

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**VINICIUS DE MELO LIMA**

**UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE:  
Os Direitos Sociais Entre o Ativismo Judicial e a Decisão Jurídica Democrática**

**SÃO LEOPOLDO**

**2015**

Vinicius de Melo Lima

UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE:  
Os Direitos Sociais Entre o Ativismo Judicial e a Decisão Jurídica Democrática

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2015

L732t Lima, Vinicius de Melo

Uma teoria hermenêutica da responsabilidade: os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática / por Vinicius de Melo Lima. -- São Leopoldo, 2015.

407 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Escola de Direito.

Catlogação na publicação:

Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE: Os Direitos Sociais Entre o Ativismo Judicial e a Decisão Jurídica Democrática**”, elaborada pela doutoranda **Vinicius de Melo Lima**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de dezembro de 2015.

  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

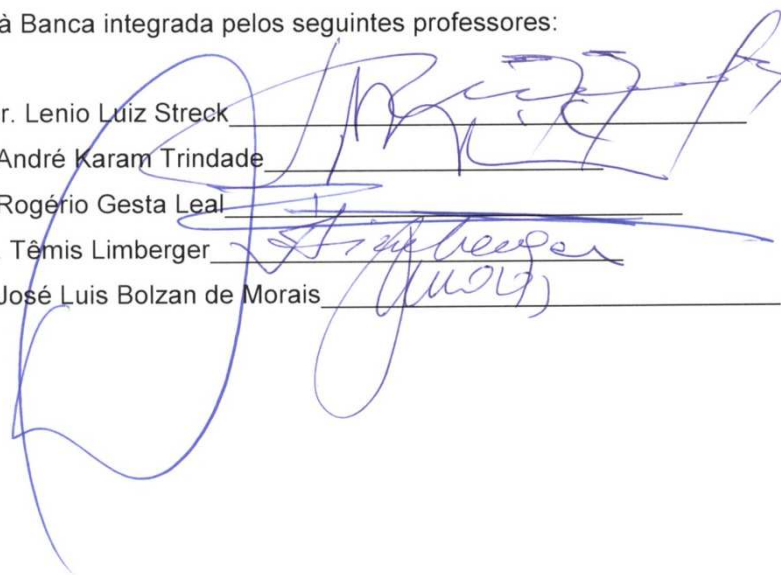
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. André Karam Trindade

Membro: Dr. Rogério Gesta Leal

Membro: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes



*“A linguagem é a casa do Ser. Em sua habitação mora o homem. Os pensadores e poetas lhe servem de vigias [...]”*. (HEIDEGGER, 2009, p. 24-5).

*“[...] Por que foi que cegámos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem”*. (SARAMAGO, 1995, p. 310).

## AGRADECIMENTOS

Uma obra não é um trabalho isolado de um autor, mas sim, fruto de uma empreitada coletiva ou uma espécie de “romance em cadeia”, na feliz expressão de Ronald Dworkin.

Nesse sentido, registro a inestimável contribuição do Professor Doutor Lenio Luiz Streck, orientador da presente tese de doutoramento, a qual se submete ao crivo do público leitor, por sua disponibilidade e por conferir liberdade às minhas ideias, despertando-me para os estudos da teoria do Direito e da Constituição, na perspectiva traçada por sua original *Crítica Hermenêutica do Direito*.

Aos Professores do Curso de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na pessoa do Coordenador Professor Doutor Leonel Severo Rocha, pela amável acolhida e pela qualidade das aulas ministradas, bem como aos funcionários da referida Casa de Ensino, pela cordialidade e presteza no atendimento.

Aos Colegas do Curso de Doutorado em Direito da UNISINOS, em especial aos companheiros de jornada acadêmica, Francisco José Borges Motta, Marcelo Cacinotti Costa, Suelen da Silva Weber, Willame Parente Mazza e Paulo Afonso Brum Vaz, pela amizade e parceria construídas, além dos diálogos que abriram caminhos para a consecução deste esforço. Aos amigos do “Dasein”, grupo de estudos coordenado pelo Professor Doutor Lenio Luiz Streck, na pessoa da querida colega Clarissa Tassinari.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela concessão da bolsa parcial de estudos e pelo amadurecimento intelectual e humanístico, no sentido da incessante busca de uma “justiça pedestre, companheira quotidiana dos homens” e “tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo” (SARAMAGO, 2015).

À Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, pela oportunidade para o exercício da docência no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal. E à Universidade de Santa Cruz do Sul, pela trajetória construída na condição de acadêmico e de docente.

À minha família – em especial aos pais João e Solange, irmãos Caroline e Márzio, esposa Sabrina e afilhado Thiago –, dedico-lhes imenso amor, reconhecimento e gratidão, compartilhando os momentos mais difíceis, com o indispensável estímulo aos estudos e a compreensão diante das atividades acadêmicas. A vocês, muito obrigado por tudo!

## RESUMO

A presente tese de doutoramento tem como objeto da pesquisa os fundamentos da responsabilidade política do intérprete na produção do sentido normativo, em observância aos ideais de coerência e de integridade decisória, na perspectiva de uma exploração hermenêutica das dimensões da resposta constitucionalmente adequada à concretização dos direitos sociais, tanto em nível procedural, quanto no plano substancial. Os problemas a serem investigados são os seguintes: Como controlar o poder e ampliar as liberdades fundamentais dos cidadãos, em especial os direitos sociais? Quais os limites e as possibilidades de concretização judicial dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro? A investigação científica, alicerçada no *método* fenomenológico-hermenêutico, tendo como referencial teórico a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica (Martin Heidegger-Hans-Georg Gadamer), o Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, em uma interlocução com o Constitucionalismo Garantista, de Luigi Ferrajoli, à luz da filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck, procura identificar parâmetros hermenêuticos para o controle judicial e a eficácia dos direitos sociais, a partir do desenvolvimento de uma *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*. O trabalho insere-se na linha 1 de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, cuja pertinência temática amolda-se à disciplina de Hermenêutica Jurídica e Concretização de Direitos, ministrada pelo Professor Doutor Lenio Luiz Streck. O objetivo da tese consiste, pois, na reconstrução hermenêutica dos direitos sociais, tendo como fundamento estruturante uma compreensão adequada da responsabilidade decisória como garantia constitucional de efetivação da democracia substancial. As hipóteses trabalhadas possuem as seguintes perspectivas de compreensão: 1) A legitimidade da jurisdição na concretização dos direitos sociais, à luz da concepção dos direitos fundamentais como trunfos (Ronald Dworkin), havendo uma complementaridade entre direitos individuais e direitos sociais, os quais preexistem à decisão judicial. A ideia da *responsabilidade hermenêutica* é condição de possibilidade para a inserção da decisão jurídica no mundo prático, afastando a noção de “escolha”, cuja tradução jurídica encontra ressonância na concepção de discricionariedade; 2) A resposta hermeneuticamente adequada em matéria de direitos sociais reclama a adoção de um construtivismo decisório, em atenção à igual consideração e respeito que balizam a convivência comunitária, evitando-se as “razões de Estado”; 3) As dimensões de garantia da decisão jurídica democrática, em nível procedimental e substancial, tendo como foco o conteúdo que emana da resposta adequada à Constituição, podem ser divididas, para fins didáticos, em temporal, político-jurídica,

socioeconômica, moral, cultural e integrativa; 4) A construção de uma Teoria Hermenêutica da Responsabilidade procura identificar determinados parâmetros hermenêuticos para a concretização judicial dos direitos sociais, quais sejam, a diferença ontológica entre os direitos fundamentais e a compreensão das dimensões da decisão jurídica democrática, o “romance em cadeia”, o círculo hermenêutico e a garantia de fundamentação, a tradição, a coerência e a integridade, a unidade do valor, a faticidade e a igual liberdade. A exigibilidade dos direitos sociais e os limites e as possibilidades de atuação da jurisdição têm preocupado comunidade em geral, razão pela qual se impõe a diferenciação entre judicialização da política e ativismo, além de uma crítica ao modelo do neoconstitucionalismo recepcionado no Brasil, nas fronteiras entre o Direito e a Política. Na sequência, a leitura do fenômeno da corrupção como um problema de direitos fundamentais decorre da necessidade de se denunciar o patrimonialismo e o estamento, os quais, associados à lógica do *free rider*, contribuem para o incremento das desigualdades sociais. A raiz do dilema está na discricionariedade e na eventual construção, por intermédio do discurso jurídico, de uma verdadeira zona de imunidade, a qual se contrapõe à intensa danosidade social e quebra da confiança legítima em decorrência das práticas corruptivas. Por sua vez, a ideia dos direitos sociais revela a importância de uma perspectiva holística, fundada na unidade do valor (Dworkin) e no giro ontológico-linguístico, para a compreensão do dilema entre procedimentalismo e substancialismo, das omissões inconstitucionais e do controle jurisdicional de políticas públicas. Desenvolvem-se, enfim, os fundamentos de uma teoria da responsabilidade decisória, propondo-se uma autêntica reviravolta hermenêutica em relação à efetivação dos direitos sociais, com realce para a justiciabilidade no Supremo Tribunal Federal. O recorte quantitativo e qualitativo levou em consideração as decisões proferidas entre *1º de maio de 1996 e 30 de agosto de 2015*, mormente em razão da evolução jurisprudencial em torno da eficácia e da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais sociais no referido período.

**Palavras-chave:** Teoria Hermenêutica da Responsabilidade. Limites e possibilidades da jurisdição. Eficácia dos direitos sociais. Ativismo judicial. Decisão jurídica democrática.



## ABSTRACT

This doctoral thesis has the purpose of research the foundations of the political responsibility of the interpreters in the production of normative sense, in compliance with the ideals of coherence and operative integrity, the perspective of a hermeneutic exploration of the dimensions of constitutionally adequate response to the realization of rights social, both in procedural level, and in the substantial plan. The problems to be investigated are: How to control the power and extend the fundamental freedoms of citizens, in particular the social rights? What are the limits and possibilities of judicial realization of social rights in a Brazilian Law Democratic State of Brazilian Law? Scientific research, based on the phenomenological-hermeneutical method, theoretically based hermeneutics philosophy and philosophical hermeneutics (Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer), Law as Integrity, of Ronald Dworkin, in a dialogue with the Constitutionalism Guarantees of Luigi Ferrajoli in the light of filtration Critical Hermeneutics of Law of Lenio Luiz Streck, seeks to identify hermeneutical parameters for judicial review and the effectiveness of social rights, from the development of Hermeneutics Theory of Responsibility. The work is part of the first line of research of the Pos-Graduate Program in Law UNISINOS, whose thematic relevance conforms to the discipline of Legal Hermeneutics and Implementation of Rights, taught by Professor Lenio Luiz Streck. The aim of the thesis is therefore the hermeneutic reconstruction of social rights, with the structuring based on a proper understanding of the decision-making responsibility as constitutional guarantee of realization of substantial democracy. The hypotheses worked have the following perspectives of understanding: 1) The legitimacy of the jurisdiction in realization of social rights in the light of the concept of fundamental rights as trumps (Ronald Dworkin) and there is a complementarity between individual rights and social rights, which pre-exist the judicial decision. The idea of hermeneutics responsibility is the condition of possibility for the inclusion of the legal decision in the practical world, away from the notion of “choice” whose legal translation resonates in the design of discretion; 2) The hermeneutically appropriate response in terms of social rights calls for the adoption of a decision constructivism, in keeping with equal concern and respect that guide the community life, avoiding the “reasons of state”; 3) The dimensions guarantee the democratic legal decision on procedural and substantive level, focusing on content emanating from the appropriate response to the Constitution, can be divided, for didactic purposes, in temporal, political-legal, socio-economic, moral, cultural and integrative; 4) The construction of a Hermeneutics Theory of Responsibility seeks to identify certain hermeneutical parameters for

the judicial realization of social rights, namely, the ontological difference between the fundamental rights and the understanding of the dimensions of democratic legal ruling, the "romance chain", the hermeneutical circle and the statement of assurance, tradition, consistency and integrity, the value of the unit, the facticity and the same freedom. The enforceability of social rights and the limits and jurisdiction possibilities of action have worried community at large, which is why is necessary to differentiate between legalization of politics and activism, as well as a critique of neoconstitutionalism the type approved in Brazil, on the borders between Law and Policy. Following the reading of the phenomenon of corruption as a fundamental rights problem stems from the need to report patrimonial and estate, which, combined with the logic of the free rider, contribute to the increase in social inequalities. The root of the dilemma is at the discretion and the eventual construction, through the legal discourse, a true zone of immunity, which is opposed to the intense social danosidade and breach of legitimate expectations as a result of corrupting practices. In turn, the idea of social rights reveals the importance of a holistic approach, based on the value of the unit (Dworkin) and ontological-linguistic turn, to understanding the dilemma between proceduralism and substantialism, the unconstitutional omissions and judicial control public policy. Are developed, finally, the foundations of a theory of decision-making responsibility, proposing an authentic hermeneutic turn in relation to the effectiveness of social rights, with emphasis on the justiciability of the Supreme Court of Brazil. The quantitative and qualitative fragment took into account decisions taken between 1 May 1996 and 30 August 2015, especially given the jurisprudential developments around the effectiveness and applicability of fundamental social rights standards in the period.

**Key-words:** Hermeneutics Theory of Responsibility. Limits and possibilities of jurisdiction. Effectiveness of social rights. Judicial activism. Democratic legal decision.

## RESUMEN

Esta tesis doctoral tiene el propósito de la investigación de los fundamentos de la responsabilidad política del intérprete en la producción de sentido normativo, de acuerdo con los ideales de la coherencia y la integridad operativa, la perspectiva de una exploración hermenéutica de las dimensiones de la respuesta constitucionalmente adecuada para la realización de los derechos sociales, tanto en el plano procesal, y en el plan sustancial. Los problemas a investigar son: ¿Cómo controlar el poder y extender las libertades fundamentales de los ciudadanos, en particular los derechos sociales? ¿Cuáles son los límites y posibilidades de realización judicial de los derechos sociales en un Estado Democrático de Derecho Brasileño? La investigación científica, basada en el método fenomenológico-hermenéutico, con base teórica la filosofía hermenéutica y la hermenéutica filosófica (Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer), el Derecho como Integridad, de Ronald Dworkin, en un diálogo con el Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli a la luz de la Crítica Hermenéutica del Derecho, de Lenio Luiz Streck, busca identificar parámetros hermenéuticos para la revisión judicial y la efectividad de los derechos sociales, desde el desarrollo de una *Teoría Hermenéutica de la Responsabilidad*. El trabajo es parte de la primera línea de investigación del Programa de Postgrado en Derecho UNISINOS, cuya relevancia temática se ajusta a la disciplina de la hermenéutica jurídica y aplicación de los derechos, impartido por el profesor Lenio Luiz Streck. Por tanto, el objetivo de la tesis es la reconstrucción hermenéutica de los derechos sociales, con la estructuración en base a una correcta comprensión de la responsabilidad en la toma de decisiones como garantía constitucional de la realización de la democracia sustancial. Las hipótesis trabajado tienen las siguientes perspectivas de entendimiento: 1) La legitimidad de la jurisdicción en la realización de los derechos sociales a la luz del concepto de los derechos fundamentales como triunfos (Ronald Dworkin) y hay una complementariedad entre los derechos individuales y los derechos sociales, que preexisten la decisión judicial. La idea de la responsabilidad la hermenéutica es la condición de posibilidad de la inclusión de la decisión judicial en el mundo práctico, lejos de la noción de la “elección”, cuya traducción jurídica resuena en el diseño de la discricionalidad; 2) La respuesta hermenéutica adecuada en términos de derechos sociales exige la adopción de un constructivismo decisión, de acuerdo con la misma consideración y el respeto que guían la vida de la comunidad, evitando las “razones de Estado”; 3) Las dimensiones de garantía de la decisión jurídica democrática en el nivel procesal y sustantiva, centrándose en el contenido que emana de la respuesta adecuada a la Constitución, pueden ser divididos, con fines

didácticos, en temporal, político-legal, socio-económica, moral, cultural e integradora; 4) La construcción de una teoría hermenéutica pasivo busca identificar ciertos parámetros hermenéuticos para la realización judicial de los derechos sociales, es decir, la diferencia ontológica entre los derechos fundamentales y la comprensión de las dimensiones de la resolución judicial democrático, la “cadena de romanticismo” el círculo hermenéutico y la garantía de la fundamentación, la tradición, la coherencia y la integridad, el valor de la unidad, la facticidad y la igual libertad. La exigibilidad de los derechos sociales y los límites y las posibilidades de acción de la jurisdicción han preocupado la comunidad en general, por lo que es necesario diferenciar entre la judicialización de la política y el activismo, así como una crítica del neoconstitucionalismo del tipo aprobado en Brasil, en la frontera entre Derecho y Política. Tras la lectura del fenómeno de la corrupción como un problema de derechos fundamentales se deriva de la necesidad de denunciar el patrimonialismo y el estamento, lo que, combinado con la lógica del *free rider*, contribuyen al aumento de las desigualdades sociales. La raíz del dilema está en la discricionalidad y de la eventual construcción, a través del discurso jurídico, una verdadera zona de la inmunidad, que se opone a la intensa danosidad social y la violación de la confianza legítima, como resultado de las prácticas corruptas. A su vez, la idea de los derechos sociales revela la importancia de un enfoque holístico, basado en el valor de la unidad (Dworkin) y giro ontológico-lingüística, para entender el dilema entre procedimentalismo y substancialismo, las omisiones inconstitucionales y el control judicial políticas públicas. Se desarrollan, por último, las bases de una teoría de la toma de decisiones responsable, proponiendo un auténtico giro hermenéutico en relación con la efectividad de los derechos sociales, con énfasis en la justiciabilidad de la Corte Suprema. El fragmento cuantitativa y cualitativa tuvo en cuenta las decisiones tomadas entre el 1 de mayo de 1996 y 30 de agosto 2015, debido principalmente a los desarrollos jurisprudenciales alrededor de la efectividad y la aplicabilidad de las normas fundamentales de los derechos sociales en ese período.

**Palabras clave:** Teoría Hermenéutica de Responsabilidad. Límites y posibilidades de la jurisdicción. Efectividad de los derechos sociales. Activismo judicial. Decisión Jurídica Democrática.

## SUMÁRIO

|              |  |     |
|--------------|--|-----|
| <b>1</b>     | <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 15  |
| <b>2</b>     | <b>JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: TENSÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA</b> .....                      | 19  |
| 2.1          | PRÉ-COMPREENSÃO ACERCA DO TEMA: O QUE É A (IGUAL) LIBERDADE?.....  | 19  |
| 2.2          | A IDEIA DE UMA RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA.....  | 27  |
| <b>2.2.1</b> | <b>Direito como integridade e garantismo: aproximações e contrastes à luz da Crítica Hermenêutica do Direito</b> ..... | 36  |
| 2.3          | A AUTONOMIA DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO.....   | 49  |
| <b>2.3.1</b> | <b>O debate entre Hart e Dworkin e a crítica à discricionariedade judicial</b> .....                                   | 55  |
| 2.4          | DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS: UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA PARA ALÉM DO IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA.....  | 66  |
| 2.5          | DIREITOS SOCIAIS E NEOCONSTITUCIONALISMO(S): O PROBLEMA DO CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA.....                       | 73  |
| 2.6          | JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: RUMO A UMA JURISTOCRACIA?.....   | 76  |
| <b>2.6.1</b> | <b>Decisionismo e <i>bypass</i> constitucional</b> .....   | 84  |
| <b>2.6.2</b> | <b>Limites da interpretação constitucional: da teoria das fontes à teoria da decisão jurídica democrática</b> .....    | 88  |
| <b>3</b>     | <b>PATOLOGIAS CORRUPTIVAS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS</b> .....  | 93  |
| 3.1          | IMBRICAÇÕES ENTRE O DIREITO, A DEMOCRACIA E O POVO: DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA À PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA.....          | 93  |
| 3.2          | DISFUNCIONALIDADES NA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E A SOCIEDADE: O DÉFICIT DE FRUIÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL..... | 104 |
| 3.3          | FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS.....   | 109 |
| 3.4          | CORRUPÇÃO, BENS COLETIVOS E A LÓGICA DO <i>FREE RIDER</i> .....  | 112 |
| 3.5          | PATRIMONIALISMO E ESTAMENTO: UMA EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL PERMANENTE?.....   | 118 |

