis, ou coletivos, com titulares indeterminados, mas determináveis, sendo em ambos os casos indivisível o objeto. Cuida-se, sim, de proteção de interesses individuais, visto que os seus titulares são perfeitamente identificáveis, assim como o seu objeto que, embora de origem comum, é divisível, de modo que a ação judicial pode perfeitamente ser exercida individualmente pelas pessoas naturais interessadas. Ocorre que a Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, inclui, em seu art. 21, como passíveis de proteção através de ação civil pública, ‘os interesses ou direitos individuais homogêneos’. Ademais, a Lei Complementar 75, de 20.05.1993, prescreve, dentre as competências do Ministério Público da União, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de ‘interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos’ (art. 6º, VII, ‘d’). Ora, conquanto no caso em tela se trate de

pública 2003.70.05.004424-5, promovida pelo Ministério Público Federal de Cascavel/PR em face da União, da CBEE (Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica), da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e da COPEL (Companhia Paranaense de Energia Elétrica) decidimos pela ausência de fundamento legal para a cobrança dos encargos de capacidade emergencial, vulgarmente conhecido como “seguro-apagão”) em sentença com eficácia para todo o Estado do Paraná, a qual restou suspenso por força de decisão da Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ressalte-se, todavia, que se tratava de matéria essencialmente tributária, mas os valores eram repassados para a CBEE para fins de ampliação da rede de produção e distribuição de energia elétrica no país, com o que não se pode falar em substituição da atividade administrativa.

G CONTROLE DA LIVRE CONCORRÊNCIA (CF/88, art. 170, IV)

A livre concorrência consiste em um dos princípios gerais da atividade econômica, constituindo-se no grande desafio imposto ao Direito no século XXI, uma vez que a desregulação dos mercados implica ampla possibilidade de concentração de blocos econômicos. Uma das principais atividades do Estado neoliberal consiste

ação civil pública veiculando pretensão jungida a direito individual homogêneo (pagamento de tarifa de energia elétrica mediante cobrança de valores mínimos e divisão das tarifas de 'baixa renda' em faixas), entendo que, vislumbrado o mesmo em uma dimensão coletiva a partir da reunião dos diversos direitos que constituem a *res in iudicium deducta*, não há como negar, *data venia*, aos que entendem diversamente, a legitimidade do *Parquet* para a presente demanda, já que, como se viu, essa atividade não destoa de sua função institucional lastreada constitucional e legalmente.”

em regular a atividade econômica, através de uma intervenção indireta, na forma de fiscalização e planejamento das atividades privadas⁷¹⁷. O vasto número de fusões empresariais está a demonstrar as dificuldades inerentes a uma intervenção do Poder Judiciário no controle da concentração dos mercados e supressão da livre concorrência. A busca desenfreada dos lucros que irão saciar os acionistas leva as empresas a múltiplas trocas de comando na gestão de seus negócios, sendo comum a formação de grandes grupos empresariais que atuam em diversos segmentos da economia, muitos dos quais concorrendo entre si de modo artificial. O simples fato de que estas operações são desencadeadas fora do Brasil e envolvem empresas transnacionais que produzem e fornecem para o mercado local está a demonstrar a insuficiência dos mecanismos tradicionais de contenção das práticas desleais no mercado. Neste contexto, a Lei 8.888/94 (Lei Antitruste) foi editada com a finalidade de criar os instrumentos jurídicos e os órgãos estatais necessários a assegurar a livre concorrência, assumindo o Ministério Público uma importante função neste novo cenário. As ações coletivas poderão ter por conteúdo proteger direitos difusos ligados a toda a sociedade, uma vez que garantir a livre concorrência se constitui em um dos objetivos da intervenção do Estado na ordem econômica. Existe, pois, uma sensível distinção entre os direitos difusos dos cidadãos na proteção da livre concorrência entre as empresas e a proteção do consumidor, na medida em que a livre concorrência assegura valores que transcendem os limites das relações de

⁷¹⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 4. Recordam os autores que “a atuação indireta do Estado na economia se dá de diversas formas, visando, em linhas gerais, a corrigir distorções que se verificam quando os agentes econômicos podem atuar de modo totalmente livre (merecendo destaque a coibição à formação de oligopólios, de cartéis, a prática de *dumping* – venda de produtos por preços inferiores aos custos –, enfim, a vedação de qualquer prática contrária à livre concorrência).”

consumo. Através da livre concorrência se garante, também, o desenvolvimento nacional, previsto no próprio art. 3º, II, da CF/88, ou ainda protegem-se “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CF/88, art. 1º, IV), os quais se constituem em fundamentos da nação. A livre concorrência permite, acima de tudo, a sobrevivência de pequenas e médias empresas, ante a hegemonia econômica dos grandes grupos, motivo pelo qual se impõe a intervenção estatal através da adoção das medidas preconizadas na Lei federal 8.884/94⁷¹⁸. É certo que as disposições da lei antitruste se aplicam à prestação dos serviços públicos, por expressa disposição do art. 54, § 2º, contudo o campo preferencial da ação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) será o da supressão da concorrência na esfera privada. Os serviços públicos geralmente são prestados em caráter exclusivo, tendo sido privatizadas as estatais que desempenhavam estes serviços, muito embora em setores como o de telecomunicações se vislumbre a possibilidade de uma sadia concorrência. Esta exclusividade, inclusive, manifesta-se na imposição da tarifas que são cobradas sempre em seus valores máximos, motivo pelo qual somente com a abertura de concorrência no setor seria possível a alteração deste quadro e a redução das tarifas. O mercado de prestação dos serviços públicos é concentrado, como regra geral, com o que resta reduzida a capacidade de intervenção judicial no sentido de garantir a livre concorrência.