|              |  |            |
|--------------|--|------------|
| 3.6          | <i>PODERES SELVAGENS E REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS</i> .....   | 122        |
| 3.7          | LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E <i>ACCOUNTABILITY</i> : POR UMA GOVERNANÇA RESPONSÁVEL .....  | 129        |
| <b>4</b>     | <b>DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....   | <b>138</b> |
| 4.1          | O PARADIGMA SOLIPSISTA NO DIREITO E A REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA.....  | 138        |
| 4.2          | JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....   | 145        |
| <b>4.2.1</b> | <b>Direitos sociais e o déficit democrático da ponderação</b> .....  | <b>153</b> |
| 4.3          | O PROBLEMA DO FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO FEDERALISMO BRASILEIRO .....   | 161        |
| 4.4          | DIREITOS SOCIAIS COMO TRUNFOS E AS ESFERAS DO “INDECIDÍVEL”: POR UMA CONCEPÇÃO REPUBLICANA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (OU DE FUNÇÕES) .....                          | 168        |
| <b>4.4.1</b> | <b>A crise do estado social e o Ministério Público como instituição de garantia</b> .....  | <b>172</b> |
| 4.5          | <i>JUDICIAL REVIEW</i> E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES EM FACE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL .....  | 177        |
| <b>5</b>     | <b>UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE: DIREITOS SOCIAIS E DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA</b> .....  | <b>192</b> |
| 5.1          | COMO SE DECIDEM OS CASOS?.....   | 192        |
| 5.2          | POR UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE.....   | 194        |
| 5.3          | AS DIMENSÕES DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA.....  | 197        |
| <b>5.3.1</b> | <b>A dimensão procedimental e a idoneidade dos diálogos institucional e interconstitucional</b> .....  | <b>200</b> |
| <b>5.3.2</b> | <b>A dimensão jurídico-política: os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. Da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente</b> ..... | <b>207</b> |
| <b>5.3.3</b> | <b>A dimensão temporal: direitos sociais são cláusulas pétreas? A proibição do retrocesso e o dever de progressividade dos direitos sociais</b> .....                          | <b>213</b> |
| <b>5.3.4</b> | <b>A dimensão socioeconômica e os “custos dos direitos”: o mínimo existencial, a reserva do possível e seus limites à luz da crítica hermenêutica</b> .....                    | <b>218</b> |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 5.3.5   | <b>A dimensão moral ou deontológica: qual o lugar da teoria moral na decisão jurídica?</b> .....   | 229 |
| 5.3.6   | <b>A dimensão cultural. A interculturalidade como matriz de racionalidade decisória. Igualdade, diferença e ações afirmativas para a garantia dos direitos sociais</b> ..... | 234 |
| 5.4     | <b>A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO ESTRANGEIRO</b> .....  | 238 |
| 5.4.1   | <b>Os direitos sociais e as cortes regionais de direitos humanos: o princípio <i>pro homine</i> e a “margem nacional de apreciação”</b> .....                                | 241 |
| 5.4.2   | <b>Os direitos sociais e os tribunais constitucionais</b> .....  | 247 |
| 5.4.2.1 | Estados Unidos .....   | 249 |
| 5.4.2.2 | Alemanha.....  | 252 |
| 5.4.2.3 | Portugal .....   | 257 |
| 5.4.2.4 | África do Sul .....  | 259 |
| 5.4.2.5 | Colômbia .....   | 262 |
| 5.5     | <b>OS DIREITOS SOCIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....  | 263 |
| 5.5.1   | <b>Direito à saúde</b> .....   | 266 |
| 5.5.1.1 | Judicialização da saúde .....  | 267 |
| 5.5.1.2 | Medicamentos e procedimentos .....   | 273 |
| 5.5.1.3 | Assistência à saúde da criança e do adolescente .....  | 275 |
| 5.5.1.4 | Atendimento materno-infantil .....   | 276 |
| 5.5.2   | <b>Direito à educação</b> .....  | 278 |
| 5.5.3   | <b>Direito ao trabalho</b> .....   | 282 |
| 5.5.4   | <b>Direito à seguridade e à assistência social</b> .....   | 288 |
| 5.5.4.1 | A questão do benefício da assistência social às pessoas carentes e às pessoas com deficiência.....   | 288 |
| 5.5.4.2 | A contribuição dos inativos e críticas à concepção de “sustentabilidade” .....   | 291 |
| 5.5.4.3 | Aposentadoria especial dos servidores públicos .....   | 292 |
| 5.5.5   | <b>Direito à moradia</b> .....   | 292 |
| 5.5.5.1 | A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício .....  | 293 |
| 5.5.6   | <b>Controle jurisdicional de políticas públicas</b> .....  | 295 |
| 5.5.6.1 | Políticas públicas e ações afirmativas .....   | 306 |
| 5.5.6.2 | Políticas públicas e execução penal: a questão carcerária em debate .....  | 314 |

|         |   |            |
|---------|---|------------|
| 5.5.6.3 | ADPF n.º 45/2004: parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas .....   | 318        |
| 5.6     | CONCLUSÕES PARCIAIS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. A INTEGRIDADE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL ..... | 321        |
| 5.7     | A RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA COMO GARANTIA DECISÓRIA: UMA TEORIA POLÍTICO-NORMATIVA DE CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS.....              | 324        |
| 5.7.1   | <b>A diferença ontológica entre os direitos fundamentais: por uma compreensão integrativa entre os direitos individuais e os direitos sociais.....</b>  | <b>325</b> |
| 5.7.2   | <b>O círculo hermenêutico e o dever de justificação jurídico-constitucional.....</b>  | <b>331</b> |
| 5.7.3   | <b>A tradição e os ideais de coerência, integridade e consequência.....</b>   | <b>337</b> |
| 5.7.4   | <b>A faticidade e a garantia de igual liberdade: a universalização dos direitos sociais .....</b>   | <b>341</b> |
| 5.7.5   | <b>O “romance em cadeia” e o diálogo construtivo entre as dimensões da decisão jurídica democrática .....</b>   | <b>348</b> |
| 6       | <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>353</b> |
|         | <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>361</b> |
|         | <b>APÊNDICE A – REFERÊNCIA DAS DECISÕES INVESTIGADAS .....</b>  | <b>390</b> |



## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade está alicerçada na ideia de liberdade dos cidadãos para o exercício dos direitos humanos e fundamentais, em suas múltiplas dimensões/gerações.

Com efeito, o cidadão possui o poder de escolha, porquanto é dotado de livre-arbítrio, razão pela qual é o destinatário e o autor do processo de construção normativa.

Por sua vez, a relação entre o controle do poder e as liberdades fundamentais reclama uma pré-compreensão em torno da ideia de decisão, sobretudo no tocante às esferas de poder democraticamente constituídas.

Nesse sentido, o princípio da separação de poderes, na atual quadra da história, deve ser compreendido como mecanismo fundamental de proteção das liberdades (negativas ou positivas), por intermédio da doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de modo a assegurar o desenvolvimento dos cidadãos e fomentar a participação nos rumos da deliberação democrática.

Decisão e escolha não se confundem: o poder de escolha está associado à noção de “poder-agir-de-modo-diverso”, com reflexos, inclusive, na esfera criminal, ao passo que a decisão está imbricada com o controle democrático do poder<sup>1</sup>.

Daí que a reconstrução dos direitos sociais, à luz de um horizonte traçado pelo fundamento da responsabilidade, é condição de possibilidade para o seguinte desafio hermenêutico: como controlar o poder e ampliar as liberdades fundamentais dos cidadãos, sobretudo os direitos sociais de caráter prestacional? De maneira mais específica, quais os limites e as possibilidades do poder judicial em sua tarefa de concretização dos direitos sociais, no horizonte do Estado Democrático de Direito Brasileiro?

O *método* que guia a investigação, na trilha dos filósofos Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, é o *Fenomenológico-Hermenêutico*.

---

<sup>1</sup> A concepção de escolha tem suas raízes filosóficas no debate entre o livre arbítrio e o determinismo: uma leitura da responsabilidade moral à luz das possibilidades alternativas e do compatibilismo – diferenciando-se do olhar a partir da hermenêutica filosófica, tal como proposto na tese –, pode ser encontrada, entre outros, em KANE, Robert. Introduction: the contours of contemporary will debates. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 3-41. Em uma perspectiva da liberdade e da responsabilidade à luz das pesquisas científicas em torno da neurociência, cumpre lembrar, ainda, dos seguintes contributos: DENNET, Daniel C. *Consciousness explained*. New York: Back Bay Books/Little, Brown and Company Hachette Book Group, 1991; DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Sobre o processo cerebral que desencadeia os sentimentos e as emoções, com base na ligação entre Espinosa e a neurociência, ver DAMÁSIO António. *Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos*. Adaptação para o português do Brasil Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Com efeito, a reviravolta linguística (*linguist turn*) demonstra que não se pode filosofar sem a linguagem, tese sobre a qual se concentra o pensamento filosófico do século XX, haja vista que esta é o “momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística”. A seu turno, a pragmática existencial e a reviravolta hermenêutico-transcendental, no eixo Heidegger-Gadamer lançam suas bases sobre o ser e o compreender, passando a linguagem a ser um elemento imprescindível e co-constitutivo do processo reflexivo<sup>2</sup>.

Nessa senda, a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer), na perspectiva dos direitos fundamentais, buscam, na intersubjetividade, uma necessária alteridade tendo em vista a relação sujeito-sujeito. Dito de outro modo, o sujeito não mais é assujeitado pelo objeto, tampouco assujeita este, mas sim, o ser é destacado na relação com os entes, por intermédio do *dasein*.

Os dois teoremas fundamentais da hermenêutica são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. O círculo diz respeito ao movimento do interpretar no já compreendido, não sendo vicioso, mas sim virtuoso, isto é, o decisivo não é sair do círculo, mas entrar nele de modo adequado: “Esse círculo do compreender não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura prévia* existencial, própria da presença”. Aduz Heidegger, ainda, que “na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”<sup>3</sup>.

Por seu turno, a diferença ontológica radica na relação entre o ser e o ente, nos planos ôntico e ontológico, sendo que, enquanto o ente é mundano, o ser é transcendental, na esteira do giro ontológico-lingüístico decorrente da superação da filosofia da consciência.

A tese de doutoramento pretende comprovar as seguintes hipóteses:

1) A intervenção da jurisdição na concretização dos direitos sociais está legitimada pela concepção dos direitos fundamentais como trunfos, na linha de Ronald Dworkin. A ideia da *responsabilidade hermenêutica*, ao promover a inserção da decisão jurídica no mundo prático, afasta a ideia de “escolha”, a qual encontra tradução jurídica na concepção de discricionariedade. Há uma complementaridade recíproca entre os direitos individuais e os direitos sociais, os quais preexistem à decisão judicial, devendo o juiz pautar-se em conformidade com o conjunto de regras e princípios que compõem determinado sistema

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 13, 201, 225 e ss.

<sup>3</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 214-5.

jurídico. Logo, a discricionariedade e a democracia são antitéticas, sendo que aquela leva ao decisionismo e ao ativismo judicial.

2) A resposta hermenêuticamente adequada em matéria de direitos sociais reclama a adoção de um construtivismo decisório, em atenção à igual consideração e respeito que balizam a convivência comunitária, além de evitar a instrumentalização do indivíduo por “razões de Estado”.

3) Afigura-se fundamental a discussão das dimensões de garantia da decisão jurídica democrática, em nível procedimental e substancial, tendo como foco o conteúdo que emana da resposta adequada à Constituição. Assumem relevo, pois, as seguintes dimensões: temporal, político-jurídica, socioeconômica, moral, cultural e integrativa.

4) A construção de uma Teoria Hermenêutica da Responsabilidade, tendo como ponto de apoio a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica (Heidegger-Gadamer), a Teoria Integrativa, de Ronald Dworkin, traçando-se, ainda, uma interlocução com o Constitucionalismo Garantista, de Luigi Ferrajoli (sobretudo em razão dos pontos de aproximação, sem olvidar, contudo, dos eventuais contrastes), à luz da filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, procura estudar os parâmetros para a concretização judicial dos direitos sociais. A superação do decisionismo, mediante determinados critérios hermenêuticos – a diferença (ontológica) entre os direitos fundamentais e a compreensão das dimensões da decisão jurídica democrática, o “romance em cadeia”, o círculo hermenêutico e a garantia de fundamentação, a tradição, a coerência e a integridade, a unidade do valor, a faticidade e a igual liberdade – além da poliarquia institucional entre as funções executiva, legislativa e jurisdicional, permitem uma melhor compreensão em torno dos limites e das possibilidades de efetivação da garantia democrática de concretização dos direitos sociais.

A temática proposta cuida, pois, da reconstrução hermenêutica dos direitos sociais, tendo como fundamento estruturante uma compreensão adequada da responsabilidade decisória como garantia constitucional de efetivação da democracia substancial.

Como controlar o poder e, ao mesmo tempo, promover a ampliação das liberdades fundamentais, é tema que preocupa a comunidade em geral, mormente em relação à exigibilidade dos direitos sociais, cujo déficit de concretização é nítido em países de modernidade tardia, a exemplo do Brasil. Daí a necessária diferenciação entre judicialização da política e ativismo, além de uma crítica ao modelo do neoconstitucionalismo recepcionado no Brasil, nas fronteiras entre o Direito e a Política.

Na sequência, procura-se compreender as patologias corruptivas como um problema de direitos fundamentais, uma vez que o patrimonialismo e o estamento, associados à lógica

do *free rider*, contribuem para o incremento das desigualdades sociais. A raiz do dilema está na chancela da discricionabilidade e a eventual construção, por intermédio do discurso jurídico, de uma verdadeira zona de imunidade, a qual se contrapõe à intensa danosidade social e quebra da confiança legítima em decorrência das práticas corruptivas. A corrupção é contraposta à governança responsável e ao dever de *accountability* por parte dos poderes constituídos, cenário que reclama a ampliação do controle democrático dos poderes.

A seu turno, a ideia dos direitos sociais revela a importância de uma perspectiva holística, fundada na unidade do valor (Dworkin), de modo a possibilitar a reconstrução hermenêutica para além das bases tradicionais alinhadas no sinalagma e na comutatividade. Daí se revela a importância do debate na perspectiva do giro ontológico-linguístico e do dilema entre procedimentalismo e substancialismo, dos direitos sociais, das omissões inconstitucionais e do controle jurisdicional de políticas públicas, tendo por chaves hermenêuticas as concepções da parceria da democracia (*partnership conception*), de Dworkin, e da democracia através dos direitos, de Ferrajoli.

Desenvolvem-se, enfim, os fundamentos de uma teoria da responsabilidade decisória, propondo-se uma autêntica reviravolta hermenêutica em relação à efetivação dos direitos sociais, por intermédio da ampliação dos canais de participação democrática e das dimensões da resposta constitucionalmente adequada. Analisam-se determinados modelos de concretização dos direitos sociais, na perspectiva das Cortes Regionais de Direitos Humanos e dos Tribunais Constitucionais, no âmbito do Direito Estrangeiro, com foco na justiciabilidade dos direitos sociais no Supremo Tribunal Federal, de modo a vincar os limites e o alcance da decisão jurídica democrática. O recorte quantitativo e qualitativo tomou em conta as decisões proferidas entre *1º de maio de 1996 e 30 de agosto de 2015*, sobretudo em razão da evolução jurisprudencial em torno da eficácia e da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais sociais no referido período, a partir do final da década de 1990.

Em suma, a Teoria Hermenêutica da Responsabilidade é uma teoria político-normativa que propõe parâmetros interpretativos para a sindicabilidade jurisdicional dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais, com ênfase para a diferença ontológica e a compreensão integrativa entre os direitos sociais e os direitos individuais, o círculo hermenêutico e o dever de justificação, a tradição e os ideais de coerência, integridade e consequência, a faticidade e a igual liberdade, promovendo, ainda, um diálogo entre as dimensões da decisão jurídica democrática.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: TENSÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

Quais as fronteiras entre a judicialização da política e o ativismo judicial? É o que será estudado no presente capítulo, tendo como pré-compreensão estruturante a relação entre os valores da liberdade e da igualdade, à luz do debate entre Ronald Dworkin (unidade do valor) e Isaiah Berlin (pluralismo de valores), de fundamental importância para uma leitura adequada da ideia de responsabilidade hermenêutica. A *Responsabilidade Hermenêutica* parte da concepção de que os direitos fundamentais preexistem à decisão judicial, afastando-se da noção de “escolha”, cuja tradução jurídica radica na concepção de discricionariedade, não havendo necessariamente um conflito entre direitos individuais e direitos sociais, mas sim, uma complementaridade recíproca, mediante a unidade do valor (igual liberdade) na produção de sentido normativo (hermenêutica jurídica).

### 2.1 PRÉ-COMPREENSÃO ACERCA DO TEMA: O QUE É A (IGUAL) LIBERDADE?

Um convite à reflexão em torno da fundamentalidade dos direitos sociais afigura-se medida que se impõe em tempos de pós-positivismo e da busca incessante da concretização constitucional.

A liberdade tem sido invocada para legitimar uma restrição na intervenção do Estado e, paradoxalmente, em alguns casos, a sua interferência em áreas relacionadas ao mercado, à política, ao credo ou à religião, entre outras<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Para uma crítica em torno da alienação capitalista do mundo da mercadoria, que leva à negação, à sujeição e ao empobrecimento, além da aceitação passiva do monopólio da aparência, ver DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. Por sua vez, Vargas Llosa, em *A civilização do espetáculo*, amplia a concepção crítica em torno do conceito de “espetáculo”, para além da economia de mercado, em face de uma virada do eixo civilizatório em prol do puro divertimento e do prazer sem qualquer reflexão crítica. Sob tais influxos, a liberdade de expressão atingiu uma dimensão “absoluta”, sendo que os limites ao seu exercício são rejeitados e rotulados como “politicamente incorretos” ou “antidemocráticos”. Nessa esfera, vale destacar as constantes manifestações, expressões e discursos discriminatórios movidos pelo preconceito em virtude da raça, da religião, da nacionalidade, da orientação sexual, da etnia, etc., denominados “discursos de ódio” (*hate speech*). No cenário estadunidense, a vedação de limites aos discursos de ódio tem suas raízes históricas na defesa intransigente das liberdades individuais e da concepção da autonomia do indivíduo como fronteiras à intervenção jurídico-estatal, por força da Primeira Emenda da Constituição. Todavia, o tratamento dispensado pela Suprema Corte dos Estados Unidos à problemática em tela destoa da experiência do Direito Comparado e dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Entre nós, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do caso “Ellwanger”, decidiu que configura crime de racismo a publicação de livro ofensivo à comunidade judaica, balizando limites à liberdade de expressão na perspectiva do controle jurídico-penal dos discursos de ódio. Contudo, em matéria de liberdade de imprensa, entendeu a Corte Constitucional Brasileira que tal direito possui um “peso absoluto”, bem como que a liberdade de expressão seria um “direito preferencial” frente aos direitos à intimidade e à

Afinal, qual o lugar da liberdade no sistema constitucional brasileiro, em especial diante do direito fundamental à igualdade? Há liberdade real em prejuízo, por exemplo, da satisfação do direito à educação infantil, em face da ausência de vagas em creches e pré-escolas em determinados municípios? Que liberdade existe para aqueles que residem em moradias desprovidas de saneamento básico, situadas em áreas de risco? É possível falar em liberdade diante da interrupção de serviços médicos essenciais, a exemplo das internações e cirurgias?

Para o enfrentamento dessa questão, é preciso descortinar a importância da linguagem no Direito, tendo como ponto de apoio o contributo teórico de Luis Alberto Warat, o qual teceu críticas ao denominado “senso comum teórico dos juristas”<sup>5</sup>.

Com efeito, a “caixa de ressonância” do discurso jurídico tem um caráter simbólico e de transformação das relações sociais mediante um processo de desconstrução do pensamento dogmático, alicerçado na manutenção do *status quo* e das estruturas de poder vigentes. Ensina Warat<sup>6</sup> que “não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados”.

Basta um olhar crítico sobre a realidade social brasileira para verificar o “não lugar” dos grupos minoritários, com a necessidade de (re)afirmação de seus direitos fundamentais na concretização de políticas sociais de inclusão e de pertencimento. Há um “caldo de cultura” de violência que está presente no imaginário social, fruto de uma tradição inautêntica de humilhação e exploração decorrente do regime escravocrata e latifundiário da experiência latino-americana.

Os litígios submetidos ao Judiciário, em regra, de recorte individual, não comportam a dimensão e a complexidade dos conflitos sociais, sendo que as “soluções” alvitradas acenam

---

privacidade, com a transferência do ônus argumentativo, no caso envolvendo as biografias não autorizadas. Ver, entre outros, DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 156. Sobre o tema da liberdade religiosa, recomenda-se a leitura de WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre, 2007. O autor define a liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro como o “*direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, um feixe de posições jusfundamentais radicado na CF 88 e apto a harmonizar a maximização da inclusividade (acolher as confissões religiosas minoritárias) com a tolerância ao fundamentalismo-crença e o bloqueio ao fundamentalismo-militante*”. *Ibid.*, p. 317.

<sup>5</sup> A expressão “senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas [...]. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Interpretação da lei: temas para uma reformação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 13 e 15.

<sup>6</sup> *Id.* *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 47.

para as medidas de “conciliação”. Nesse sentido, Dworkin advertiu com razão que as leis conciliatórias são as que mais violam os direitos humanos e fundamentais. Prova disso é a visão positivista de que o Direito é uma espécie de “jogo de xadrez” (Hart), composto por regras jurídicas, olvidando-se da dimensão prática que decorre dos princípios e remete a compreensão jurídica para a perspectiva da “cortesia”, com o respeito à igual consideração e ao respeito devidos aos cidadãos por todo governo que pretenda ser legítimo (Dworkin)<sup>7</sup>.

A seu turno, aponta Warat que a linguagem adormecida do discurso científico das ciências sociais e jurídicas faz com que o mesmo perca “toda a possibilidade de converter-se em um discurso de denúncia, de diagnóstico das desigualdades e dos mecanismos de dominação”<sup>8</sup>.

Em seu escrito intitulado “Dois conceitos de liberdade”, Berlin<sup>9</sup> procura examinar o conceito de liberdade não a partir de uma perspectiva semântica, mas sim, com o objetivo de compreender dois sentidos que são fundamentais à história humana: o sentido “negativo” e o sentido “positivo”. O sentido “negativo” aparece como resposta à seguinte indagação: “Como é o espaço de atuação do sujeito sem a interferência de outras pessoas?”. Já o sentido “positivo” surge como resposta que contesta a pergunta: “Que ou quem é a causa do controle ou interferência que pode determinar que alguém faça ou seja uma coisa ou outra?”<sup>10</sup>.

O conceito de liberdade negativa leva em conta o espaço no qual um homem possa atuar sem ser obstaculizado por outros, sem interferência da atividade do sujeito. Neste conceito, o ser livre significa não ser importunado pelos outros, à luz do seguinte parâmetro: “Quanto maior seja o espaço de não interferência maior será a minha liberdade”<sup>11</sup>.

Berlin entende que a liberdade é liberdade, e não igualdade, equidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila, afirmando ser verdadeira a tese segundo a qual, não raras vezes, é preciso recortar a liberdade de uns para assegurar a liberdade de outros. Em tais circunstâncias, um dos princípios ou regras em conflito há de prevalecer, ao menos na prática. A liberdade no sentido negativo significa *estar livre de*, isto é, a “ausência de interferência mais além de uma fronteira, variável, mas sempre reconhecível”<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Em uma perspectiva crítica à ideia do Direito como um “jogo de xadrez”, de Hart, a partir da concepção de “cortesia” sustentada por Dworkin, como um novo modelo para o Direito, ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199 e ss.

<sup>8</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 48.

<sup>9</sup> BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. *Sobre la libertad*. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 205 e ss. (Tradução nossa).

<sup>10</sup> Ibid., p. 208. (Tradução nossa).

<sup>11</sup> Ibid., p. 209. (Tradução nossa).

<sup>12</sup> Ibid., p. 213. (Tradução nossa).

O conceito de liberdade positiva deriva do “desejo por parte do indivíduo de ser seu próprio amo”, a liberdade que se funda no sujeito como “ser ativo que pensa e quer, que é responsável de suas próprias eleições e é capaz de explicá-las por referência a suas ideias e propósitos próprios”. A liberdade, em tal perspectiva, assume o significado de *estar livre para*, sendo que a distinção entre a razão e a vontade leva a uma “retirada à cidadela interior”, isto é, deve o sujeito livrar-se dos desejos que não pode realizar. Além disso, o conceito está vinculado à autorrealização, ao autogoverno e ao autocontrole em uma sociedade orientada por fins próprios de seres racionais<sup>13</sup>.

O pluralismo, que implica a liberdade negativa, segundo Berlin, é um ideal mais verdadeiro e mais humano que os fins daqueles que buscam nas grandes estruturas disciplinares e autoritárias o ideal do autocontrole “positivo” das classes, dos povos ou da inteira humanidade<sup>14</sup>. Vale referir o seguinte recorte do pensamento do autor:

[...] Supor que todos os valores podem medir-se com o mesmo padrão, de forma que seja mera questão de exame saber qual é o superior, me parece uma forma de ocultar que sabemos que os homens são agentes livres, e aparentar que as decisões morais podem tomar-se, em princípio, mediante uma regra de cálculo. Afirmar que há uma síntese última que reconcilia tudo, todavia por realizar-se, na qual dever e interesse são o mesmo; liberdade individual e democracia pura ou Estado autoritário são o mesmo, é tapar com metafísica o que não é senão auto-engano ou pura hipocrisia<sup>15</sup>.

Berlin fala, ainda, da distinção entre o ouriço e a raposa, a partir da passagem do poeta Arquíloco, segundo o qual a raposa sabe de várias coisas, mas o ouriço sabe uma única grande coisa. A partir da referida distinção, procura traçar duas correntes teóricas: a primeira que afirma ser possível um sistema coerente, ao passo que outra refere que o conhecimento das coisas nem sempre se dá de modo coerente. Dworkin seria um “ouriço” em filosofia política e do direito.

Vê-se, pois, que o dilema proposto por Isaiah Berlin entre liberdades negativas e positivas, sob a perspectiva da pluralidade de valores, reclama uma análise à luz da teoria da unidade do valor, de Ronald Dworkin<sup>16</sup>, em *Justice for hedgehogs* (Justiça para ouriços). A liberdade não conflita com a igualdade, sendo que ambas expressam valores cujo fio condutor é a compreensão de que o Direito é um segmento da moral, por intermédio da moralidade

<sup>13</sup> BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. *Sobre la libertad*. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 217-29. (Tradução nossa).

<sup>14</sup> Ibid., p. 254. (Tradução nossa).

<sup>15</sup> Ibid., p. 254. (Tradução nossa).

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. 2011. p. 364 e ss. Em língua portuguesa: DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 359 e ss.



política. Significa dizer que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito pelas demais, na perspectiva de uma interpretação do Direito sob a melhor luz das práticas jurídicas e das instituições.

Percebe-se a importância de uma (re)leitura a partir do horizonte traçado pela unidade do valor e pela hermenêutica filosófica. Isso porquanto as distinções ou cisões estruturais na esfera do Direito (regra e princípio, igualdade e liberdade, questão de fato e questão jurídica, etc.), em realidade, possuem um viés metafísico e de caráter abstrato, que encobre o ser dos entes, impedindo o acesso hermenêutico à verdade, a qual vem materializada em virtude das especificidades do caso concreto. Ainda, a dogmática jurídica alicerçada em tal premissa tem de buscar auxílio no “Estado ponderador”, com riscos à autonomia do Direito e à própria democracia.

Ora, uma concepção isolada e descontextualizada da liberdade possibilitaria, inclusive, a legitimação do homicídio como expressão do direito à liberdade de expressão artística, olvidando do fundamento que assenta a convivência recíproca entre os cidadãos: o ser-aí e suas relações com o mundo exterior, com a faticidade, enfim, com o outro – o “ser-com” de que fala Heidegger<sup>17</sup>. Tal concepção representaria que a “liberdade do lobo seria a morte do cordeiro”<sup>18</sup>, malferindo-se os direitos fundamentais e o componente democrático do Estado de Direito.

A ideia de liberdade em Montesquieu vai ao encontro da tese segundo a qual “em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. A liberdade “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o

---

<sup>17</sup> O “círculo” do compreender é um círculo virtuoso e buscar caminhos para evitá-lo significa um “mal-entendido de princípio acerca do que é compreender”. A possibilidade de conhecimento “só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações. Na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p. 214-15.

<sup>18</sup> A liberdade e a igualdade “divergem de uma maneira capaz de explicar por que uma comunidade política poderia ver-se não apenas insegura quanto ao que fazer, mas convencida de que fará a coisa errada independentemente do que faça? Isso depende do modo como concebemos esses valores abstratos. Berlin deixa claro, em seu famoso ensaio sobre a liberdade e em vários de seus outros textos, o modo como entende a liberdade. A liberdade, afirma ele, é a ausência de interferência alheia na realização de qualquer coisa que pretendamos fazer. **Ora, se é assim que entendemos a liberdade, torna-se evidente de imediato que a liberdade do lobo é a morte do cordeiro.** Se for assim que entendemos a liberdade, e estivermos comprometidos com a liberdade assim compreendida, torna-se bastante plausível que esse compromisso entrará muitas vezes em conflito com outros compromissos, inclusive com aqueles de caráter minimamente igualitário”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-60 (grifo nosso).

que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”<sup>19</sup>. Afirma que a liberdade política “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”<sup>20</sup>.

Em sua introdução à Doutrina do Direito, Kant afirma o princípio universal do Direito, traduzido na seguinte expressão: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com a lei universal”. A liberdade, na perspectiva da coexistência com os demais seres humanos, é o “único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”, destacando que a liberdade inata implica na igualdade inata, ou seja, “independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los”<sup>21</sup>.

A autonomia da pessoa humana e a coexistência das liberdades atuam de forma complementar, de tal modo que os valores da liberdade e da igualdade são prestigiados por Kant, evitando-se, com isso, uma compreensão dissociada da intersubjetividade e apoiada em um eventual subjetivismo da consciência<sup>22</sup>. A liberdade é “*liberdade para a autodeterminação responsável, é autonomia*”<sup>23</sup> (grifo do autor).

A questão fundamental do debate entre o pluralismo e unidade do valor reside em saber se a liberdade e a igualdade são independentes entre si ou interdependentes. Enquanto Berlin destaca que o conflito entre liberdade e igualdade é inevitável, pois decorre do conflito de valores, Dworkin defende o entendimento de que a liberdade “não é a liberdade de fazer aquilo que se quer: é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas”<sup>24</sup>.

Em realidade, a liberdade deve ser interpretada em cotejo com a igualdade, pois traduzem ideias indissociáveis que apontam para a necessidade de uma releitura da dogmática

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

<sup>20</sup> Ibid., p. 166.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 76-7; 83-4.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Höffe afirma que a “acusação de ética de interioridade, pese a ser tão socorrida, adoece de um mal entendido das ideias kantianas. Segundo Kant o querer não é um ato de desejo senão um emprego de todos os meios que estão ao nosso alcance [...]. A vontade não é indiferente à sua plasmação no mundo social e político; não é uma evasão da realidade senão sua última motivação, enquanto que o fundamento se encontra no próprio sujeito”. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Editorial Herder, 1986. p. 169. (Tradução nossa).

<sup>23</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 360.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-60.

que sustenta um conflito inelutável entre os direitos individuais e os direitos sociais. Noutras palavras, como adiante será explicitado, não há uma separação ou uma cisão estrutural entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, mas sim, uma diferença ontológica, porquanto ambos se estruturam reciprocamente no sistema jurídico.

A igual liberdade está intrinsecamente associada à ideia de igualdade de recursos, propugnada por Ronald Dworkin, a qual se diferencia da aposta utilitarista na igualdade de bem-estar, em face de sua indeterminação e subjetivismo, ou ainda da igualdade de oportunidades, uma vez que ignora as diversas circunstâncias sociais entre as pessoas que podem motivar as situações de desigualdade. A igualdade de recursos – pessoais e impessoais – revela a relação existente entre escolha e circunstância, sendo que a igualdade deve levar em conta os seguintes princípios: o dever de igual consideração e a responsabilidade pessoal do indivíduo. Dworkin traça um esquema consistente em um leilão imaginário, tomando como exemplo a situação de naufragos que, isolados em uma ilha deserta, utilizam as conchas para a distribuição dos recursos existentes em conformidade com os lances ofertados no leilão. O recurso ao modelo contrafático ora proposto é adaptado ao mercado de seguros, utilizando o autor do esquema do seguro hipotético como estratégia de compreensão do problema estratégico entre escolhas e circunstâncias, debatendo os serviços de saúde e de previdência social, com severas críticas à distribuição injusta dos serviços médicos nos Estados Unidos<sup>25</sup>.

Uma ampliação desmedida das liberdades pode comprometer a eficácia dos demais direitos fundamentais, razão pela qual a unidade do valor conduz à identificação do espaço hermenêutico dos atores sociais e suas respectivas pretensões. A expansão desenfreada do individualismo possessivo, fruto da concepção privatista e neoliberal dos direitos humanos, não resiste à crítica hermenêutica que se reporta à tradição, à coerência e à integridade (Heidegger-Gadamer, Dworkin e Streck).

Num cenário marcado pela “liquidez das relações humanas”, típico da sociedade de consumo<sup>26</sup>, o princípio da igualdade somente trará efeitos práticos se os cidadãos forem efetivamente tratados com igual consideração e respeito. E para isso, o reconhecimento de que

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011 p. 79-90; 432-49; 454 e ss em especial. O princípio da igualdade, afirma Reis Novais, tendo como ponto de apoio a obra de Dworkin, “não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual”. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 109.

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 184.

existem desigualdades e exclusões é inexorável, circunstância que não pode ser ignorada no processo interpretativo de construção de sentido normativo.

A globalização e o neoliberalismo produziram a flexibilização das relações trabalhistas e o déficit de proteção dos direitos sociais em períodos de crise econômico-financeira, uma vez que a rigidez do mercado de trabalho precisa “tornar-se flexível, quer dizer, mais dócil e maleável, fácil de moldar, cortar e enrolar, sem oferecer resistência ao que quer que se faça com ele”<sup>27</sup>.

A proteção dos vulneráveis vem a ser uma preocupação que brota da matriz constitucional, como um problema de direitos fundamentais, destacando-se, sobretudo, a situação das pessoas idosas que, vez por outra, em razão do agravamento da saúde, são obrigadas a contrair empréstimos, efetuando novas dívidas para saldar as anteriores, em um efeito em cascata que pode colocar em xeque a própria sobrevivência em condições de dignidade.

Daí que a liberdade política é irreal se não for associada à liberdade em relação às dependências econômicas; a propriedade deve ter como limitador a sua funcionalidade para os sistemas social e econômico; a segurança se estende para uma dimensão existencial; a igualdade deve refletir não apenas perante a lei, devendo estender-se aos ônus e aos bônus; e a participação alcança os bens e serviços no âmbito da democracia social<sup>28</sup>.

A ideia da igual liberdade norteia a interpretação dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, de tal modo a balizar, de igual maneira, a adoção de parâmetros de sindicabilidade judicial, lançando-se mão de uma construção teórica que procure densificar critérios constitucionalmente válidos, nomeadamente em face da problemática que decorre do ativismo judicial.

Por conseguinte, à pergunta “o que é a (igual) liberdade?”, mote da pré-compreensão estruturante da presente investigação, uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição consiste no respeito à autonomia do indivíduo e aos seus projetos existenciais, dentro do ambiente comunitário e relacional. Tal situação implica em uma leitura integrada com o princípio da igualdade, na perspectiva da “unidade do valor”, de Ronald Dworkin, fundamento teórico para a construção de uma teoria hermenêutica da responsabilidade.

---

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 112.

<sup>28</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

## 2.2 A IDEIA DE UMA RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA

O tema da responsabilidade diz respeito aos conceitos moral e jurídico, sendo que, em ambos, há a ideia central consistente no fato de que “os seres humanos se consideram uns aos outros como agentes morais, ou seja, seres capazes de aceitarem regras, cumprirem acordos e de agirem obedecendo a essas determinações”<sup>29</sup>.

Não obstante, a responsabilidade, antes de ser jurídica, permanece como uma questão filosófica, cujo problema encontra-se em “verificar se os critérios sobre os quais se atribui responsabilidades podem ser considerados como critérios morais, racionalmente estabelecidos”. Daí deriva que a noção de responsabilidade, na perspectiva de Kant, “supõe uma ideia de intersubjetividade, que rompe os quadros do individualismo abstrato, argumento principal da crítica ao filósofo alemão”<sup>30</sup>.

A ideia de responsabilidade encontra, na filosofia moral, as seguintes justificativas teóricas: de um lado, a proclamação da liberdade e da autonomia individual, e, do outro, o argumento de Nietzsche, que procura demonstrar que o livre-arbítrio é uma armadilha com vistas à culpabilização do indivíduo. A responsabilidade jurídica pressupõe “um agente moral, passível de ser responsabilizado em virtude da manifestação de uma vontade racional”. Dito de outro modo, o avanço proporcionado pelo paradigma ético vai para além dos direitos individuais, mediante a subsistência de duas responsabilidades: “a responsabilidade do bem – que obriga a preservação – e a responsabilidade do melhor – que determina o progresso ou o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana”<sup>31</sup>.

Bauman afirma que houve um deslocamento do conceito de responsabilidade, questionando-se sobre as condições de possibilidade de uma ética num mundo de consumidores. Vale mencionar a seguinte passagem:

Os conceitos de responsabilidade e escolha responsável, que costumavam residir no campo semântico do dever ético e da preocupação moral com o Outro, se moveram ou foram deslocados para a esfera da autossatisfação e do cálculo de riscos. Nesse processo, o Outro, como gatilho, alvo e medida de uma responsabilidade aceita, assumida e cumprida, quase desapareceu do horizonte, expulso a cotoveladas ou simplesmente ofuscado pelo self do próprio ator. ‘Responsabilidade’ agora significa, do começo ao fim, *responsabilidade para consigo mesmo* (‘Você se deve isso’, como repetem infatigavelmente os comerciantes da liberação da responsabilidade), ao passo que ‘escolhas responsáveis’ são, também de ponta a ponta, ações com um

<sup>29</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 82-3.

<sup>31</sup> *Id.* *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 153-72.

feito tal que servem bem aos interesses e satisfazem os desejos do ator, além de evitar a necessidade de compromisso<sup>32</sup> (grifo do autor).

Sublinha que, quando as pessoas ou categorias de pessoas “têm negado o direito a nossa responsabilidade moral, elas são tratadas como ‘menos humanas’, ‘proto-humanas’, ‘não inteiramente humanas’ ou, no extremo, ‘não humanas’”. Para proteger-se disso, lembra a filósofa Simone de Beauvoir: “não tratar aqueles com quem nos relacionamos como membros de uma classe, de uma nação ou de alguma outra coletividade, mas como um indivíduo que seja um fim em si próprio”<sup>33</sup>.

O mal não está restrito às guerras e regimes totalitários, mas também se revela de maneira mais frequente “quando deixamos de reagir ao sofrimento de outra pessoa, quando nos recusamos a compreender os outros, quando somos insensíveis e evitamos o olhar ético silencioso”. Trata-se de uma espécie de “cegueira moral – voluntariamente escolhida e imposta ou aceita com resignação – de uma época que, mais que de qualquer outra coisa, necessita de rapidez e acuidade na compreensão e no sentimento”<sup>34</sup>.

O cuidado com as pessoas que mais precisam não é uma questão de direita ou de esquerda, mas sim, de princípio, decorrente da condição de humanidade. Quando Caim voltou-se zangado diante de Deus, após ter sido questionado sobre o paradeiro de Abel, e retrucou em tom de ironia “por acaso eu sou o guardião do meu irmão?”, a história da civilização testemunhou a violação da ética da responsabilidade para com os outros<sup>35</sup>.

A ideia de preocupação e de cuidado são tratadas por Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*, destacando o autor que o “ser por um outro, contra um outro, sem os outros, o passar ao lado um do outro, o não sentir-se tocado pelos outros são modos possíveis de preocupação”. A preocupação possui duas possibilidades extremas: a) ela pode “retirar o

<sup>32</sup> BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 59.

<sup>33</sup> Id.; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 121.

<sup>34</sup> Id.; DONKIS, Leonidas. *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 16 e 18. Bauman explica que o conceito de “insensibilidade moral” denota “um tipo de comportamento empedernido, desumano e implacável, ou apenas uma postura imperturbável e indiferente, assumida e manifestada em relação aos problemas e atribuições de outras pessoas (o tipo de postura exemplificado pelo gesto de Pôncio Pilatos ao ‘lavar as mãos’), usamos a ‘insensibilidade’ como metáfora; sua localização básica é na esfera dos fenômenos anatômicos e fisiológicos dos quais é extraída – seu significado fundamental é a disfunção de alguns órgãos dos sentidos, seja ela ótica, auditiva, olfativa ou tátil, resultando na incapacidade de perceber estímulos que em condições ‘normais’ evocariam imagens, sons ou outras impressões”. Pondera, ainda, que a “função da dor, de servir de alerta, advertência e profilaxia, tende a ser quase esquecida quando a noção de ‘insensibilidade’ é transferida dos fenômenos orgânicos e corpóreos para o universo das relações inter-humanas, e assim conectada ao qualificativo ‘moral’”. *Ibid.*, p. 20-1.

<sup>35</sup> Sobre o assunto, ver BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 109.

‘cuidado’ do outro e tomar-lhe o lugar nas ocupações, *saltando para o seu lugar*”; e b) “subsiste ainda a possibilidade de uma preocupação que não tanto substitui o outro, mas que *salta antecipando-se a ele* em sua possibilidade existenciária de ser, não para lhe retirar o ‘cuidado’ e sim para devolvê-lo como tal”. A convivência cotidiana mantém-se “entre os dois extremos da preocupação”, ou seja, do “salto dominador que substitui” e do “salto liberador que antecipa”, sendo que uma convivência compreensiva “torna-se, ao mesmo tempo, aquilo que, assim considerado, possibilita e constitui, ‘em princípio’ e originariamente, o ser para os outros”<sup>36</sup> (grifos do autor).

Para o pensamento de Heidegger levar o intérprete até a ética, é preciso “violiar a ditadura da razão”, “descolar da exclusividade discursiva da lógica”, mediante o vigor do pensamento, sendo que a “morada do pensador nunca pode ser de exclusão, mas será sempre de inclusão”. O pensamento, assim, “acolhe no e pelo ordinário o extraordinário, vê no visível o invisível [...]”<sup>37</sup>.

A concepção de responsabilidade, consoante Ricoeur, tem um sentido fixo no campo jurídico – na esfera cível, a obrigação de reparar os danos causados por culpa, de acordo com os casos previstos em lei; na esfera penal, a obrigação de suportar o castigo – diferentemente da sua origem recente na tradição filosófica. O adjetivo responsável traz em seu bojo uma diversidade de complementos, de modo que, em suma, corresponde a uma obrigação de fazer voltada às consequências dos atos e em função dos outros, ultrapassando as balizas da reparação e da punição. A responsabilidade está associada ao sentido moral da imputação e da retribuição, atribuindo-se a alguém uma ação condenável ou um delito, sendo que a ação é confrontada com uma obrigação ou uma proibição que essa ação viola. Em uma perspectiva contemporânea, a ideia de espontaneidade livre, do *homem que atua e sofre a ação*, teve contribuições da filosofia analítica, da fenomenologia e da hermenêutica. A reformulação do conceito jurídico de responsabilidade abriu espaço para a ideia de *responsabilidade sem culpa*, em face da sua substituição pela noção de risco, ao passo que as transformações do

<sup>36</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 178-81. Segundo o autor, esse “fenômeno que, de maneira não muito feliz, denomina-se ‘*empatia*’, deve, por assim dizer, construir ontologicamente uma ponte entre o próprio sujeito isolado e o outro sujeito, de início, inteiramente fechado”. Ibid., p. 181. A ontologia do *Dasein* em *Ser e Tempo* é uma “ética originária”, tratando-se de uma ética a partir da faticidade (hermenêutica da faticidade), ao iluminar a existência, associando-se à análise do cuidado, do ser-culpável e da chamada consciência moral, até converter-se na base ontológica da responsabilidade. Nesse sentido, CONILL SANCHO, Jesús. *Ética hermenêutica: crítica desde la facticidad*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 114-6. O núcleo do paradigma de Heidegger “será constituído a partir da ideia de que o determinante vem do *Dasein* como um modo de ser-no-mundo. Esse modo de ser-no-mundo é o cuidado, a cura, ou, então, a preocupação, que é o ser do ser-aí. Ele é dotado, por sua vez, de temporalidade, que é o sentido do ser do ser-aí”. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 67-8.

<sup>37</sup> LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia contemporânea*. Teresópolis: Daimon, 2003. p. 132.

conceito moral de responsabilidade, destacando o autor o deslocamento representado pela mudança de *objeto* da responsabilidade: “No plano jurídico, declara-se o autor responsável pelos *efeitos* de sua ação e, entre estes, pelos danos causados. No plano moral, a responsabilidade é por *outro ser humano, outrem*”. A responsabilidade pelo frágil/vulnerável desloca a responsabilidade para uma origem distinta no plano moral, “em associação com a promoção da intersubjetividade como tema filosófico maior”. Diante do dilema entre “fechar os olhos” ou assumir *todas* as consequências, em uma extensão ilimitada do campo de responsabilidade, considerando a finitude humana, é preciso um retorno à virtude da prudência, a modo a reconhecer “entre as inúmeras consequências da ação aquelas pelas quais podemos legitimamente ser considerados responsáveis, em nome de uma moral da circunspeção”<sup>38</sup>.

Segundo Hans Jonas, a responsabilidade “é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna ‘preocupação’ quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade”, tendo como base aquilo que denomina de “heurística do medo”<sup>39</sup>.