⁷¹⁸ A Lei federal 8.884/94 prevê, em seu art. 74, *caput*, que o juiz poderá designar um interventor que pratique os atos necessários à adequação da empresa ao título executivo extrajudicial emitido com base na decisão do CADE em processo antitruste (“Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa. § 1º Se, apesar das providências previstas no *caput*, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º. § 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assumirá a administração total da empresa”).

Já no setor privado, a concorrência pode ser estimulada através da propositura de ações civis públicas perante o Poder Judiciário, com o fito de obter a repressão às práticas de concentração dos mercados, através da supressão da concorrência, sendo certo que o CADE não detém poderes jurisdicionais, apesar do texto do art. 3º da Lei federal 8.8884/94⁷¹⁹.

Muito embora a lei mencione a atribuição do CADE para apreciar os processos administrativos instaurados para averiguar a prática de infração à ordem econômica do país, existe previsão expressa da propositura de ações individuais ou coletivas que visem obter provimento judicial de cessação da atividade danosa⁷²⁰. Não poderão ser promovidas ações coletivas com o fito de obter a aplicação de sanções de natureza administrativa, tais como a multas previstas em lei, diante da competência atribuída ao CADE. Contudo, a principal medida judicial que poderá ser pretendida através da propositura de uma ação coletiva consiste na cessão da atividade, cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos e qualquer outra medida necessária para preservar a ordem econômica⁷²¹.

A margem de atuação judicial é, portanto, ampla, não se podendo falar apenas da proteção de direitos individuais, uma vez que a proteção da ordem econômica e

⁷¹⁹ POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 38. Os autores mencionam que, muito embora a lei fale em “órgão judicante”, o CADE não tem competência judicial, e funciona somente no âmbito da instância administrativa, a exemplo do que ocorre com os conselhos de contribuintes.

⁷²⁰ Lei 8.884/94: “Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei 8.078, de 11.09.1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

⁷²¹ “V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

do consumidor se constitui em bem social marcado pelo signo da indisponibilidade e da indivisibilidade. Ao aplicar as sanções de ordem não-pecuniária, através de decisões de cunho mandamental, o juiz estará atuando positivamente no papel de administrador, mas somente nos casos em que as medidas administrativas se revelem insuficientes. A lei antitruste, ao prever os mecanismos de tutela coletiva em seu art. 23, assume incumbência de tutelar, de forma indireta, dos direitos dos consumidores, os quais restariam lesados em decorrência das práticas desleais⁷²².

A intervenção do Estado na economia se revela como um indispensável instrumento de equilíbrio do mercado, assumindo o Estado as funções de arbitragem das relações privadas, conforme concebido pela doutrina neoliberal. O grau de eficiência destas intervenções, em sede administrativa, dependerá da efetiva independência dos membros do CADE, o que somente poderá ser obtido pela garantia de uma ampla transparência dos processos administrativos envolvendo fusões e incorporações entre empresas. Com a desregulação dos mercados – em decorrência da adoção dos postulados neoliberais na economia – a tendência geral será a de incremento das ações civis públicas promovidas no âmbito da tutela direitos difusos à livre concorrência e à proteção do consumidor, firmando-se a

⁷²² Um exemplo marcante desta concepção pode ser encontrado nas ações penais propostas pelo Ministério Público estadual de Santa Catarina, em Florianópolis, nos termos das disposições do art. 288, *caput*, do Código Penal, e do art. 4º, I, “a” e II, “a”, da Lei 8.137, de 27.12.1990, em face dos proprietários dos postos de gasolina da capital catarinense, quando então o assunto foi encaminhado à apreciação do CADE, que decidiu pela condenação dos envolvidos, no âmbito administrativo, a partir de dados obtidos através de interceptações telefônicas realizadas com mandado judicial. Outra denúncia foi oferecida pelo Ministério Público estadual no município catarinense de Lages, em data de 06.06.2001, o que também sucedeu no município catarinense de Blumenau em data de 26.11.2002. Em 23.05.2000, a promotoria de Defesa do Consumidor de Belo Horizonte, por idênticas razões, ingressou com ação civil pública em face dos proprietários dos postos de gasolina da capital mineira, com base no Código de Defesa do Consumidor, o mesmo sucedendo em Goiânia-GO na data de 10.08.2000.

competência da Justiça Federal sempre que o CADE figure no pólo passivo da demanda ou mesmo na condição de simples interessado, vez que se trata de autarquia federal⁷²³.