A responsabilidade comunitária dos particulares traz em seu bojo a compreensão de que a liberdade no exercício dos direitos fundamentais não corresponde a uma “emancipação anárquica”, mas sim, a uma autonomia moral e a uma autorresponsabilidade social<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> RICOEUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 33-61. O termo *responsabilidade* abarca “a asserção de si e o reconhecimento do mesmo direito do outro a contribuir aos avanços do direito e dos direitos”. Id. *Caminos del reconocimiento*. Tres estúdios. Tradução de Agustín Netra. México: FCE 2006. p. 127. (Tradução nossa). Entre nós, Barreto sustenta que o conceito de responsabilidade de Ricoeur talvez sirva para se ter “uma ponte entre a moral e a política, onde uma concepção do homem e da sociedade, que contemple o individual e o coletivo de maneira integral, venha a ser o conceito fundador dessa ordem jurídica do século XXI. Assim, o princípio da solidariedade ganha um conteúdo jurídico, visto que é em função deste que o outro, o nosso semelhante, surge como uma pessoa com finalidade em si mesma, a ser garantida através da ordem jurídica, que deixa de ser estritamente individualista e incorpora a dimensão da pessoa como agente moral, membro de uma coletividade e, portanto, sujeito da vontade coletiva. Não se pode esquecer e considerar o fato de que a própria crise da teoria da responsabilidade clássica foi provocada tendo em vista novas realidades sociais e econômicas, que passaram a exigir a reavaliação da ordem jurídica individualista da sociedade liberal burguesa”. Afirma, ainda, que a “crise conceitual, e por consequência normativa, para Ricoeur, poderá ser superada na medida em que se busquem soluções fora do âmbito estrito da dogmática jurídica. A responsabilidade assume, no pensamento do filósofo, a posição de um dos vetores essenciais na construção de uma ordem justa, e, portanto, adquire sentido somente no quadro de uma reflexão moral para que possa, inclusive, servir como categoria jurídica”. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91.

<sup>39</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. p. 70, p. 351-2.

<sup>40</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 142 e ss. Segundo Vieira de Andrade, o princípio da proibição do déficit significa que o “Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*. [...] Uma das limitações substanciais à protecção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos *direitos dos outros*, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais [...] E limitações e imposições semelhantes não-de valer quando estejam em causa *valores comunitários relevantes* (incluindo também a liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar”. Ibid., p. 149.



Höffe defende um “imperativo jurídico categórico”, afirmando que, independentemente de distinções políticas ou culturais, “a cada homem são devidos direitos fundamentais inalienáveis, por exemplo, o direito ao corpo e à vida ou a liberdade de crença”, exprimindo que a legitimação da perspectiva de uma justiça política deve ser compreendida como “vantagem distributiva”. Dentro de uma “semântica de legitimação”, empreende os seguintes critérios: a) o princípio da generalização ou universalização, que tem origem no imperativo categórico de Kant, visto como “o mais importante contraprincípio ao utilitarismo”; b) o princípio da imparcialidade, “onde todas as preferências próprias mas distintas dos outros, todos os ideais e representações de valor estão excluídos como critérios de juízo”; e c) o critério da capacidade do consenso universal ou da concordância representada pela ética construtivista e pela ética do discurso, com o qual também é justificada a ideia da “*liberdade de dominação*”<sup>41</sup>.

Ronald Dworkin insere a questão da responsabilidade em uma epistemologia da moral, destacando que a questão crucial é a integridade e que a epistemologia de uma moralidade responsável é interpretativa. A interpretação “une os valores”, sendo que somos responsáveis se “as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente abraçada por nós”<sup>42</sup>. O projeto de responsabilidade traçado por Dworkin tem em mente dois objetivos: a integridade e

---

<sup>41</sup> HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 61-8. Höffe desenvolve, ainda, estratégias de justiça política, a saber: “os caminhos, forças e procedimentos para comprometer (o mais possível) os poderes públicos com a justiça. Visto sistematicamente, eles possuem uma dupla face, o lado voluntário e o lado cognitivo; aquele se refere à tarefa do reconhecimento, este à tarefa de determinação do poder jurídico público. Em correspondência, há dois tipos mutuamente complementares de estratégias de justiça. Com o auxílio das *estratégias de posituação*, os princípios da justiça encontram seu reconhecimento histórico concreto; com o auxílio das *estratégias de julgamento*, as formas jurídicas que devem ser conhecidas são sempre determinadas novamente”. Ibid., p. 412.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 109. Segundo o autor, a “nossa responsabilidade moral exige que tentemos fazer de nossas convicções refletidas o filtro mais denso e eficiente possível e, desse modo, apelar, com a maior força possível, a uma convicção na matriz causal mais geral da nossa história pessoal como um todo. Isto requer que procuremos uma coerência geral do valor entre as nossas convicções. Implica também que procuremos autenticidade nas convicções que admitimos; temos de arranjar convicções que nos segurem de maneira suficientemente forte para desempenharem o papel de filtros quando somos pressionados por motivações rivais que decorrem também das nossas histórias pessoais. As nossas convicções são inicialmente informes, compartimentadas, abstratas e, por isso, porosas. A responsabilidade exige que interpretemos criticamente as convicções que parecem inicialmente mais apelativas ou naturais – exige que procuremos compreensões e especificações dessas convicções inicialmente apelativas, tendo em mente esses dois objetivos da integridade e da autenticidade. Interpretamos cada uma dessas convicções, tanto quanto podemos, à luz das outras e também à luz daquilo que nos parece natural como forma de viver as nossas vidas. Deste modo, visamos expandir e, ao mesmo tempo, apertar o filtro eficiente. Grande parte do resto deste livro é uma ilustração de como podemos perseguir esse projeto de responsabilidade”. Ibid., p. 116.

a autenticidade. Afirma que uma “pessoa é responsável se aceitar a integridade moral e a autenticidade como ideais apropriados e empreender um esforço razoável para os alcançar”<sup>43</sup>.

As formulações do imperativo categórico de Kant estão dentro do projeto de responsabilidade desenvolvido por Dworkin, sendo que a universalização da máxima é um teste de responsabilidade ao fornecer a coerência exigida por essa responsabilidade. A coerência e a associação entre a moralidade e a ética implicam no fato de que “só podemos tratar consistentemente as nossas vidas como objetivamente importantes se aceitarmos que a vida dos outros tem a mesma importância objetiva”. Tal premissa constitui um princípio fundamental de humanidade, o qual está na base da civilização<sup>44</sup>.

A preocupação com os membros mais vulneráveis de uma comunidade também está no centro da ideia de responsabilidade, cumprindo destacar a advertência de Dworkin:

Os membros mais vulneráveis de uma comunidade são os que, provavelmente, mais beneficiam do facto de tratarmos a responsabilidade como uma virtude e um requisito distintos, pois são, provavelmente, os que mais sofrem quando as pessoas não dão a todos a vantagem dos princípios que elas geralmente aceitam. Mas todos beneficiam de forma mais difusa ao viverem numa comunidade que, por insistir na responsabilidade, revela um respeito básico partilhado, mesmo ante a diversidade moral. Estes benefícios são particularmente importantes na política, uma vez que a política é coerciva e os riscos são invariavelmente altos e, muitas vezes mortais. Nenhuma pessoa pode esperar sensatamente que os seus governantes atuem sempre segundo princípios que considere corretos, mas pode esperar que os seus governantes atuem segundo os princípios que estes aceitam. Sentimo-nos enganados quando suspeitamos de corrupção, de interesse próprio político, de parcialidade, de favorecimento ou de capricho. Sentimo-nos enganados em relação àquilo que os que estão no poder devem aos que estão sujeitos a esse poder: a responsabilidade que exprime preocupação igual por todos<sup>45</sup>.

A integridade da decisão judicial também se aplica às esferas legislativa e administrativa, de tal modo que tanto o administrador quanto o legislador devem atentar à responsabilidade no processo de tomada de decisão.

---

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 117.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 121. Refere o autor que “as pessoas moralmente responsáveis podem não aceder à verdade, mas procuram-na. No entanto, a definição interpretativa da responsabilidade pode comprometer essa busca. A responsabilidade exige coerência e integração. Mas a verdade sobre a moralidade, como pensam alguns filósofos, está repleta de conflito e de compromisso: os valores morais são plurais e incomensuráveis. Por isso, a insistência na coerência, dizem eles, cega-nos para o conflito obstinado que aí existe realmente”. No entanto, a partir da tese da unidade do valor, “não existem verdadeiros conflitos no valor que precisem de ser resolvidos”, sendo que o “conflito aparente é inevitável, mas, esperamos, é apenas ilusório e temporário”. Ao negar o relativismo, afirma que “duas pessoas que raciocinem de forma responsável e encontrem convicção naquilo em que acreditam chegarão a conclusões diferentes sobre o que é certo e errado. Mas partilharão a crença de que há uma compreensão certa e uma compreensão errada sobre o que é certo e errado”. *Ibid.*, p. 121-9.

A doutrina da responsabilidade política significa, na linha de Dworkin, que os direitos preexistem à decisão judicial, de maneira que não dependem da discricionariedade ou do eventual arbítrio do juiz<sup>46</sup>, pressupondo uma “coerência articulada, assim como decisões de acordo com um programa que possa tornar-se público e ser seguido enquanto não for modificado”, características fundamentais de qualquer concepção de justiça<sup>47</sup>. Acentua o autor que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”<sup>48</sup>.

É preciso diferenciar os argumentos de política dos argumentos de princípio. Enquanto os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”<sup>49</sup>.

As exigências de integridade exteriorizam-se nos princípios da integridade na legislação e no julgamento: o primeiro “pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”; já o segundo “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e a façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”. Os dirigentes políticos têm responsabilidades especiais para com os membros da comunidade,

---

<sup>46</sup> Mesmo nos casos em que a “interpretação dos direitos que conforma o caso não seja ‘fácil’; que não exista regra clara; ou que, supostamente, estaria a regra a ser aplicada em divergência com uma estrutura político-moral prévia, não estaria o julgador livre para decidir segundo os critérios extrajurídicos que achasse mais convenientes para o caso. Estava ele obrigado – por um dever moral – a ‘descobrir’ os direitos que as partes têm. A esse dever moral, Dworkin dá o nome de *responsabilidade política*”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 24.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 252.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 137. A doutrina da responsabilidade política “condena, mesmo em tal forma, um estilo de administração política que poderíamos chamar, com Rawls, de intuicionista. Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”. As decisões judiciais são “decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. Se a tese dos direitos for válida, a distinção que acabamos de fazer explicaria, pelo menos de uma maneira bastante geral, o interesse especial que os juízes demonstram, ao mesmo tempo, pelos precedentes e pelos exemplos hipotéticos. Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”. Nesse sentido, o ideal de coerência significa “coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio”. *Ibid.*, p. 137-9.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 129.

devendo tratá-los “como iguais, e o que é para um indivíduo a liberdade normal do uso das preferências individuais, para o administrador público é chamado de corrupção”<sup>50</sup>.

Nesse sentido, o direito como integridade pede aos juízes que admitam que o direito compõe-se de um complexo de coerência de princípios relativos à justiça, à equanimidade e ao devido processo legal adjetivo e pede-lhes que “os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”<sup>51</sup>.

Uma concepção é melhor que outra quando “mais se *ajusta adequadamente* (‘Fit’) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais *coerente*”. A melhor justificação deve estar alicerçada em critérios de “integridade, economicidade argumentativa e coerência”, sendo importante assinalar que tal procedimento “não elimina a controvérsia, antes oferece uma teoria da controvérsia sem a qual não conseguimos bem descrever o que é o Direito”<sup>52</sup>.

Em face disso, não se pode admitir o argumento falacioso consistente na leitura segundo a qual, se não há fórmula mecânica para distinguir as boas e as más decisões, e os juristas e juízes irão divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que o outro, razão pela qual seria uma perda de tempo o raciocínio jurídico. Ao revés, deve-se insistir em um princípio que parte da ideia, inerente ao conceito de direito, de que quaisquer que sejam os pontos de vista acerca da justiça e da equidade, os juízes devem aceitar “uma restrição independente e superior, que decorre da *integridade*, nas decisões que tomam”<sup>53</sup>.

A integridade no Direito tem várias dimensões, partindo do pressuposto de que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio e não de conciliação, estratégia ou acordo político; a integridade se afirma verticalmente, sendo que, ao afirmar a fundamentalidade de uma determinada liberdade, o juiz deve mostrar a compatibilidade de sua afirmação com os princípios inseridos nos precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais da Constituição; a integridade se afirma horizontalmente, de modo que a adoção de um princípio em um caso deve implicar na atribuição de importância integral nos outros casos decididos, mesmo em esferas jurídicas não análogas. Nessa linha de entendimento, o ponto central da integridade é o princípio e não a uniformidade: “somos governados não por uma lista *ad hoc*

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 203; 210-1.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>52</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espino em movimento. (Apresentação). In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges: Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 203-4.

de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história”<sup>54</sup>.

A esse respeito, no caso Elmer (Riggs v. Palmer), tratado por Dworkin em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, o neto assassinou o avô e buscava herdar o acervo do *de cujus*, valendo-se justamente do fato de ter sido nomeado em testamento. Todavia, o princípio que veda que uma pessoa se beneficie de sua própria torpeza ou da proibição do locupletamento ilícito, decorrente da ideia de igual consideração e respeito devido aos cidadãos que compartilham uma *comunidade de princípios*, mereceu acolhimento no referido caso para afastar o neto da sucessão hereditária por indignidade.

Extraí-se, pois, que a concepção de responsabilidade hermenêutica, no âmbito da filosofia, encontra no contributo teórico de Dworkin um valioso ponto de apoio. A responsabilidade está vinculada ao princípio da humanidade, a partir de Kant, em relação ao imperativo categórico, sendo que os princípios da dignidade (valor intrínseco e responsabilidade especial) medeiam as relações entre liberdade e igualdade.

Em sua tese de doutoramento, Motta<sup>55</sup>, partindo do referencial teórico da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Streck, e da obra de Dworkin, afirma que a resposta correta ou boa resposta tem uma dupla dimensão (procedural e substancial), ressaltando a importância de uma *teoria da responsabilidade moral* como virtude no ato de julgar, ou seja, aquilo que Dworkin denomina de *epistemologia moral*. Dessa maneira, a título de ilustração, na questão alusiva às ações afirmativas e à política de cotas raciais nas universidades, os juízes de uma Corte poderiam chegar ao mesmo resultado assistindo a um programa de televisão ou atirando uma moeda para o alto, no tradicional jogo do “cara-ou-coroa”. Segundo o autor:

[...] não há como *demonstrar* que um argumento moral é correto; não há como sustentá-lo sem pressupor ou aceitar outros argumentos morais. O que se pode, repete-se, é exigir de quem o formula a referida *responsabilidade*. Insistindo no exemplo acima, nós podemos estar certos, por hipótese, com relação à justiça das cotas raciais tendo formado a nossa opinião num jogo de *cara-ou-coroa*, e estarmos errados, quanto a este mesmo assunto, depois de uma demorada reflexão. Contudo, teríamos sido *irresponsáveis* no primeiro caso e *responsáveis* no segundo. E a distinção entre um e outro argumento passa a ser o tema dessa almejada *teoria da responsabilidade*. É o que o autor chama de *epistemologia moral*. Em síntese, é uma espécie de *teoria da responsabilidade moral*, mediante a qual possamos *conferir* se nosso raciocínio moral é bom ou mau – o que, também, diga-se, é uma

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 204-5.

<sup>55</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014.

*questão moral substantiva*. Utiliza-se *parte* de uma teoria geral do valor para conferir a *integridade* do raciocínio no restante. O ponto defendido por Dworkin, aqui, já deve ter ficado claro: ele está defendendo que o raciocínio moral deve ser *interpretativo*<sup>56</sup> (grifos do autor).

O juiz tem responsabilidade política por suas decisões, de tal maneira que assume relevo um dever de *accountability*, que se concretiza pelo dever constitucional de fundamentação das decisões, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Toda interpretação deve “guardar-se da arbitrariedade dos ‘chutes’ e do caráter limitado de hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se ‘para as coisas elas mesmas’”<sup>57</sup>. Quem quiser compreender um texto está “disposto a deixar que ele diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve ser de antemão receptiva à alteridade do texto”<sup>58</sup>.

### **2.2.1 Direito como integridade e garantismo: aproximações e contrastes à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**

A ideia de responsabilidade hermenêutica, além da coerência e da integridade, também está associada a um determinado consequencialismo, não no sentido econômico ou instrumental, mas sim na perspectiva da análise pelo órgão julgante das consequências do processo de tomada de decisão no mundo prático. O consequencialismo aqui defendido, em realidade, está vinculado à noção de integridade do Direito e ao mundo prático.

Significa dizer que o percurso argumentativo é de fundamental importância para o intérprete, de modo que a resposta correta ou constitucionalmente adequada deve estar alicerçada em argumentos de princípio e não de política ou de moral (Dworkin), sob pena de fragilizar-se a autonomia do direito.

Isso porque o direito não se confunde com a moral, tampouco a moral assume um papel corretivo daquele; ambos são cooriginários (Habermas/Streck), ou seja, a sua comum origem faz com que a institucionalização da moral no direito por intermédio dos princípios leve o intérprete a “fechar” a interpretação, conforme destacam Lenio Streck e Luigi Ferrajoli.

A hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica, sendo que a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar à

<sup>56</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014. p. 40-1.

<sup>57</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 74-5.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 76.

disposição do intérprete – *para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*”, razão pela qual “é impossível reproduzir sentidos”, porquanto o “processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio)”<sup>59</sup> (grifo do autor).

O traço característico da “interpretação de Gadamer é sempre *produtivo*. É impossível reproduzir um sentido. *O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão*”. E a atividade consistente em “compreender uma tradição requer um horizonte histórico”, de tal modo que um “texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetual*) do intérprete”<sup>60</sup> (grifos do autor).

Nessa senda, a linguagem desponta o mundo, o qual desponta para nós, na diferencialidade e na diferenciação de sua automostração, razão pela qual a linguagem não é mero objeto, mas sim, a realização do “aí” que somos, destacando-se que, depois da virada hermenêutica, Heidegger passa a falar da clareira, na qual o “ser” se mostra e é “aí” como um “acontecimento apropriativo”<sup>61</sup>.

Os dois teoremas fundamentais da hermenêutica são o círculo hermenêutico<sup>62</sup> e a diferença ontológica. O círculo diz respeito ao movimento do interpretar no já compreendido, não sendo vicioso, mas sim virtuoso, cumprindo destacar, na trilha de Heidegger, que o decisivo não é sair do círculo “mas entrar no círculo de modo adequado”, o qual não é um “cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento”, exprimindo a “*estrutura prévia*

<sup>59</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 297-9.

<sup>61</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 111-2. A fenomenologia do *Dasein* não parte da consciência, mas do mundo prático, de maneira que “sem ser, não é possível nenhuma fenomenologia. E este ser deve ser ôntico e ontológico simultaneamente. Pois não há ôntico sem ontológico, nem ontológico sem ôntico. O ser, diz expressamente Heidegger, não acontece, nem vige, sem um sendo, sem algo que é e está sendo [...]”. Todo fenômeno “é concreto, nasce com a realização da realidade em qualquer real. Heidegger chama de conceito ôntico a realização positiva do fenômeno, seja na ciência, seja no mundo da vida cotidiana [...]”. LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia contemporânea*. Teresópolis: Daimon, 2003. p. 32; 36-7 (grifo do autor).

<sup>62</sup> Segundo Blackburn, em relação ao círculo hermenêutico, os “problemas que surgem no processo de interpretação quando um elemento – em um texto, por exemplo, só pode ser compreendido a partir do significado de outros elementos ou do texto completo; e, mesmo assim, a compreensão destes outros elementos ou do texto completo, pressupõe por sua vez a compreensão do elemento original. Cada um deles só pode ser compreendido à luz dos outros. De modo semelhante, podemos defender que o passado só pode ser compreendido à luz do presente e que o presente só pode ser compreendido com referência ao passado. Este fenômeno preocupou vários pensadores alemães, desde Schleiermacher e Dilthey até Heidegger e Gadamer [...]”. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 60. O círculo hermenêutico não corresponde a um procedimento metódico, de maneira que o intérprete “não é mais um mero pesquisador que está se apresentando, mas ele é ouvinte ou leitor, e, com isso, está envolvido como um elo de sentido participante. A resposta significativa dada por uma construção de sentido é reconhecida agora como uma resposta a uma pergunta e essa pergunta é entendida uma vez mais ela mesma como uma resposta. Assim, não há aí absolutamente nenhum primeiro começo e nenhuma interrupção definitiva do assim chamado sujeito em favor da objetividade da ciência”. GADAMER, op. cit., p. 219.

existencial, própria da presença”. Daí que na elaboração da “posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”<sup>63</sup>.

O modo como aprendemos a falar e adquirimos a experiência do mundo a partir da comunicação linguística e da troca própria ao diálogo, com o despertar da coconsciência articulada linguisticamente, conforma o processo de realizações de desejos e decepções, o qual se encontra em curso, mediante um diálogo que se reinicia continuamente, sem encontrar um fim. Tal constitui o fundamento do *linguistic turn* (virada linguística), sendo que autores como Wittgenstein e Austin inverteram o ideal de uma linguagem formal, libertando a linguagem do rigorismo lógico em prol da linguagem falada no contexto da ação<sup>64</sup>.

Por seu turno, a diferença ontológica radica na relação entre o ser e o ente, nos planos ôntico e ontológico, sendo que, enquanto o ente é mundano, o ser é transcendental, na esteira do giro ontológico-linguístico decorrente da superação da filosofia da consciência (o *cogito* de Descartes). A diferença ontológica<sup>65</sup> entre ser e ente pode ser utilizada, no âmbito jurídico para a compreensão hermenêutica da diferença entre regra e princípio, ou ainda, entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais.

Como afirma Kaufmann, a hermenêutica “*não é um método, mas sim filosofia transcendental*”, no sentido de que indica “*as condições gerais de possibilidade da compreensão do sentido*”, não prescrevendo nenhum método, tendo um caráter universal. Dirige-se contra o conceito objetivista de conhecimento, superando o esquema sujeito/objeto,

<sup>63</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 214-5.

<sup>64</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 219-20. Segundo Manfredo de Oliveira, com apoio em Gadamer, a “linguagem, desde o princípio, é humana. Aliás, ela não é simplesmente uma qualidade do homem que se encontra no mundo, mas dela depende e nela se revela que os homens enquanto tais possuem ‘mundo’ [...] a linguagem não tem um ser independente do mundo, que nela vem à palavra. Não somente o mundo só é mundo enquanto vem à palavra, mas a linguagem só é linguagem na medida em que nela o mundo se apresenta”. OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 236-7.

<sup>65</sup> A diferença ontológica entre ser e ente não é algo feito por alguém, pois “somos colocados nessa diferenciação”, de tal modo que o “ser” mostra-se “no” ente, “não é algo que se faça, mas algo que se apresenta”. Isso se chama “abertura do ser”, o acontecimento apropriativo (segundo Heidegger). GADAMER, op. cit., p. 70-1. A fenomenologia hermenêutica “se volta criticamente para a história da metafísica, descobrindo nela, tanto na filosofia quanto na ciência, em suas diferenças de objeto, apenas modos de tratamento dos entes. A fenomenologia hermenêutica descobre, atrás desse comportamento marcado por um princípio objetificado, o encobrimento de uma diferença essencial. Esse consiste, de acordo com a fenomenologia hermenêutica, numa situação incontornável na qual reside a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser. Somente a exposição dessa unidade nos permite descobrir o que, no texto, será designado de diferença ontológica. Diferença que não é apenas uma separação entre ser e ente, mas uma relação entre ser e ente se dá através de um determinado comportamento de um ente que é designado por Heidegger o ser-aí (*Dasein*). Assim, a diferença ontológica se constitui no contexto da compreensão do ser, mas, ao mesmo tempo, dá a esse o espaço de seu acontecer. Assim se estabelecem, na fenomenologia hermenêutica, como filosofia da finitude, os dois teoremas fundamentais: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica”. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 17.



através do qual o sujeito conheceria o objeto na sua pura objetividade sem elementos subjetivos, sendo que o conhecimento seria uma “reprodução” do objeto da consciência. A compreensão é simultaneamente objetiva e subjetiva de modo que o “intérprete insere-se no ‘horizonte da compreensão’”, de modo que desempenha um “*papel conformador activo* na chamada ‘aplicação do direito’”<sup>66</sup>.

Acrescenta o autor que a superação do esquema sujeito/objeto não significa um retorno ao subjetivismo, mas sim, a “herança” da *tradição* como “base comum do mundo aberto em que nos encontramos”, “como patrimônio adquirido de conhecimentos comuns a partir do qual vivemos”. O Direito é relacional, existindo nas relações entre os homens entre si e com as coisas, daí a nota de intersubjetividade que caracteriza o pensamento jurídico<sup>67</sup>.

A “recepção” da Hermenêutica pela Jurisprudência traz as seguintes perspectivas de convergência: a) o reconhecimento do papel criador da interpretação jurídica, com base na relação de tensão entre pauta geral e situação particular; b) a consideração do problema jurídico, evidenciando que, nas situações de vida há similitude, mas não identidade, o que significa dizer que as particularidades da situação concreta não podem ser deixadas de fora diante do caráter abstrato da pauta geral; há, pois, uma “contraposição do modelo do ‘círculo hermenêutico’ aos métodos apodíctico-demonstrativos”; c) a rejeição da tese da incomunicabilidade entre os sistemas normativos de regulação da conduta (Moral e Direito) e de uma concepção imperativista da norma jurídica<sup>68</sup>.

É preciso levar a sério, ou seja, com responsabilidade, o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>69</sup>, haja vista o distanciamento entre a previsão normativa e o cenário do mundo da vida, relegando a um plano secundário a tutela do mínimo para uma vida digna do ser humano.

Daí a inadequação do termo “escolher”, tal como refere Figal, o qual trata do tema da fenomenologia da liberdade em Heidegger. O fato de o ser-aí como “cuidado” e o ser-aí com

<sup>66</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 67-9.

<sup>67</sup> Ibid., p. 67-9.

<sup>68</sup> LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 278-80. O autor, contudo, coloca sob reservas a inspiração recebida da Hermenêutica Filosófica, inclinándose à concepção positivista e para uma posição metaética não-cognitivista, preferindo a abordagem de Hart à de Dworkin, justificando seu argumento diante da elaboração de uma teoria jurídica coerente e “praticável”, a concepção do Direito como “prática social institucionalizada e a ideia que é possível o *conhecimento* do Direito sem *aceitação* das valorações nela plasmadas é preferível àquela outra concepção que se arrima à análise do Direito, com base nas premissas da *philosophia practica* e para a qual, portanto, a interpretação da prática social em causa se cifra num *agir mediador* da realização das suas possibilidades, quer dizer, na sua ‘otimização’”. Ibid., p. 274; 280-2.

<sup>69</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 35 e ss.

agir não serem o mesmo, além do significado do “querer” ter consciência se descolaria definitivamente da “concepção problemática de uma escolha de si em meio ao escolher de uma determinada forma de vida: a boa vontade não é nada pelo que se possa decidir, mas o princípio de todas as decisões autênticas”. A condição suficiente para a decisão é o projeto do “ser livre iminente”, de modo que “fica claro como a decisão precisa ser concebida como unidade dos três modos do descerramento: a decisão é, por meio da angústia, um compreender determinado, e, por meio do clamor da consciência, um compreender que se tornou livre”<sup>70</sup>.

A tradução da ideia de “escolha” para o mundo jurídico reside justamente no conceito de discricionariedade. A ideia de discricionariedade tem em sua raiz o poder de escolha do intérprete na resolução dos casos concretos. A decisão jurídica não se confunde com escolhas, pois não se cinge à esfera individual, vinculando-se à organização da instituição, nomeadamente na esfera da jurisdição. A escolha “é uma questão de política, não de princípio”<sup>71</sup>.

A discricionariedade é uma das características centrais da corrente do positivismo jurídico. Kelsen acentuava que a interpretação era um problema de política jurídica, no oitavo capítulo de sua obra *Teoria Pura do Direito*, criando a denominada “moldura da norma” como espaço decisório válido. Isso porquanto sua preocupação não era com o Direito, mas sim, com a Ciência do Direito, motivo pelo qual a crítica doutrinária à sua construção teórica recaiu justamente sobre o risco do decisionismo e do voluntarismo do aplicador da norma<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> FIGAL, Günter. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 236-7.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 373.

<sup>72</sup> Kelsen prende-se à vontade do órgão aplicador, referindo que este é “um criador de Direito e também ele é, nesta função relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”. Percebe-se, pois, que pende de solução o problema do decisionismo judicial na obra de Kelsen, cuja crítica é essencial à produção democrática do Direito. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 393. Em uma leitura crítica, Larenz afirma que “quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da ‘interpretação’ de uma norma, juízos ‘correctos’, ‘deita a criança fora com a água do banho’”. Destaca, também, que Kelsen não reconhece “qualquer diferença entre legislação, jurisprudência, atividade administrativa e actuação da ‘autonomia privada’”. Trata-se sempre para ele de estabelecer uma norma hierarquicamente inferior no quadro de uma norma hierarquicamente superior. O que é, decerto, uma concepção sedutora na sua simplicidade, mas de forma alguma uma concepção que corresponda às diferenças realmente existentes. Ela limita a interpretação jurídica à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, de entre as quais tem o aplicador da norma de escolher. **Fica à sua disposição o modo de escolha**. Esta concepção é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional. Não lhe faltam, pois, vozes críticas. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 107-8 (grifo nosso). O juiz não possui discricionariedade, pois aplicar o Direito é “aplicá-lo a um evento concreto, caso, esse, como todo evento histórico, um evento único, irrepetível”, de maneira que para interpretar o Direito é “necessário levar em consideração, e isso é justamente o que Kelsen não faz, o caso concreto”.

Por sua vez, as tensões entre o poder e as liberdades são tratadas pela teoria do garantismo jurídico, de Luigi Ferrajoli, promovendo um debate sobre o controle do poder e a ampliação dos direitos fundamentais<sup>73</sup>. Em sua recente obra, lembra o autor que a expressão “garantismo” difundiu-se na Itália na década de setenta com referência ao Direito Penal, mas o paradigma garantista deve ser alargado, em sede de teoria geral do direito, ao inteiro campo dos direitos da pessoa. Assim, o garantismo, nesta mais ampla acepção, é um modelo de direito baseado sobre a rígida subordinação à lei de todos os poderes – públicos ou privados – e seus vínculos impostos à garantia dos direitos, primeiramente entre todos os direitos fundamentais previstos na Constituição<sup>74</sup>.

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou seja, o modelo garantista, não vem a ser outra coisa senão a dupla sujeição do Direito ao Direito, afetando ambas as dimensões de todo fenômeno normativo, tal como a vigência e a validade, destacando que os direitos fundamentais constituem a base da moderna igualdade, formando a esfera do não decidível e do indecidível que não<sup>75</sup>.

A Constituição da democracia representativa e pluralista, de matriz liberal e com contornos sociais, no cenário europeu e em parte do mundo, enfrenta diversas transformações e incertezas, em razão das mudanças da tecnologia, das dificuldades do Estado-Providência e

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 59 (grifo do autor).

<sup>73</sup> Segundo Ferrajoli, o Garantismo “significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica et al. 2. ed. rev. amp. Revista dos Tribunais, 2006. p. 312. Tece o autor uma crítica jurídica ao direito vigente inválido, ressaltando que o “juspositivismo dogmático” constitui orientação teórica que “ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade: sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas, sejam os ordenamentos realistas, que assumem como vigentes apenas as normas efetivas”. Assim, uma teoria garantista do direito parte da “distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade”, de maneira que o “juspositivismo crítico” caracteriza-se por uma crítica do direito positivo vigente, não meramente externa ou política, mas interna ou jurídica, porque “voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade”. Tal orientação se reflete no “modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente”. *Ibid.*, p. 803-5.

<sup>74</sup> *Id.* *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista como modello teórico e come progetto político. Lecce: Laterza, 2013. p. 19.

<sup>75</sup> *Id.* *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 22-4. Nenhuma maioria, tampouco unanimidade, “pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social”, sendo que, se “as regras sobre a representação e sobre o princípio das maiorias são normas *formais* em ordem ao que é *decidível* pela maioria, os direitos fundamentais circunscrevem o que podemos chamar de *esfera do indecidível*: do *não decidível que*, e do *não decidível que não*, é dizer, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais”. *Ibid.*, p. 24 e 51 (grifos do autor).

das tendências neoliberais, da circulação de pessoas e dos fluxos migratórios, da globalização econômica e da vulnerabilidade ambiental. Tal quadro leva à necessidade do reforço do papel da Constituição e da teoria constitucional moderna, mediante o desenvolvimento da “revolução copernicana do Direito público subsequente à segunda guerra mundial – ou seja, o reconhecimento da aplicabilidade directa da Constituição e da sua prevalência sobre a lei (ordinária)”<sup>76</sup>.

Ferrajoli preocupa-se com os princípios ilegítimos e as práticas inefetivas, desenvolvendo um sistema garantista de direitos pelo método axiomático, enfocando as distinções entre vigência e validade do Direito. Um diploma normativo pode ser vigente e, ao mesmo tempo, inválido, ou seja, contrário à Constituição e à sua normatividade. O positivismo primitivo ou exegético, denominado paleojuspositivismo, tem em mira o primado da lei, ao passo que o constitucionalismo garantista aposta em um positivismo crítico, com a primazia da Constituição e dos direitos fundamentais<sup>77</sup>.

Em razão disso, Ferrajoli sustenta uma perspectiva do Direito ancorada no método axiomático e na filosofia analítica, com o estudo da sintática, da semântica e da pragmática, relevando a precisão da linguagem jurídica mediante a designação dos entes/objetos. Já a hermenêutica, diante da viravolta ontológico-linguística, tem sua preocupação voltada à linguagem como ser dos entes<sup>78</sup>, a partir da concepção de intersubjetividade e de mundo

<sup>76</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Tomo II. Constituição*. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 28-9.

<sup>77</sup> Ferrajoli ressalta a “divergência que em alguma medida haverá sempre nos ordenamentos modernos entre princípios e práticas e, portanto, dos perfis de inefetividade dos princípios e de ilegitimidade das segundas. A finalidade que persegue é a redefinição do paradigma teórico e normativo das democracias constitucionais contemporâneas, hoje em crise, assim como a identificação das diferentes classes de garantias idôneas para assegurar seu máximo grau de efetividade frente aos distintos tipos de poder e para a tutela dos diversos tipos de direitos. O método adotado é o axiomático, que supõe a reelaboração da linguagem jurídica teórica em seu conjunto através da definição, implícita ou explícita, de todos os seus termos e a fundamentação, seja por via de assunção ou de demonstração, de todos os seus enunciados”. Sublinha, também, que “[...] quanto mais irracional e ilegal é a prática jurídica e política, quanto mais inefetivos são seus modelos normativos, quanto mais alheia dos princípios do direito está a realidade das relações sociais – tanto mais necessária se torna a função pragmática da teoria como instrumento racional de análise crítica, de planejamento jurídico e de redefinição da opinião comum acerca do direito e da política”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. VII e XI (prefácio). (Tradução nossa). O debate entre a hermenêutica e a analítica é ressaltado por Kaufmann, sendo que, de um lado, a corrente analítica acusa a hermenêutica de ser irracional, ao passo que a hermenêutica acusa a analítica de não dar repostas aos problemas da filosofia do direito e do homem, mostrando-se, todavia, uma tendência, nos últimos tempos, “para abandonar a oposição e chegar a uma cooperação”, de modo que o autor visualiza uma correlação entre ambas. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 56.

<sup>78</sup> A viragem ontológico-linguística, matriz teórica da presente tese, fez com que a linguagem deixasse de ser mero instrumento ou com uma função designativa, passando a ser condição de possibilidade, dentro da intersubjetividade, da compreensão dos fenômenos sociais, dentre eles, o próprio Direito. Consoante Palmer, a partir da obra de Gadamer: “Encarar a linguagem e as palavras como instrumentos da reflexão e da subjectividade humanas é o mesmo que colocar a carroça diante dos bois. Considerar a forma como sendo o ponto de partida da linguagem é cometer essencialmente o mesmo erro de tomar a forma como ponto de

prático<sup>79</sup>. Por outro lado, é justamente o papel performativo conferido à teoria do direito e da democracia, a partir de uma leitura intersubjetiva do imperativo categórico de Kant – “nenhuma pessoa deve ser tratada como uma coisa, mas como um fim em si mesmo”<sup>80</sup> – que se constituem em expressivos pontos de convergência – para além das diferenças – entre o Direito como Integridade (Dworkin) e o Garantismo Jurídico (Ferrajoli).

Propõe o autor uma distinção entre dois modelos de constitucionalismo: o constitucionalismo principialista, ou modelo principialista, e o constitucionalismo garantista, ou modelo garantista. O primeiro modelo é caracterizado pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais débil, afinada não à atuação ou à aplicação, mas à ponderação legislativa ou judicial. Já o modelo garantista, ao revés, caracteriza-se por uma normatividade constitucional forte, do tipo regulativo: à exceção dos princípios puramente diretivos, todos os outros princípios constitucionais, e em particular os direitos fundamentais, se comportam como regras, dado que implicam a existência ou impõe a introdução de regras consistentes nas proibições de lesão ou nas obrigações de prestação que são relacionadas às garantias<sup>81</sup>.

O Constitucionalismo Garantista tem três significados: como modelo ou tipo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia política.

partida da estética. O caráter de evento do fenômeno e a sua temporalidade perdem-se, e sobretudo, caímos no erro de designar o sujeito humano, em vez da natureza da coisa que se exprime, como sendo um ponto de referência fixo. No caso da linguagem, o facto central e decisivo é o poder que ela tem de dizer e não a sua forma [...]”. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira: Lisboa: Edições 70, 2006. p. 206-7.

<sup>79</sup> Para Stein, em torno da questão dos paradigmas, a modernidade chegou ao fim e a “subjetividade entrou em crise e porque progressivamente foram surgindo hipóteses de que o fundamento último do conhecimento não é o sujeito finito, mas o *mundo prático*. Que o fundamento último do conhecimento, portanto, reside no nosso convívio com as coisas, os instrumentos e as pessoas”. O ponto fundamental é que as ciências humanas em geral “*não vão ter mais como fundamento o sujeito que se afirma de alguma maneira*”. O novo paradigma é um “estilo de pensar, onde existe um modelo teórico, um método, uma teoria da verdade, uma teoria da racionalidade. Enfim, os critérios últimos da verdade não serão mais fundamentos absolutos, nem será mais também o sujeito absoluto. Mas os critérios últimos da verdade serão simplesmente momentos que podemos explicitar deste *mundo vivido* e deste *mundo prático*. Não temos outros princípios a partir de onde estabelecer – nem Deus, nem o mundo das ideias, nem o *eu penso* kantiano, nem o saber absoluto de Hegel – mas, de certo modo é desde o mundo prático que temos que extrair critérios de verdade. Critérios de verdade implicam buscar condições de possibilidade da verdade. Estas condições de possibilidade da verdade, as condições transcendentais da verdade, que antes eram ditas como sendo do sujeito e da subjetividade, agora são extraídas do mundo prático. Então cada um dará as condições de possibilidade da verdade, na ciência, na filosofia, desde o mundo prático, desde o mundo comum vivido. É ali que temos a finitude dada concretamente”. STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí. Unijuí, 2001. p. 42-3.

<sup>80</sup> “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005. p. 77.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico. Lecce: Laterza, 2013. p. 18.

Como *modelo de direito*, o constitucionalismo garantista, em relação à concepção paleojusto-positivista, se caracteriza também pela positivação dos princípios, figurando como um sistema de limites e vínculos constitucionais a todos os poderes, garantidos mediante o controle jurisdicional de constitucionalidade; de limites impostos para a garantia do princípio da igualdade, mediante a anulação de leis inválidas pela jurisdição constitucional; e por vínculos impostos pela garantia dos direitos sociais, cujos descumprimentos por omissão resultam em *lacunas* a exigir o preenchimento por intermédio da intervenção legislativa.

Já como *teoria do direito*, o modelo garantista cuida da divergência entre o *dever ser* e o *ser* do direito, mediante a distinção entre *validade* e *vigência*. Em razão disso, o tema de maior relevância da teoria é o direito constitucionalmente *ilegítimo*, ora em função das antinomias provocadas pelas normativas inválidas em face da Constituição, ora pelas lacunas decorrentes da omissão legislativa, em relação às leis de regulamentação e às garantias dos direitos sociais.

E como *filosofia e teoria política*, o constitucionalismo garantista aponta para uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal*, articulada em quatro dimensões correspondentes às garantias dos direitos constitucionalmente previstos – direitos políticos, civis, de liberdade e sociais – que se sobrepõem à ideia de “valores objetivos” em face da tutela dos bens e direitos fundamentais<sup>82</sup>.

O modelo garantista propõe um modelo integrado de ciência jurídica, envolvendo teoria do direito, dogmática jurídica, filosofia da justiça e sociologia do direito, a partir de dois tipos de *principia iuris*: a) *principia iuris et in iure*, que expressam opções valorativas – como a igualdade, a paz, os direitos fundamentais, o princípio da legalidade, o de representação política e a separação de poderes –, são princípios de direito positivo, explícita ou implicitamente ditados pelas constituições dos ordenamentos avançados; b) *principia iuris tantum*, que são os únicos que não pertencem ao direito senão somente à teoria, não são em nenhum sentido princípios axiológicos ou valorativos, mas sim os clássicos princípios da unidade, coerência e plenitude, que se referem à estrutura normativa interna ao direito, com independência de seus conteúdos<sup>83</sup>.

Estrutura-se a proposta garantista de Ferrajoli em quatro postulados: a) princípio da estrita legalidade: em face do paradigma constitucional, o princípio da legalidade assume uma

---

<sup>82</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24-5.

<sup>83</sup> Id. *Principia iuris*: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 34.

nova complexidade, diante de um poder, seja público ou privado, executivo, judiciário ou legislativo, estatal, extra ou supraestatal, devendo ser norma primária, não somente formal, mas também substancial, no sentido de que os limites e vínculos consistem a garantia primária correlativa aos direitos e aos interesses constitucionalmente tutelados; b) princípio da completude deôntica, por força do qual os direitos ou interesses tutelados da norma primária devem corresponder à proibição de lesionar e à obrigação de tutelar e satisfazer as funções e as instituições de garantia primária, separadamente de qualquer outro poder; c) princípio da jurisdicionalidade, o qual impõe que as normas e as garantias primárias devem ser tais, contra as possíveis violações, que predisponham a intervenção das garantias secundárias ou jurisdicionais a operar as funções e as instituições de garantia, separadas de qualquer outro poder; d) princípio da acionalidade: de modo que uma jurisdição deva poder ser prevista, qual ulterior garantia secundária, a sua ativação de parte dos titulares dos direitos e dos interesses lesados e, em via complementar e subsidiária, de parte de um órgão público, em grau de suprir a possível inércia ou debilidade<sup>84</sup>.

Ferrajoli também sustenta a tese da separação entre o Direito e a Moral – o autor está mais preocupado com o problema da moral individual e do subjetivismo, sobretudo em virtude da secularização, no caso do Direito Penal –, bem como a existência de espaços fisiológicos de discricionariedade no campo decisório<sup>85</sup>, afastando-se da concepção da resposta correta, de Dworkin (o qual faz um duro ataque ao positivismo, temática que será desenvolvida no decorrer da presente investigação). Ferrajoli e Dworkin partem, pois, de matrizes teóricas e de tradições jurídicas diferentes (*Civil Law* e *Common Law*) para analisarem as questões afetas às teorias do Direito e da Democracia.

Diante do exposto, para além da mera constatação de um diálogo, quais as vantagens em torno de uma aproximação possível entre os modelos teóricos de Dworkin e Ferrajoli?

---

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teórico e come progetto político. Lecce: Laterza, 2013. p. 50-5.

<sup>85</sup> A teoria do Garantismo, ao situar-se dentro de um positivismo crítico, admite a figura do poder de disposição pelo juiz, com o emprego de valores substanciais, extra ou metajurídicos, nos casos em que há inexistência ou insuficiência da regra semântica, a exemplo de expressões indeterminadas ou antinomias semânticas e a conseguinte “inverificabilidade das denotações penais dos pressupostos das decisões”<sup>85</sup>. Em tal perspectiva, a hermenêutica vai além do garantismo, o qual “*não consegue livrar-se dos espaços de discricionariedade, tampouco das questões semânticas*”. Daí se extrai que, “à falta do controle semântico (da possibilidade de verificação e de refutação), a interpretação dá lugar à discricionariedade [...]”. Cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114 (grifo da autora).

Sem olvidar o paradigma ou o quadro referencial teórico que embasa a presente investigação<sup>86</sup>, tampouco as divergências doutrinárias assinaladas, o dado concreto é que tanto Dworkin quanto Ferrajoli sustentam concepções teóricas voltadas à defesa dos direitos fundamentais e da igualdade, reconhecendo o caráter deontológico ou de normatividade dos princípios constitucionais, dirigindo as críticas para o ativismo/protagonismo judicial, recepcionado no Brasil pela corrente teórica do neoconstitucionalismo. Ademais, o abuso do recurso aos princípios no âmbito das decisões judiciais que não tenham conteúdo normativo (“afetividade”, “confiança no juiz da causa”, “fato consumado”, entre outros, dentro da ideia de “pamprincipiologismo”, termo cunhado por Streck), além da ponderação como parâmetro decisório para a resolução dos casos envolvendo os direitos fundamentais, em face dos riscos de um decisionismo voluntarista.