Muito embora a Lei federal 8.884/94 somente mencione a tutela dos direitos individuais homogêneos, não restam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação das disposições constantes na Lei federal 8.078/90, uma vez que a “liberdade de escolha” (art. 6º, II) consiste em um importante direito básico do consumidor, revelando-se possível, portanto, a proteção dos direitos difusos dos consumidores.

H BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (renda mínima): POSIÇÃO DO STF

Na ação direta de inconstitucionalidade 1.232, o Supremo Tribunal, pelo seu Pleno, em acórdão relatado pelo Ministro Nélson Jobim (relator para o acórdão), publicado em 1º.06.2001, fixou o entendimento de que incumbe à lei a fixação dos dados técnicos necessários ao exercício do direito, com o que não existe espaço para a atuação da Administração Pública neste particular. “A interpretação que a jurisprudência vinha conferindo ao acórdão era no sentido de que não estavam excluídos outros meios de apreciação da prova, a par da documental, bem como que o critério técnico erigido pela Lei 8.742/93 (renda *per capita* familiar não superior a ¼ do salário mínimo) poderia ser

⁷²³ Assim, STJ, Primeira Seção, CC 34.977/SP; Conflito de Competência 2002/0045067-0, Relatora

desconsiderado, à vista de outros dados. Todavia, em data recente, o STF, em reclamação proposta pelo INSS junto à Corte (Reclamação 2.298-SP, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31.05.2004) fixou o entendimento de que compete à lei, com exclusividade, prever o critério técnico-objetivo aplicável, ou seja, de ¼ do SM vigente. “DECISÃO: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento no art. 102, inc. I, "I" da Constituição, e nos arts. 13 a 18 da Lei 8.038, de 1990, propõe a presente Reclamação, com pedido de liminar, para suspender e cassar sentença proferida nos autos da Ação 2002.61.84.009222-0, pelo Juiz Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário da 3ª Região, no Estado de São Paulo. Pretende-se "afastar exigência de pagamento de benefício assistencial, o qual foi concedido em completo descompasso com o texto legal aplicável", haja vista a inobservância do requisito "renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo". Alega-se o efeito vinculante da decisão desta Corte na ADI 1.232-DF, que confirmou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742, de 07.12.1993, que estabelece critério para receber o benefício do inc. V do art. 203 da Constituição. Sustenta-se que a sentença de primeiro grau afastou o requisito legal expresso na mencionada Lei, que, conforme decisão desta Corte, representa requisito objetivo a ser observado para a prestação assistencial do Estado. Indeferi a liminar, nos seguintes termos: "Nesse juízo de delibação, entendo que, embora haja decisão desta Corte, não é de se excluir que, na hipótese dos autos, possa realizar-se um adequado *distinguishing*. Ademais, não restou demonstrada a proclamada avalanche de ações, requerendo o benefício assistencial. Em face da singularidade

do caso, não se afigura evidenciado o *periculum in mora* indispensável à concessão da cautelar". Posteriormente à rejeição da liminar, caso análogo foi examinado pelo Pleno desta Corte, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie (AGRCL 2.303, julgado em 1º.04.2004). O voto vencedor de Ellen Gracie tem o seguinte teor: "Consta do voto do Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento de mérito da ADI 1.232, *verbis*: "Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, seja, a de que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido. Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso. Meu voto, portanto, com o parecer, julga procedente apenas em parte a ação, para o efeito acima explicitado". De forma contrária, porém, entendeu o Min. Nelson Jobim. Transcrevo, para maior clareza, o voto de Sua Excelência: "Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto, não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de

direito algum, pois depende da existência de lei, da definição". O voto do Min. Nelson Jobim acabou prevalecendo no julgamento. A sentença impugnada adotou a fundamentação defendida no voto vencido. Conseqüentemente, afronta o entendimento vencedor e, assim, a decisão da ADI 1.232. Meu voto é, pois, no sentido do provimento da reclamação, julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Defensoria Pública". Diante do precedente firmado pelo Plenário em Agravo Regimental na Reclamação 2.303 – e considerando como violada a autoridade da decisão proferida por esta Corte na ADI 1.232 -, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada na parte em que concede benefício assistencial em desacordo com o requisito objetivo previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742, de 07.12.1993 ("renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo") (RISTF, art. 161, parágrafo único, acrescentado pela Emenda Regimental 13, de 25.03.2004)". Houve, portanto, através da reclamação, grave afronta à proteção da coisa julgada, decorrente de sentenças transitadas em julgado, as quais se utilizaram do controle difuso de controle de constitucionalidade. Resulta claro, todavia, que quando a Constituição outorga ao legislador a tarefa de prever os requisitos técnicos para o exercício de um direito constitucional, não cabe ao legislador transferir esta atividade à Administração Pública, a qual não poderá regular a matéria, sob pena de inconstitucionalidade da lei.