Ferrajoli sustenta, com razão, que a igualdade nos direitos fundamentais é a substância do constitucionalismo democrático e a fonte de legitimação das democracias constitucionais, sendo que os direitos fundamentais configuram as *leis do mais débil*, em alternativa à lei do mais forte que regeria em sua ausência. Desse modo, o direito à vida e à integridade pessoal é a lei do mais débil contra a lei de quem é mais forte fisicamente. São igualmente os direitos de liberdade, contra a arbitrariedade e a opressão de quem é mais forte politicamente, bem como os direitos sociais, que são direitos à sobrevivência que compensam a lei de quem é mais forte social e economicamente. Ainda, são os direitos políticos, que protegem a maioria dos débeis contra os abusos políticos de elites ou ditadores. E, por fim, os mesmos direitos civis, que tutelam a propriedade dos bens contra a força de quem poderia apoderar-se deles mediante o emprego de violência<sup>87</sup>.

Ressalte-se que não se está a pretender uma compreensão da obra de Dworkin a partir do contributo teórico de Ferrajoli (ou vice-versa), mas sim, destacar que os pontos de contato

<sup>86</sup> A ideia de paradigma foi desenvolvida por Thomas Kuhn, no âmbito das ciências da natureza: paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 13. Tal ideia foi desenvolvida, entre outros autores, por Ernildo Stein no âmbito da filosofia. Já a concepção de quadro referencial teórico é defendida por Lorenz Puntel, para o qual a existência de um alicerce teórico é de fundamental relevo para a investigação científica. Cf. PUNTEL, Lorenz B. *Estrutura e ser*. Um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. Trad. Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008. p. 11. Na presente tese de doutoramento, como já explicitado na introdução, o referencial teórico consiste na fenomenologia hermenêutica (filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica – Heidegger/Gadamer), no Direito como Integridade (Dworkin), mediante uma interlocução crítica com o Constitucionalismo Garantista (Ferrajoli), na senda trilhada pela Crítica Hermenêutica do Direito (Streck).

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho e de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 57 e 59. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 54.



entre os autores, tanto na esfera da teoria do Direito, quanto no âmbito da teoria da Democracia, iluminam o debate contemporâneo em torno da problemática do ativismo judicial na concretização dos direitos sociais, ou seja, os limites e as possibilidades da jurisdição, mediante parâmetros decisórios válidos ou constitucionalmente adequados. Logo, o fio condutor reside justamente no controle dos poderes, inclusive o poder judicial, através da democracia constitucional, bem como na defesa de uma complementaridade recíproca entre os direitos fundamentais, os quais são compreendidos como “trunfos” (Dworkin), dentro de uma “esfera do indecidível” (Ferrajoli)<sup>88</sup>.

Tendo em vista os riscos do ativismo judicial em face da representação política e da democracia, Trindade, em sua tese de doutoramento, lança cinco perguntas de ordem pragmática: 1) o garantismo é compatível com o ativismo judicial? 2) importa saber como os juízes decidem? 3) os juízes podem criar direito? 4) quais as exigências que condicionam a decisão judicial? e 5) qual o papel da Ciência do Direito?

Sustenta que o garantismo é incompatível com o ativismo judicial, em face da intervenção ilegítima na esfera política, desenvolvendo uma teoria garantista da decisão judicial, mediante quatro exigências internas: a) exigência de reconstrução da cadeia discursiva; b) exigência de consistência; c) exigência de coerência; d) exigência de integridade. O papel da Ciência do Direito, segundo avalia, consiste em estabelecer um constrangimento epistemológico à atividade dos tribunais<sup>89</sup>.

O desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial, na linha da *Crítica Hermenêutica do Direito*, propugnada por Lenio Streck, vai para além do debate em torno da “essência” da razão ou da vontade (jusnaturalismo e positivismo), resgatando o *Dasein* como estruturante do Direito, visto como uma prática interpretativa voltada à produção de decisões jurídicas democráticas, isto é, em conformidade com a Constituição.

O autor situa sua investigação a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, em um processo de desconstrução e de reconstrução do pensamento jurídico, em especial “aquele ligado ao elemento interpretativo que reveste a

<sup>88</sup> A ideia dos direitos fundamentais como trunfos é plenamente aplicável aos direitos sociais, conforme será analisada mais detidamente no decorrer da tese.

<sup>89</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus ativismo*: in defesa d’una teoria garantista della decisione giudiziale. Tese de doutorado em Direito sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Roma, 2011. p. 223-4. Diante do poder de disposição e dos “espaços inevitáveis de discricionariedade”, o garantismo precisa aprofundar os estudos na interpretação e na aplicação do Direito, a fim de superar o positivismo jurídico, uma vez que a interpretação não pode mais ser compreendida como um ato de vontade. Assim, “toda decisão deve deixar claro o critério a partir do qual ela foi alcançada, possibilitando, assim, que se verifique se foi resultado de um argumento de princípio, marcado por sua imparcialidade; ou, então, de um argumento persuasivo, marcado por escolhas de caráter subjetivo, político, econômico etc.”. *Ibid.*, p. 203 e 217.

experiência jurídica”. Sustenta a existência de dois grandes paradigmas filosóficos: a) o da filosofia clássica: denominado realismo filosófico, em que “o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento” (“mito do dado”); b) o da filosofia da consciência: que coloca como “fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que se conhece as coisas”, em razão do que o conhecimento não é “dado”, mas “construído” por um “sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos”<sup>90</sup>.

Apoiando-se na fenomenologia hermenêutica, afirma que a concepção de resposta correta por ele trabalhada é a “resposta hermeneuticamente correta”, podendo ser denominada de verdadeira, ou seja, a “possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingui-los dos pré-juízos inautênticos”. Refere, ainda, que “o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”<sup>91</sup>.

Assim, a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade e a necessidade de *decisões adequadas à Constituição*, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na *intersubjetividade*, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 101-2. Assinala o autor o problema dos “cruzamentos fundacionais”, ou seja, a associação dos paradigmas objetivista, da filosofia clássica, e subjetivista, da filosofia da consciência, sublinhando que, quando a “razão legislativa não consegue mais segurar em si todos os sentidos, a vontade – o elemento determinante da filosofia da consciência; a manifestação mais decisiva da subjetividade – *salta do nível político para o nível judicial*. Não é a toa que Kelsen chama o âmbito das práticas jurídicas de política jurídica e diz que ali se pratica a interpretação como um ato de vontade: trata-se da consagração disso que aqui estou a me referir: a filosofia da consciência sempre está presente nos fundamentos do positivismo jurídico e da experiência do direito moderno. Por isso, não é de estranhar que os Códigos Processuais não abram mão do ‘livre convencimento do juiz’”. *Ibid.*, p. 105.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 306.

<sup>92</sup> O “direito fundamental a uma resposta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à sociedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade”. Sublinha, ainda, que “a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação [...]. Assim, **a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma**”. *Id.* *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-1 (grifo nosso).

### 2.3 A AUTONOMIA DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO

A autonomia do Direito é tema de especial importância no cenário contemporâneo, nomeadamente nas searas da teoria do Direito e da filosofia jurídica.

Com efeito, o espaço de tomada de decisão jurídica sofre uma fragilização a partir do discurso e de razões pautadas em argumentos políticos, voltados para os interesses gerais em descompasso com os direitos dos cidadãos, motivo pelo qual é necessário perquirir o sentido e a autonomia do Direito no mundo prático.

No caso português, Castanheira Neves afirma que a base para a interrogação em torno de um sentido autónomo do direito é encontrada na experiência jurídica, em uma perspectiva judicativo-decisória de realização do direito, ao decidir casos ou controvérsias práticas na interação. A juridicidade através da manifestação de uma nova normatividade que repõe a distinção entre *ius* e *lex* é um domínio que opera em vários níveis. Quanto à primeira linha, o autor considera os seguintes pontos estruturantes: a) a nível estritamente metodológico, com a crítica e a superação do “método jurídico” definido como o corolário metódico do normativismo e a aplicação dedutiva do direito, além da situação pós-positivista daí decorrente, a inferir que o direito (o pensamento jurídico) não é meramente lógico-formal, mas prático-normativo e normativo-teleologicamente constitutivo; b) a nível dogmático, em razão dos limites judicativos da lei no processo de realização do direito, e, por isso mesmo, a “irrecusável inclusão da *jurisprudência* em sentido amplo (o *Richterrecht* conjugado com o *Juristenrecht*) no quadro das fontes do direito”; c) uma diferente constituição normativa do sistema jurídico, face à pluridimensionalidade de elementos normativos e a “abertura a uma espiral regressiva (ou reflexivamente) reconstrutiva imposta pela sua própria e contínua realização”; d) a nível normativo, a “autonomização decisiva dos *princípios*”, para “além das normas e a instituírem no sistema jurídico um sentido axiológico-normativamente fundante e constitutivo”. Já quanto à segunda linha, tem a ver com a “justiça material” convocada pela “força normativa da Constituição”, nos direitos fundamentais, nos princípios normativos, além da relação entre aqueles direitos e estes princípios. O direito se afirma “como uma dimensão autónoma, na sua especificidade intencional e constitutiva, da nossa realidade prática”, correspondendo a uma “autonomia axiológico-normativa que se dinamiza reflexivamente num contínuo diálogo problemático-judicativo com a prática histórica dos casos decididos”<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 58-61.

A comunidade é simultaneamente “*condição de existência, condição empírica e condição ontológica da pessoa*”, com uma unidade dialética entre o “eu social” e o “eu pessoal”, aludindo o autor a uma *dimensão ética* que confere sentido ao direito e lhe garante autonomia, composta de três condições: a) *condição mundano-social*; b) *condição humano-existencial*; e c) *condição ética*. Além disso, aventa Castanheira Neves para a importância das condições institucional e cultural: a função da primeira é a de “proclamar o direito autônomo e realizá-lo incondicionalmente como tal”; a segunda – condição decisiva – refere uma “exigência de virtude”, de maneira que o homem não seja mero destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente “sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele [...], o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência [...], como uma responsabilidade vivida no seu sentido”<sup>94</sup>.

O positivismo é uma “postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os  *fatos*”, correspondendo a uma “determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir, pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento”. Enquanto paradigma teórico, o positivismo jurídico não é uniforme, sendo possível “considerar posições teóricas que são, entre si, profundamente heterogêneas”, destacando-se os trabalhos de Norberto Bobbio, na tradição continental, e de Herbert Hart, na cultura anglófona, voltados à definição da expressão<sup>95</sup>.

Bobbio faz uma distinção do positivismo jurídico a partir de três aspectos fundamentais: a) *método* para o estudo do direito: como a “ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico”; b) *teoria* do direito: teorias coativa, legislativa e imperativa do direito, diferenciando-as das teorias da coerência, da completitude e da interpretação lógica ou mecanicista, porquanto em relação às três últimas, é preciso compreender que: b.1) “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas”; b.2) “um ordenamento jurídico não é

<sup>94</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 69-75. O autor adota o “método” jurisprudencialista ou *problemático*, em contraposição ao normativismo e ao funcionalismo, acentuando, pois, a relevância do papel do direito na construção da solução judicativo-decisória (não na *norma*, em uma interpretação dogmática do direito positivo, mas no *caso*, “na decisão judicativa do problema jurídico concreto”), num diálogo institucional com os casos já decididos. Id. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, (v. 2), p. 321. Em alguma medida, o autor aproxima-se da noção do “romance em cadeia”, propugnada por Ronald Dworkin, referencial teórico da presente tese.

<sup>95</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura”, a qual, na maioria dos casos, à exceção do direito penal, “não existe”; b.3) “a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico”, sendo que, para chegar à decisão, ele “deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”; e c) *ideologia* do direito: destacam-se o positivismo ético extremista e o positivismo ético moderado, sendo que, enquanto o primeiro raramente foi sustentado com coerência até as suas extremas consequências, é correto dizer que o segundo “é estreitamente conexo com o positivismo jurídico”, ressaltando que a “versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político”. Assim, dizer que “a lei deve ser obedecida significa, sob o regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político”<sup>96</sup>.

Para Dworkin, o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual “os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas”, sustentando que os indivíduos podem ter “outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa”<sup>97</sup>. Podem ter direitos ao “reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte”<sup>98</sup>.

A categoria “positivismo jurídico” vem a ser definida por Dimoulis em três critérios fundamentais, quais sejam: a) o positivismo jurídico *lato sensu*, diferenciando-o do jusnaturalismo; b) o positivismo jurídico *stricto sensu*, distinguindo-o do moralismo jurídico;

<sup>96</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese et al. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-8. A esse respeito, Streck afirma que o “grande detalhe que marca essa construção do positivismo jurídico (metodológico/conceitual) diz respeito ao fato de, no seu interior, o teórico do direito poder afirmar que, em algumas hipóteses específicas, os juízes podem decidir casos que não estão previamente previstos de forma unívoca pela ordem jurídica vigente, sem se contradizer. Nalguns casos, poder-se-ia afirmar que o juiz pode inclusive deixar de aplicar uma lei porque a considera moralmente injusta, sem que isso represente uma contradição da teoria. E isso tudo porque, dentre os critérios de verificação observáveis empiricamente, aparece o da chamada discricionariedade judicial, que funciona como uma espécie de pedra filosofal da interpretação. Ela não aparece como problema: ao contrário, ela aparece como solução, ou, no mínimo, enquanto uma constatação científica, teoricamente ‘neutra’, do modo como se resolvem determinadas controvérsias jurídicas. Entretanto, venho há tempos denunciando que o problema da institucionalização da discricionariedade gera um enorme déficit democrático, facilmente constatado a partir de teses como ‘livre apreciação da prova, livre convencimento, decisão conforme a consciência do julgador’, etc. Quem detém o poder de decidir de forma discricionária? Eis a questão”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22-3.

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. XVI. Mesmo quando “nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. *Ibid.*, p. 127.

c) as abordagens específicas no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu*, com diferentes denominações.

O positivismo jurídico *lato sensu*, do qual fazem parte Austin e Kelsen, define o direito como produto de atos de vontade da autoridade legislativa, a partir de elementos empíricos e mutáveis no tempo, de modo a afastar a dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e imutáveis, a exemplo dos mandamentos divinos ou da razão humana. Há três denominações para o referido posicionamento: a) tese do fato social; b) tese das fontes sociais; c) tese convencionalista. É uma teoria monista sobre o direito, razão pela qual não admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado pelos legisladores, como reconhece o dualismo jurídico.

O positivismo jurídico *stricto sensu* é uma teoria da validade e da interpretação do direito que se distancia do moralismo jurídico, o qual tem uma ligação aos valores e mandamentos de origem moral, admitindo a conexão ou a vinculação entre o direito e a moral. A abordagem moralista “adota uma perspectiva *normativa*, afirmando que o direito *deve* estar vinculado à moral”, o que significa que os “moralistas propugnam pela *correção* do direito nos dois sentidos do termo”. Daí que “não pode haver sistema jurídico que não formule, pelo menos implicitamente, a pretensão de correção” (Alexy). Já Dworkin “não deseja corrigir o direito com base na moral”, ao considerar que “entender, definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão sobre a moral e sua aplicação”, de modo que as “crenças morais decisivas para o direito positivo decorrem da moral peculiar de cada comunidade política”<sup>99</sup>.

Há, ainda, uma controvérsia entre o juspositivismo inclusivo e exclusivo. O positivismo jurídico exclusivo, tendo por principal adepto Joseph Raz, sustenta que a existência e o conteúdo de uma norma jurídica são exclusivamente uma função dos fatos sociais, se ela possui uma fonte apropriada na legislação, na jurisprudência ou no costume. A moral não pode ser um critério de validade do Direito.

Raz afirma a tese da separação radical entre o direito e a moral – versão forte das fontes sociais – e que, diante dos limites do direito, a descoberta de uma “norma jurídica válida continua a depender, apenas, de uma questão de fontes. E, claro, da subjetividade do

---

<sup>99</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 77-96. Dimoulis refere acertadamente que “a recepção brasileira de Dworkin faz crer que o autor concede aos juízes um amplo poder discricionário para que encontrem, mediante oportunas ponderações, as melhores soluções. Mas isso contradiz frontalmente a posição do próprio autor que deseja limitar a discricionariedade do Poder Judiciário, impondo-lhe o dever de decidir conforme exigências morais da comunidade”. *Ibid.*, p. 96.

juiz”<sup>100</sup>. Reconhece que a moralidade se aplica a juízes, mas o ponto de vista moral é apenas um entre muitos. A questão é saber se é em razão do Direito que a moralidade se aplica a juízes ou se eles estão legalmente obrigados a seguir a moralidade (moral como critério de validade jurídica). O autor faz uma crítica à tese da incorporação, consistente na defesa de que os princípios morais fazem parte do Direito<sup>101</sup>.

Já o positivismo jurídico inclusivo, com antecedentes em Hart, apoiado por Jules Coleman e Wilfrid Waluchow, considera que a identificação de uma regra como válida dentro de um sistema jurídico, assim como o seu conteúdo e de como se comporta em um determinado caso, podem depender de fatores morais. Tal posição também se denomina *incorporacionismo* ou *positivismo suave*<sup>102</sup>.

A posição de Coleman, ao distinguir o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo, não pode ser considerada original, mas uma “tentativa de reformulação das formas anteriores de positivismo”, ao admitir a “introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim determine”<sup>103</sup>. Ao endereçar suas críticas à Dworkin, afirma que o positivismo inclusivo permite que a moralidade, por vezes, possa ser uma condição de legalidade (versão fraca/débil das fontes sociais), e isso é o que o divide do positivismo exclusivo<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 26.

<sup>101</sup> RAZ, Joseph. Incorporation by law. *Legal Theory*, v. 10, p. 4, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=999579](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999579)>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>102</sup> ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 217-8. Dworkin tece críticas ao positivismo jurídico inclusivo, o qual implica em uma abordagem antipositivista, negando, pois, que o incorporacionismo corresponda ao positivismo jurídico. Em sua obra *O Império do Direito*, Dworkin aponta como principal preocupação a divergência teórica no direito, cuja prática é argumentativa, ao passo que o positivismo jurídico se alicerça na visão do direito “como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 15, 17 e 46. Consoante Streck, “mesmo essas propostas pretensamente renovadoras do positivismo jurídico não contribuem para a solução do verdadeiro dilema contemporâneo que é, exatamente, a superação da discricionariedade judicial a partir de uma teoria da decisão. Isso porque existe, na atual quadra da história, uma necessidade de se colocar de forma justaposta o problema da teoria do direito com as questões políticas, da teoria democrática. Os positivistas – exclusivos ou inclusivos – não se deram conta disso. Continuam a tratar do fenômeno jurídico como se este fosse independente da política. Ora, definitivamente, não é! E esse é um dado civilizatório. Afirmar, a esta altura dos acontecimentos, que a discricionariedade judicial é um fato empírico indiscutível – como que a reprimatar a velha teoria aristotélica dos argumentos autoevidentes – é rasgar, de um ponto a outro, a teoria democrática e toda a tradição constitucionalista que se seguiu às ondas da redemocratização do pós-guerra e, nas últimas décadas, estendeu-se para países da África, América Latina e Leste Europeu”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 27-8.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 25-6.

<sup>104</sup> COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to the legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003; COLEMAN, Jules. “Beyond inclusive positivism”.

Waluchow faz menção a uma formulação de Himma no sentido de que a regra de reconhecimento nos Estados Unidos e no Canadá deve ser compreendida por um positivista inclusivo: “Uma regra devidamente criada é Direito e apenas se estiver em conformidade com as normas substantivas da Constituição (propriamente interpretada)”<sup>105</sup> (grifo do autor). Ao aprofundar a referida formulação, argumenta que o conceito de validade moral significa que o Direito existente não significa que seja moralmente válido ou justificado. A existência não corresponde à validade moral, tampouco à validade sistêmica da regra, de modo que o autor trabalha com dois conceitos de validade, apontando para a falibilidade do direito, bem como para o fato de que, embora exista a regra *R* (validade como existência), ela pode não preencher as condições de validade do sistema jurídico<sup>106</sup>.

É possível verificar que a tese de Waluchow tem perspectivas de aproximação com a tese de Dworkin, estabelecendo-se uma “forma de explicar a *validade* da legislação produzida *conforme critérios sistêmicos* (ou princípios estruturantes de justiça, como diz Dworkin) que, nada obstante, produza um resultado injusto”<sup>107</sup>. (grifos do autor)

Daí se extrai a razão pela qual Dworkin compreende o positivismo inclusivo como “positivismo nenhum”, correspondendo a uma “tentativa de manter o termo ‘positivismo’ para uma concepção de direito e da prática jurídica que é totalmente estranha ao positivismo”<sup>108</sup>.

A teoria da controvérsia constitui a principal objeção filosófica de Dworkin em relação ao positivismo jurídico, o qual parte de uma pressuposição semântica para a correta descrição do conceito de Direito, caindo no problema do “*agulhão semântico*”<sup>109</sup>: a incapacidade de os

*Ratio Juris*, v. 22, Issue 3, p. 359-94, set. 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1487838](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1487838)>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>105</sup> WALUCHOW, Wil J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6, nov. 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1296840](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014. p. 156-7.

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 266-7. Para o autor, a versão do positivismo inclusivo de Coleman é mais bem descrita como antipositivismo, porque “abandonou completamente o legado filosófico que se propõe a defender, e cobre sua retirada afirmando que se mantém fiel ao princípio fundamental do positivismo: aquele segundo o qual o direito é sempre uma questão de convenção”. Já em relação ao positivismo exclusivo de Raz, para o qual o próprio conceito de direito engloba o fato de este pretender ter uma autoridade legítima sobre algum grupo, entende que, em termos práticos, “é importante determinar o que os juízes podem e devem fazer no exercício de sua responsabilidade de aplicar o direito, e distinguir este de outros atos e decisões judiciais que devem ter como fundamento um tipo de justificação diferente e mais controvertido. Seria bizarro que uma distinção prática tão crucial dependesse de uma análise abstrata do conceito de autoridade”. Ibid., p. 280-2.

<sup>109</sup> Segundo Dworkin, o agulhão semântico tem causado problemas à filosofia do direito, sendo que suas vítimas “são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas



positivistas reconhecerem os desacordos teóricos, apenas os empíricos, porquanto exigem que “os fundamentos do direito (*grounds of law*) sejam determinados por *consenso* (isto é, um fato no mundo)”<sup>110</sup>.

### 2.3.1 O debate entre Hart e Dworkin e a crítica à discricionariedade judicial

No âmbito da teoria e da filosofia do Direito, as relações entre regra e princípio provocaram uma ampliação desmesurada do âmbito de incidência deste último, à revelia do controle democrático da interpretação judicial. Ora, cumpre indagar: qual a relação entre regra e princípio? O princípio possui natureza deontológica ou axiológica? E o problema da discricionariedade judicial, como resolver a tensão entre o ativismo e a autocontenção judicial?

O debate travado entre Hart e Dworkin, em torno do positivismo jurídico, convida à reflexão em torno de três questões centrais da teoria do Direito: a) a diferença entre regras e princípios; b) o problema do poder discricionário judicial; e c) a ausência de direitos preferenciais, com a possibilidade de diversas respostas aos problemas jurídicos; d) a separação entre o Direito e a Moral. Segue-se, pois, à análise de cada um dos pontos

---

pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posição são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses”. Isso provoca uma “imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”. Mais adiante, explica que “a imagem que nos torna vulneráveis ao agulhão semântico, falha tanto na justiça quanto na cortesia. Não seguimos critérios linguísticos comuns para decidir quais fatos tornam uma situação justa ou injusta. Nossas discussões mais intensas sobre a justiça – sobre o imposto de renda, por exemplo, ou sobre os programas de ação afirmativa – dizem respeito às provas apropriadas para verificar o que é a justiça e não à adequação (ou não) dos fatos a alguma prova consensual em um caso específico”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 55-6; 89-90.

<sup>110</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180-1. Uma concepção semântica de um conceito é “aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica do conceito de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito, isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no ‘campo semântico’ daquela palavra”. A hipótese levantada pelo autor é a de que “esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fisicalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilharmos os critérios para a sua correta aplicação. Isso implicaria que as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de *direito*. O problema, para Dworkin, é que esse tipo de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos. Para ele, o positivismo jurídico fracassou em sua explicação do significado das controvérsias porque foi vítima do mencionado *agulhão semântico* (*semantic Sting*)”. *Ibid.*, p. 180-1.

fundamentais do aludido debate, o qual guarda pertinência à quadra contemporânea da história<sup>111</sup>.

<sup>111</sup> Há divergência doutrinária em relação à atualidade do debate entre Hart e Dworkin, sendo, para alguns, é preciso ir além, em função do problema metodológico do Direito (ver, entre outros, LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, 1, Art. 2. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol.48/issi/2>>. Acesso em: 14 out. 2015), enquanto que, para outros, o debate revela que o positivismo é vulnerável à crítica de Dworkin em *O Império do Direito*, conforme assinala SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*. Disponível em: <<http://srn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 14 out. 2015. Sobre o caráter estruturante da controvérsia para a interpretação e a aplicação do Direito, destaca-se, entre outros, o acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do recurso de apelação cível n.º 70005798004, julgado em 9 de abril de 2003, tendo como relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. No caso concreto, o genro matou o sogro, restando condenado por sentença criminal transitada em julgado, tendo a esposa proposto demanda declaratória de exclusão de partilha do divórcio, em face do marido, porquanto casados pelo regime da comunhão universal de bens. A ação intentada em primeiro grau foi julgada extinta em face da coisa julgada, tendo a autora interposto recurso de apelação, o qual foi provido para desconstituir a sentença. Em novo pronunciamento, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido deduzido pela autora. Em sede de apelação, a apelante sustentou os seguintes argumentos: 1) o apelado foi condenado por homicídio qualificado (motivo torpe) de seu sogro, pai da apelante, devendo, por isso, ser excluído da partilha de bens do divórcio, eis que o patrimônio lá dividido é oriundo, exclusivamente, do inventário do *de cuius*; (2) por não haver previsão legal, deve ser utilizada a analogia a fim de integrar a norma jurídica, no presente caso; (3) para suprir tal lacuna, deve incidir o art. 1595, inc. I, do Código Civil, bem como a jurisprudência e o direito internacional. O Desembargador Relator desproveu o apelo, entendendo que não há respaldo legal para a tese da analogia suscitada pela apelante, diante das hipóteses taxativas de exclusão por indignidade, as quais recaem sobre aqueles que “tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar”. A Desembargadora Presidenta abriu a divergência, sustentando que fere a moral comum que o apelado se beneficie da sua conduta, aderindo à corrente do “Direito Alternativo”, provendo o recurso de apelação. Já o Desembargador Vogal encaminhou voto em idêntico sentido, dando provimento ao apelo diante da possibilidade de criação judicial de mais uma hipótese de exclusão da indignidade. O exercício hermenêutico em questão convida à reflexão sobre o positivismo jurídico, sendo possível sustentar a premissa segundo a qual os votos dos Desembargadores estão centrados em versões do positivismo jurídico, quais sejam, o positivismo exegético, o positivismo axiológico e o positivismo fático (realismo jurídico). Nesse sentido, o Desembargador Relator fundamenta sua decisão no positivismo exegético, sustentando que “o fundamento da apelante para ver seu ex-marido excluído da partilha na ação de divórcio (processo nº 11488 – autos em apenso), não encontra respaldo legal, eis que pretende aplicar, por analogia, o art. 1595, inc. I, do CC”. Destacou, ainda, que “a legislação ora sob foco traz uma sanção – exclusão da herança – aos que tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar”, e que o objetivo da lei foi no sentido de que “a regra da indignidade recaísse tão-só naqueles possuidores de laços de sangue e/ou de extrema afeição com o autor da herança, a ponto de serem penalizados por atos atentatórios a sua vida, honra ou liberdade”. Já a Desembargadora Presidenta tem como ponto de apoio o positivismo axiológico, admitindo claramente a fragilização da autonomia do Direito em função da moral, a qual assume um papel corretivo e externo. A argumentação pauta-se, ainda, na corrente do Direito Alternativo, a qual se justificava na fase anterior à Constituição de 1988, sobretudo em virtude da restrição de direitos fundamentais promovida pelo regime militar brasileiro. Todavia, a partir da CF/88, o discurso jurídico deve voltar as suas baterias para a consolidação da “legalidade constitucional” (Elías Díaz/Lenio Streck). Por seu turno, o Desembargador Vogal alicerça sua decisão em uma espécie de positivismo fático ou realismo jurídico, aceitando, inclusive, a tese segundo a qual pode o juiz criar nova hipótese legal de exclusão da herança por indignidade. Recorre aos “princípios gerais de Direito” para sustentar, a partir do voto da Desembargadora Presidenta, uma criação judicial do Direito. Percebe-se que a moral adotada pelo TJRS, no caso, foi a que decorre do senso comum ou a moral vulgar, ou seja, o senso de justiça do magistrado, quadro que possibilita a adoção de juízos discricionários do tipo “*decido conforme a minha consciência*” (Streck). A reconstrução da história institucional tem uma valiosa dimensão temporal, pois deve projetar os limites da interpretação para os casos futuros, o que não foi alvo de preocupação no caso em tela. Se diante da ausência de regra, admitir-se a solução discricionária adotada pelo positivismo jurídico, em especial por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* (oitavo capítulo), e por Hart em sua obra *O Conceito de Direito*, o qual admite o poder discricionário judicial em face da *textura aberta da norma*, haverá uma nítida fragilização da autonomia do Direito, que cederá lugar às “escolhas” subjetivas do

a) O Direito é um conjunto de regras: Hart divide as regras em primárias e secundárias. As regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer. Já as regras secundárias dizem respeito aos modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas, além do fato de que a respectiva violação seja determinada estreme de dúvidas. Dentre estas últimas, cumpre ressaltar a regra de reconhecimento, a qual possui um caráter sociológico. Ela deriva do consenso da comunidade e da sua aceitação acerca dos deveres e obrigações jurídicas.

A regra do reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen, apresentando traços similares. Tal regra especificará aspectos cuja “existência uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”. Aduz, também, que “o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como o modo *adequado* à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra”<sup>112</sup> (grifos do autor). Percebe-se que Hart continua preso à filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto), em seu positivismo jurídico “moderado”<sup>113</sup>.

Dworkin, por sua vez, reconhece que, para além das regras, o Direito também é composto por princípios, os quais possuem caráter deontológico, correspondendo às expressões da moralidade política da comunidade. Regras seguem a lógica do “tudo ou nada”, cujo norte é o critério de validade, ao passo que os princípios norteiam-se por dimensões de peso ou importância. Não há “lacunas”, devendo o intérprete buscar uma compreensão holística do Direito, como um todo composto e normativo.

Lançadas tais premissas, é válida a seguinte indagação: como se interpreta em Direito ou, mais especificamente, qual o papel dos princípios na interpretação jurídica?

O processo de produção de sentido normativo, permeado pela interpretação, reclama uma leitura adequada do contributo teórico da diferenciação entre princípios e regras, de

---

julgador. Assim, a decisão adotada pelo Tribunal de Justiça no caso do genro que assassina o sogro e que pretende a meação da herança, em que pese tenha atingido a solução acertada ao caso, não se orientou pelos ideais de *coerência, integridade, responsabilidade e de accountability hermenêutico*, em face da fragilidade dos fundamentos adotados, apostando no poder discricionário judicial e na “consciência do justo” por parte do magistrado.

<sup>112</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104. Em realidade, Hart procura, em sua construção teórica, diferenciá-la da matriz de Austin, para o qual o Direito é compreendido como um conjunto de ordens coercivas, aspecto que pode ser encontrado, por exemplo, em um grupo de agentes que pratica um assalto e determina que a vítima passe seus pertences. Dito de outro modo, a obra de Hart busca uma construção do Direito dotada de legitimidade perante a ordem social, sendo que a regra de reconhecimento ocupa um papel cimeiro em tal pressuposto.

<sup>113</sup> No pós-escrito à obra *O Conceito de Direito*, Hart discute com Dworkin algumas de suas matrizes teóricas, assentando que, a despeito das divergências em relação à concepção do Direito como integridade, “constitui um defeito neste livro a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem”. *Ibid.*, p. 322.

modo a que a dimensão principiológica não seja tomada por um manejo inapropriado que pode comprometer a autonomia do Direito.

Na doutrina, o recurso aos princípios tem funcionado como uma “panaceia” para a resolução dos casos “difíceis”, sendo que as regras acabam exercendo um papel de menor importância, ou, por vezes, deixadas de lado no processo interpretativo.

A ideia ou o conceito de “princípio” assume forte carga simbólica e conteúdo deontológico, espelhando os indícios formais (Heidegger) da decisão jurídica democrática<sup>114</sup>.

Dworkin defende que o princípio é um padrão que deve ser observado, não porque promoverá uma melhor situação econômica, política ou social, mas em razão de uma exigência de justiça, equanimidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>115</sup>. Os princípios, para Streck, são padrões de argumentação responsáveis pela abertura do direito ao mundo prático, endereçando acertada crítica àquilo que denomina de “pamprincipiologismo”, ou seja, o incremento dogmático de pautas de argumentação com pretensão valorativa, em um retorno à vetusta jurisprudência dos valores, os quais contribuem para o aumento do poder discricionário judicial.

A seu turno, Robert Alexy não se orienta pela mesma escola teórica de Dworkin, pois, a partir de uma distinção estrutural entre princípio e regra, norteia seu estudo pela colisão entre princípios e pelo conflito entre regras, de tal modo que sua teoria dos direitos fundamentais deve ser lida em cotejo com a teoria da argumentação jurídica. Em apertada síntese, pode-se dizer que o intérprete, diante de um caso concreto, deve recorrer às regras e, se estas não resolvem o problema, buscar apoio nos princípios, sendo que a ponderação é uma regra extraída do princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Daí que, “grosso modo”, em Alexy, os casos são resolvidos por meio das regras.

Em realidade, é preciso desconstruir ou desmistificar os “falsos” princípios, carentes de normatividade e que se alinham à concepção da Constituição como “ordem objetiva de valores”, sufragando, pois, o risco de uma “juristocracia” (Ran Hirschl), ou, ainda, de um

---

<sup>114</sup> O conceito de princípio “funciona assim como uma espécie de indício formal: em todos os casos conflituosos há uma possibilidade de um argumento de princípio. Afinal, será possível imaginar um caso hipotético em que não estaria em jogo, ou pudesse ser arguido em favor de um dos oponentes, o *princípio da igualdade*? Poderia haver um processo em que as discussões não violassem o *devido processo legal*?”. No momento em que se verifica uma “quebra com esse elo que o passado nos lega, há a necessidade de uma intensa justificação, que não exclua de sua apreciação a comum-unidade dos princípios e sempre fundamente, na medida em que for necessário, em que medida tais princípios estão observados pela decisão. Assim, estabelece o direito como integridade de Ronald Dworkin”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 238.

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

judiciário como “superego de uma sociedade órfã”, tutor ou guardião da moralidade. Nessa senda, alguns exemplos podem ser destacados: “princípio da afetividade”, “princípio dispositivo”, “princípio da confiança no juiz da causa”, “princípio do livre convencimento motivado”, etc.

A noção de livre convencimento motivado significa conferir ao juiz o poder discricionário de avaliar a prova dos autos segundo a sua própria consciência, ainda que, após, decline os motivos de tal convicção. Em síntese, a motivação surge como uma espécie de “capa de sentido”, âmbito no qual é possível dizer-se “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, em uma “jurisdição dos conceitos sem coisas”, isto é, despida da historicidade e da faticidade (Streck)<sup>116</sup>.

Já autores como Luigi Ferrajoli e Lenio Streck, entre outros, sustentam que os princípios, em realidade, “fecham” a interpretação, razão pela qual devem ser vistos em uma relação de complementaridade com as regras. Não há princípio sem regra, tampouco regra sem princípio (Streck). Não pode o intérprete ignorar a natureza das regras jurídicas, suspendendo eventuais pré-juízos inautênticos que associam as regras a uma postura autoritária e os princípios aos sopros da democracia. Ao revés, vale dizer que uma demasiada abertura do Direito, diante das zonas de penumbra (Hart), contribuiu, no curso da história, para a formação de correntes de pensamento como a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores, servindo de fundamento para legitimar a instituição de regimes totalitários, baseados no “espírito do povo” (o nazismo de Hitler, na Alemanha, e o fascismo de Mussolini, na Itália)<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> O problema do poder discricionário judicial não foi resolvido pelo positivismo jurídico: “Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’ [...]!”. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positiva? *Revista NEJ*, v. 15, n. 1, p. 161, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>117</sup> Entre outros, Larenz entende que “é a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referências de sentido”, defendendo um pensamento compreensivo e orientado a valores. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 512. Para Lamego, se Larenz “opera no pós-guerra uma ruptura com a sua fundamentação neo-hegeliana de uma ‘renovação alemã do Direito’ (*deutsche Rechterneuerung*) de cariz totalitário, em direcção a um personalismo ético de pendor institucionalista, e se acaba mesmo por abandonar uma fundamentação neo-hegeliana de um pensamento jusmetodológico ‘compreensivo’ e orientado a valores, subsiste nele uma tendência de oposição ao método analítico-abstracto de construção e desenvolvimento do Direito no sentido de um pensamento ‘holístico’ (*ganzheitliches Denken*)”. LAMEGO, José. “Nótula do Tradutor”. “Um filho do seu tempo”. In: LARENZ, op. cit., p. 708.

Por sua vez, princípios não são valores e, por isso, possuem natureza deontológica e não axiológica. Vinculam o intérprete e a decisão judicial, de tal modo que devem ser levados a sério no ato de julgar como virtudes soberanas (Dworkin). Cumpre observar, na esteira de Streck, que a “prevalência da regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo, além de independentizar a regra de qualquer princípio (e vice-versa), como se fosse um objeto dado (posto)”<sup>118</sup>, quadro que implica a discricionariedade, ficando a cargo do juiz a “‘escolha das hipóteses’ em que uma regra é independente de um princípio e em que a regra prevalecerá diante do princípio”<sup>119</sup>. O quadro referencial ou paradigma jurídico instituído pelo Estado Democrático de Direito “proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir dos princípios de resgate no mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo [...]”<sup>120</sup> (grifo do autor).

O princípio da proporcionalidade, devido à recepção equivocada da construção teórica de Alexy, assume na atualidade uma “caixa de ressonância” argumentativa que faz com que o ventilado princípio confira “flexibilidade” às regras previstas no âmbito do Direito. Em realidade, o aludido princípio deve ser interpretado como coerência e integridade e não como juízo de equidade ou de ponderação. O contrário, isto é, a busca de argumentos que tenham *prima facie* um maior peso seria uma atitude de retorno ou retrocesso ao trilema de Münchhausen, diante da ausência ou impossibilidade de um *Grundmethode*<sup>121</sup>.

Aliás, o “princípio do fato consumado” aparece como um verdadeiro engodo hermenêutico utilizado por empreendedores inescrupulosos que exploram o decurso do tempo como condição para a validação de obras à revelia dos planos diretores municipais.

Ainda, a decisão judicial diante da política corre o risco de situar-se entre o ativismo ou o “governo dos juízes” (que não se confunde com a judicialização, esta contingencial, por natureza) e a autocontenção ou deferência para com o legislador, sob o argumento do princípio da separação de poderes. Afinal, qual o alcance e os limites da decisão judicial em face dos deveres estatais de proteção e de promoção dos direitos fundamentais?

A integridade do ato decisório e a responsabilidade constitucional do intérprete radicam na tradição hermenêutica, a partir de uma reconstrução da história institucional do Direito sob a melhor luz das práticas jurídicas (Dworkin). Logo, o princípio da separação de

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>120</sup> *Id.* *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 408.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 185.

poderes deve ser tomado a sério e não utilizado como mero argumento de retórica, isto é, produzindo um simbolismo vazio que destoa dos problemas sociais da atual quadra vivida.

A relação entre o texto e a norma, como lembra Müller, é mediada pelo processo de interpretação, de modo que a produção de sentido normativo implica em “deixar que o texto nos diga algo”, na linha de Gadamer. É preciso “escutar o texto”, levando em conta a alteridade e a intersubjetividade que caracterizam a construção da solução ao caso concreto, haja vista que o paradigma da filosofia da consciência, ou seja, do sujeito solipsista e do decisionismo, cede espaço ao giro ontológico-linguístico, razão pela qual a linguagem passa a ser condição de possibilidade para ao acesso hermenêutico à verdade.

Dito de outro modo, não se pode desprezar o texto ou promover um distanciamento de tal maneira a que o mesmo seja “reescrito” ou ignorado pelo intérprete, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, cláusula pétrea constitucional, quadro que pode influir no controle democrático das decisões judiciais. Os princípios e as regras, pois, se sustentam reciprocamente no processo interpretativo, sendo que, diante de um caso a ser resolvido, a “comum-idade” dos princípios e das regras são lançados para buscar uma resposta constitucionalmente adequada, tanto no sentido procedural quanto na perspectiva material.

O juiz deve pautar-se pelos limites semânticos dos textos, sobretudo a Constituição, e não pelo “livre convencimento” motivado, o qual reclama uma (des)construção hermenêutica à luz do direito fundamental ao juiz imparcial e ao dever de fundamentação da fundamentação (Streck). Não pode descuidar, ainda, do “romance em cadeia” (Dworkin) e da tradição autêntica em torno do direito/dever de se obter respostas constitucionalmente adequadas, sob pena do incremento de “falsos” princípios sem qualquer ressonância no mundo prático.

Num Estado que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana **“é a pessoa que é fim em si [...]** o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar”<sup>122</sup> (grifo nosso).

b) A separação entre o Direito e a Moral: outro traço do positivismo jurídico é a ideia de desvinculação entre o Direito e a Moral, compreendidos com espaços independentes e sem qualquer conexão, nomeadamente em virtude das lições de Hans Kelsen.

Há, em síntese, quatro teses sobre a relação entre o Direito e a Moral<sup>123</sup>: a) Vinculação (jusnaturalismo); b) Separação (positivismo jurídico<sup>124</sup> de Kelsen); c) Complementaridade

<sup>122</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 52.

<sup>123</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Direito”: dicionário de filosofia política. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 147-8.

(Alexy<sup>125</sup>); d) Co-originariiedade (Dworkin, Habermas e Streck): Institucionalização da moral no Direito e não uma “pretensão corretiva”.

A tese da separação entre o Direito e a Moral, sustentada pelo positivismo, não encontra ressonância no Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista que a Moral e o Direito são co-originários, isto é, trata-se da institucionalização da Moral no Direito (Dworkin-Habermas). Não há cisão estrutural entre Direito e Moral. Vale dizer que não se está falando da moral individual, mas da moralidade política ou da moral crítica, isto é, um *a priori compartilhado*. Por isso que os princípios “fecham” a interpretação ao invés de abri-la (Streck).

Dworkin sustenta a necessidade de uma leitura moral da Constituição e do próprio Direito, ou seja, buscando tratar as pessoas com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*).

Em *Justice in Robes (Justiça de Toga)*, na discussão com Isaiah Berlin, sobre o pluralismo de valores, Dworkin sustenta uma concepção de liberdade voltada ao respeito aos direitos morais das outras pessoas. Do contrário, a liberdade do lobo seria a morte do cordeiro e temas como o racismo e a liberdade de expressão ficam na dependência das escolhas discricionárias dos juízes. O Direito, para Dworkin, é um segmento da moral, pois são co-originários. Já para Radbruch, o Direito pode ser moral ou não, sendo que a moral é externa e possui uma pretensão corretiva<sup>126</sup>.

No debate ao pós-escrito de Hart, Dworkin afirma que diverge da “tese das fontes sociais” do Direito, sublinhando que “o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral”, de tal modo que os juízes devem decidir “qual desses conjuntos concorrentes de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos morais”<sup>127</sup>. Também dissente sobre o modo de identificar o Direito e qual teoria constitui uma resposta à questão, sendo que, enquanto para

---

<sup>124</sup> Por sua vez, Hart é defensor de um positivismo jurídico inclusivo ou “suave”. Já Ferrajoli é considerado um positivista crítico, superando o denominado “paleojuspositivismo”, ao defender a normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais, mediante a distinção entre os planos da vigência (existência jurídica) e da validade (compatibilidade das normas com a Constituição), em uma crítica ao direito positivo vigente inválido.

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, em especial p. 151-2, onde o autor refere que o Direito formula uma “pretensão à correção”.

<sup>126</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149 e ss.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 205.



Hart, tal teoria é descritiva da prática jurídica, para Dworkin, contudo, ela é “uma interpretação da prática jurídica que faz alegações morais e éticas e nelas se fundamenta”<sup>128</sup>.

Já em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin trabalha a passagem do poeta grego Aquíloco, para o qual a “raposa sabe de várias coisas, mas o ouriço sabe de uma e bem grande”. Define a democracia e outros temas da filosofia política, a partir de uma teoria unificada de valor, que leve em conta a moralidade política da comunidade de princípios. A unidade do valor procura uma sustentação recíproca entre os direitos humanos (liberdade e igualdade, por exemplo, não estão em conflito, mas se harmonizam na construção das balizas do caso concreto)<sup>129</sup>.

c) Nas situações de indeterminação ou vagueza, o juiz decide o caso de acordo com o seu discernimento, utilizando-se de seu poder discricionário. Trata-se do problema aventado alhures do sujeito da modernidade, ou seja, do solipsismo.

A imagem do Direito como indeterminado brota de uma visão positivista, a qual acaba por delegar em favor do juiz, nos casos “difíceis”, a solução dos problemas, para decidir. Kelsen assimila a interpretação como ato de conhecimento (Ciência do Direito) e ato de vontade (Direito). A preocupação com a razão teórica fez com que o positivismo se esquecesse da razão prática, eivada de solipsismo.

d) Em tais situações, não há direitos preferenciais das partes envolvidas, não havendo o dever de decidir em favor de qualquer delas. Assim, não há respostas corretas em Direito (hermeneuticamente adequadas à Constituição, no sentido trabalhado na presente tese).

Em se tratando de questões controversas, não pode haver direito ou obrigação jurídica, sendo que a solução é delegada em favor do juiz, o qual não está vinculado a uma determinada solução, decidindo de maneira discricionária, não havendo ênfase, pois, no resultado da decisão judicial. Há uma perspectiva procedimental que não toma em consideração a substancialidade do Direito, já que a moral deve ficar fora da resolução judicial e do mundo jurídico.

O conceito de discricionariedade<sup>130</sup> é um dos mais plurissignificativos e difíceis da teoria do Direito, conforme reconheceu Engisch.

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 206.

<sup>129</sup> Id. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 365-8.

<sup>130</sup> Sobre o conceito de discricionariedade, é um dos conceitos “mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito. As dificuldades adquirem uma particular premência e um peso particular pelo facto de a teoria da discricionariedade se ter tornado ao mesmo tempo um ponto fulcral do Direito processual”. Partindo da imagem do “espaço livre”, o autor refere “a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas [...] ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva”, destacando, enfim, que “é o direito, quase sempre a lei, que

O problema em torno da discricionariedade judicial é a pedra de toque do debate entre Hart e Dworkin, o que motivou uma série de artigos por parte deste, transformados em livros como *Taking Rights Seriously* e *A Matter of Principle*. Em um positivismo “moderado”, Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, afirmava que, nos casos difíceis, envoltos em uma “zona de penumbra”, o juiz tem liberdade para a escolha da solução, valendo-se do poder discricionário, no âmbito das decisões interpretativas.

A discricionariedade tem dois sentidos “fracos” e um sentido considerado “forte”, o qual é o objeto do estudo de Dworkin, sendo que, na resolução dos casos “difíceis”, criou a figura do juiz “Hércules”, com poderes sobre-humanos, com capacidades especiais para a resolução de tais casos. “Hércules”, na verdade, é uma metáfora (Streck) ou uma ficção (Kaufmann)<sup>131</sup>, figura que não pode ser lida de forma solipsista, sob pena de corromper a própria teoria de Dworkin. Dworkin, então, nega a discricionariedade (em sentido forte), na

---

numa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de facto possíveis”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 214-9. Diferente de Engisch, que defende o poder discricionário judicial, Dworkin nega a discricionariedade (em sentido forte), na perspectiva do Direito como integridade e sustentando a existência de respostas corretas, ou seja, adequadas à Constituição. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002. p. 56 e ss. No contexto dos países da tradição da *Common Law*, Merryman afirma que “os juízes podem exercer a discricionariedade, mas eles também devem suportar maior ônus em sua responsabilidade em relação à certeza e estabilidade do direito”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 86. Afirma Streck que a discricionariedade judicial, diferentemente da esfera administrativa, envolve as decisões interpretativas, de tal maneira que “há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo ‘discricionariedade’ refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado para julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a de um ato autorizado por lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40. Assim, não há uma fronteira clara entre arbitrariedade e discricionariedade: “Arbitrariedade e/ou discricionariedade de sentidos (ou nos sentidos) são ‘práticas típicas de um racionalismo que teima em sobreviver em outro paradigma’ e que a ‘discricionariedade pregada e defendida pela maior parte da teoria do direito – em especial as teorias procedurais-argumentativas – é exatamente a que se confunde com a arbitrariedade. Nelas, o afastamento da arbitrariedade é argumento e alibi teórico para a justificação da discricionariedade (retome-se, sempre, admissão da ‘necessidade da discricionariedade’ para que o intérprete possa ponderar, conforme defendem Robert Alexy e Prieto Sanchís, para falar apenas nestes). Este é o ponto. A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, como se fosse ‘proprietário dos sentidos’ e dos ‘meios-de-produção-dos-sentidos’, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em alibi para voluntarismos, a partir de um ‘grau zero de significado’”. Id. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68-9 (grifos do autor).

<sup>131</sup> Segundo Kaufmann, Dworkin está ciente de que para a determinação da *única* solução correta, tem de pressupor um jurista com capacidades sobre-humanas (Hércules), para quem não há espaço para escolha livre, discricionariedade, sendo que Hércules “é evidentemente uma ficção, mas Dworkin exige que o juiz no exercício da sua faculdade de julgar tome em consideração os ‘general principles’, pelo menos, para o esclarecimento das ‘zonas de penumbra’”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 77.

perspectiva do Direito como integridade e sustentando a existência de respostas corretas, ou seja, adequadas à Constituição<sup>132</sup>.

Dworkin sustenta a possibilidade de uma “única resposta correta”, a partir do exame dos aportes hermenêuticos alhures identificados. A única resposta correta (*one right answer*) é apresentada por Dworkin como um ataque ao positivismo jurídico, calcado na discricionariedade judicial, como uma maneira de criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo no Direito. Tal não obriga que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do Direito. Assim, não há um “método” para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, ou seja, não há como garantir, do ponto de vista metodológico, que estejamos certos. A verdade surge não como correspondência, de maneira lógico-dedutiva, mas como coerência, dentro da cadeia da interpretação<sup>133</sup>.

Adotando a compreensão do Direito como Integridade, o autor supera as correntes positivistas do convencionalismo e do pragmatismo:

Segundo nossa apresentação abstrata, ‘conceitual’, da prática jurídica, uma pessoa tem a pretensão juridicamente protegida de ganhar um processo se esse direito decorrer de decisões políticas anteriores. O convencionalismo oferece uma teoria positiva, não cética, dos direitos que as pessoas possuem: direitos que as convenções jurídicas extraem de decisões políticas tomadas no passado. O direito como completeza também é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas: sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito<sup>134</sup>.

O controle da discricionariedade se estende às esferas administrativa e legislativa, de tal modo que se o legislador decide aprovar projeto de lei do executivo para o repasse de recursos públicos para estádios de futebol, eventos festivos e publicidade, entre outros gastos

<sup>132</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002. p. 56 e ss.

<sup>133</sup> Deve ser compreendido o contexto da tese da resposta correta, haja vista que “a questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade jurídica defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 59.

<sup>134</sup> DWORKIN, op. cit., p. 186.

secundários, em detrimento da construção de hospitais, ambulatórios e escolas, por exemplo, é possível o juízo de (in)constitucionalidade de tais políticas públicas.

A seu turno, não há possibilidade de o intérprete da Constituição produzir normas “*livremente, no exercício de discricionariedade*”, porquanto “estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios, que interprete*”<sup>135</sup> (grifos do autor).

Assim, a tese metafísica alicerçada nas cisões entre atos vinculados e discricionários, questões de fato e de direito, regras e princípios, direitos individuais e sociais, entre outras, não mais possui qualquer ressonância no mundo prático, sendo, pois, papel inadiável da doutrina o controle da discricionariedade como limitação do exercício do poder. Isso com o objetivo de pluralizar o debate democrático, possibilitando a formatação de bases para que a cidadania seja efetivada pela construção de uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e a Sociedade Civil. Não há discricionariedade imune a controle, de modo que se afigura vinculada aos direitos fundamentais e aos princípios.

#### 2.4 DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS: UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA PARA ALÉM DO IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA

A noção de direito subjetivo tem a sua feição moderna a partir do contributo teórico de Guilherme de Ockham, sendo que os fundamentos radicam no nominalismo, corolário do positivismo, cujo centro de gravidade é a figura do indivíduo. Desse modo, somente o “indivíduo é dotado de existência real, é o único centro de interesse, o único objeto autêntico de nossos conhecimentos [...] não pode haver ordem jurídica que não proceda da vontade individual”<sup>136</sup>.

O nominalismo<sup>137</sup> tem como premissa a noção de direito subjetivo como poder do indivíduo, cenário que trouxe importantes reflexos na compreensão de determinados institutos

<sup>135</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 209.

<sup>136</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 280.

<sup>137</sup> O nominalismo é a corrente que sustenta que “as coisas denominadas pelo mesmo termo nada têm em comum exceto isso; o que todas as cadeiras têm em comum é serem chamadas de ‘cadeiras’. Essa doutrina é habitualmente associada à tese de que tudo que existe são individuais particulares, não existindo, portanto, ‘universais’. [...] O nominalismo foi sugerido por Boécio e é um dos elementos mais importantes da filosofia de Ockam”. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 268. Para o nominalismo, “não pode haver uma lei natural geral realmente existente (nas ciências naturais também não: aquilo a que nestas se chama ‘leis naturais’, são meramente generalizações científicas). Só resta espaço para uma doutrina do direito natural subjectivista (‘idealista’), que não toma o direito natural como algo dado ou sequer preestabelecido, encarando-o pura e simplesmente

jurídicos, dentre eles a propriedade. Segundo Villey, tal corrente servirá de ponto de partida para as grandes filosofias do direito da era moderna, a exemplo de Hobbes, sendo que a ideia basilar do sistema jurídico radica na concepção de poder individual ou de direito subjetivo, e o seu derivado, a lei concebida como “emanação do poder individual”. O positivismo jurídico, como lembra o referido autor, “quis fundar todo o direito apenas sobre a vontade *dos homens*”, quadro que conduziu para as “ficções do contrato social”, a “idolatria” de uma “mítica ‘democracia’”, a “ditadura da força e do arbítrio”, o “estatismo” e o “reino absoluto sobre o direito do poder vigente”<sup>138</sup> (grifo do autor).

A leitura individual-patrimonialista da propriedade esteve enraizada em uma tradição histórica que ultrapassou séculos a fio, desaguando no âmbito da teoria do Estado, como se depreende de John Locke, que inseriu a propriedade como direito natural do cidadão, pertencente ao estado de natureza. A transposição, por intermédio do contrato social, para o estado civil, tinha como finalidade a consolidação jurídica do direito individual de propriedade.

O marco teórico do solipsismo, do indivíduo isolado em uma ilha, tal como a figura de Robinson Crusoe, de Daniel Defoe, representou o império da vontade de poder, princípio epocal da modernidade, cuja desconstrução tem início no século XX, em face do contributo da matriz hermenêutica de Heidegger (“Ser e Tempo”) e de Gadamer (“Verdade e Método”).

A difusão da concepção de direito subjetivo como poder subjetivo ocorreu em razão da lógica do conflito da dogmática jurídica, para a qual “a realidade é o conflito, e a comunidade, uma ficção”. Dessa maneira, pensar o “direito subjetivo na perspectiva conflitiva do indivíduo auto-interessado significa pensá-lo como a possibilidade de sujeitar os outros ao próprio arbítrio, significa pensá-lo como direito subjetivo”<sup>139</sup>.

A construção das identidades reclama a inserção do ser no espaço comunitário, campo em que surgem as três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação (Arendt).

---

como um ‘produto da teoria’. É evidente que um tal ‘direito natural’ está inapelavelmente colocado num plano inferior ao do direito positivo, legislado e não tem hipótese de se lhe impor – por exemplo, face a uma *lex corrupta*. O nominalismo foi sempre um precursor e companheiro do positivismo, a doutrina da soberania exclusiva das leis positivas”. KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 81.

<sup>138</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 295.

<sup>139</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. Os desafios dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56. set./dez. 2005. p. 69. O autor defende uma concepção de direito subjetivo como justo subjetivo, noção vinculada à teoria aristotélico-tomista da justiça, assinalando, em tom crítico, que “conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade [...]”. *Ibid.*, p. 75.

Nessa linha, todas “as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens [...]”<sup>140</sup>.

O incremento da técnica e da economia de mercado traduziu-se em conquistas civilizatórias e, paradoxalmente, retrocessos na esfera interpessoal, contribuindo para a superficialidade dos relacionamentos e o reforço de um individualismo possessivo. Prova disso é a figura do *homo economicus*, que pauta seu agir por uma lógica eficientista e utilitarista.

É preciso, pois, uma reconstrução hermenêutica do direito subjetivo como um horizonte para além do debate entre o positivismo jurídico e o direito natural, mediante a desconstrução do pensamento calcado na relação sujeito-objeto. Daí se extrai que a concepção do direito subjetivo como “poder do indivíduo” cede espaço diante da intersubjetividade e da concepção de expectativas positivas de realização de prestações ou expectativas negativas de omissão de lesões – estejam ou não associadas a faculdades ou poderes<sup>141</sup>.

Os direitos fundamentais são os direitos ou as posições jurídicas ativas das *personas* enquanto tais, consideradas individual ou institucionalmente, com assento na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material, daí a classificação entre direitos fundamentais *em sentido formal e em sentido material*<sup>142</sup>.

Nessa senda, os direitos econômicos, sociais e culturais têm origem na Revolução Francesa, intensificando-se no embate histórico entre a classe trabalhadora e a burguesia, já no decorrer do século XIX, sendo que, no começo do século XX, as referências jurídicas fundamentais foram as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). A nota de distinção dos direitos sociais é a sua dimensão positiva, de modo que não se cuida mais de “liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 31.

<sup>141</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta 2011. p. 605. Sobre o tema da reconstrução hermenêutica da concepção de direito subjetivo, a partir da figura da desapropriação judicial em razão da posse-trabalho, nos termos do artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, remete-se ao seguinte estudo: LIMA, Vinicius de Melo; COSTA, Marcelo Cacinotti. Perspectivas hermenêuticas da noção de direito subjetivo: desapropriação judicial e posse-trabalho. In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 2014. Disponível em: <<http://ww.conpedi.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

<sup>142</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 9.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47. Os direitos de segunda dimensão “não englobam apenas os direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e

A ideia do Estado Social tem como precursor Lorenz Von Stein, o qual, em 1850, escrevia que havia terminado a época das revoluções e das reformas políticas para começar a das revoluções e reformas sociais. A correção pelo Estado dos efeitos disfuncionais da sociedade industrial competitiva não é somente uma exigência ética, senão também uma exigência histórica. A democracia tem dois momentos, o político e o social, sendo que primeiro atua como pressuposto para conseguir o social e este é a plena realização dos valores de liberdade e igualdade proclamados pela democracia social. Todavia, a formulação da ideia do Estado Social de Direito se lhe deve ao contributo de Herman Heller, para o qual somente tal paradigma pode ser uma “alternativa válida frente à anarquia econômica e frente à ditadura fascista e, portanto, somente ele pode ser a via política para salvar os valores da civilização”<sup>144</sup>.

Há uma nítida compreensão no sentido de que os direitos de primeira dimensão não satisfazem o ideal de uma vida boa, haja vista que se limitam ao dever negativo ou de abstenção do Estado na esfera das liberdades individuais, ensejando, na prática, uma igualdade meramente formal.

A problemática dos direitos humanos não é tanto a da justificação, mas sim, a da sua efetiva proteção. E tal tarefa afigura-se mais difícil no âmbito dos direitos sociais (incluindo-se os econômicos, culturais e ambientais), haja vista que reclamam uma intervenção ativa do Estado<sup>145</sup>. Os direitos humanos aparecem como um “conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”<sup>146</sup> (grifo do autor).

---

ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

<sup>144</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2005. p. 14-7. (Tradução nossa).

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 80-4.

<sup>146</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 50. (Tradução nossa). Enquanto os direitos fundamentais designam os direitos humanos positivados a nível interno, a fórmula “direitos humanos” é empregada usualmente no plano das declarações e das convencionais internacionais. A dimensão do direito subjetivo significa a faculdade reconhecida à vontade dos particulares, ao passo que a concepção dos direitos públicos subjetivos – teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek (*status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis*, *status positivus socialis*), acrescida do *status positivus socialis* e do *status activus processualis*, respectivamente, os direitos sociais e a garantia de participação ativa dos interessados na formação dos atos públicos) –, enquanto autolimitação do poder soberano do Estado, deve ser substituída pela noção de direitos fundamentais, “entendidos como limitação que a soberania popular impõe aos órgãos que dependem dela”. *Ibid.*, p. 32-6.

Tendo em vista a necessidade de uma igualdade material ou substantiva, a concepção de direitos sociais implica na busca das condições existenciais para uma vida digna, o que demanda um agir positivo do ente estatal. Tal quadro se reflete, para além dos direitos trabalhistas, na concretização dos direitos à saúde, à educação, à alimentação, à previdência, à assistência social dos desamparados, dentre outros.

O deslocamento do capital para a economia, fragilizando as relações de trabalho, quadro típico de uma “sociedade de consumidores”, representa “o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas”<sup>147</sup>.

A pobreza não se limita à falta de comodidades e ao sofrimento físico, abrangendo uma condição social e psicológica, de tal modo que ser pobre significa estar excluído do que se considera uma “vida normal”, “não estar à altura dos demais”. Há um processo de transformação das pessoas em mercadorias, exprimindo que os pobres da sociedade de consumo são os consumidores defeituosos ou frustrados, isto é, expulsos do mercado e, em face disso, excluídos do “banquete social” que compartilham os demais, sendo que a única saída é a de superar tão vergonhosa inaptidão como consumidor<sup>148</sup>.

Tomando em conta o cenário da América Latina, é possível afirmar a estratificação condicionada economicamente “degenera em relação de sobreinclusão e subinclusão nos sistemas funcionais, do que decorre que a exclusão primária bloqueia o correspondente código sistêmico funcionalmente estruturado”. Um dos graves paradoxos da sociedade contemporânea é que a forma de diferenciação que se afigura como exigência para o funcionamento dessa sociedade não possui as condições sociais de realização na maioria dos países e regiões do globo terrestre<sup>149</sup>.

Em uma perspectiva de fundamentação dos direitos sociais fundamentais, Arango propõe como conceito: “*Uma pessoa tem um direito fundamental definitivo concreto a um mínimo social para satisfazer suas necessidades básicas se, pese a sua situação de urgência,*

---

<sup>147</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 71.

<sup>148</sup> Id. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 53-4. Da “sociedade de produtores” – ao tempo da sociedade moderna, em sua fase industrial –, passou-se para uma “sociedade de consumidores”, sendo que a “maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel”. Id. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 88.

<sup>149</sup> NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 205.



*o Estado, podendo atuar, omite injustificadamente fazê-lo e lesiona com isso a pessoa*<sup>150</sup> (grifo do autor).

Diante do déficit de prestações positivas afetas ao Estado, em razão da omissão dos poderes executivo e legislativo, opera-se um deslocamento dos conflitos em direção ao poder judicial, em face do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. A exigibilidade dos direitos sociais conduz a uma (re)visitação em torno de alguns conceitos e pré-juízos cristalizados no imaginário dos juristas, tais como a separação entre atos administrativos vinculados e discricionários, a reserva do possível (a qual merece reservas), bem como a cisão em relação aos direitos, liberdades e garantias<sup>151</sup>, porquanto a pessoa humana é que é o fim do Estado e não o contrário.

Ferrajoli propõe uma redefinição do direito subjetivo, mediante a compreensão em torno de expectativas positivas de realização de prestações ou a expectativas negativas de omissão de lesões – estejam ou não associadas a faculdades ou a poderes<sup>152</sup>.

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, é pluridimensional, lançando suas bases nas relações entre os seres humanos, para além dos limites de cada indivíduo. O rosto da democracia realça a dimensão comunitária do ser, livre e responsável<sup>153</sup>. A ideia em torno de uma responsabilidade hermenêutica busca a densificação

<sup>150</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. p. 346. Este conceito dos direitos sociais é “abstrato, geral, que reflete a estrutura lógica de todos os direitos sociais fundamentais, é dizer, os direitos à alimentação, à educação, à atenção médica, à moradia, à seguridade social e ao trabalho”. Na fundamentação filosófica, parte da premissa segundo a qual há claras vantagens de um conceito bem desenvolvido de direito subjetivo, expondo cinco argumentos fundamentais: a) concretiza a segunda condição apresentada por Rawls (a urgência) para os *constitutional Essentials*, ao adotá-la como característica dos direitos subjetivos; b) a intuição de Michelman a respeito da possibilidade de um reconhecimento dos direitos sociais inominados no texto constitucional era correta; c) o referido conceito trabalha com uma teoria discursiva dos direitos que permite diferentes razões para direitos (não somente a autonomia); d) cria uma ponte para superar a brecha aberta por Alexy com seu modelo em três etapas de direito subjetivo; e e) assinala que a fundamentação não pode lograr-se com ajuda de uma concepção abstrata e *a priori* das necessidades fundamentais (como em Rawls, Habermas ou Wiggins), com a reformulação do conceito de direito subjetivo, sem que isso suponha uma concepção metafísica dos direitos subjetivos. *Ibid.*, p. 347.

<sup>151</sup> No caso português, Jorge Miranda procura evidenciar um tratamento sistemático dos direitos fundamentais, sendo que, mesmo compartindo da tese dualista – da qual se diverge na presente tese, conforme se verá no seu decorrer – recusa a fazer dela um “contraste radical” e afastando “maneiras de compreender os direitos sociais que os fragilizam gravemente: quer tomando-os como direitos especiais frente aos direitos, liberdades e garantias, quer tomando-os como direitos relativos, direitos a prestações não vinculadas ou meras pretensões jurídicas, quer negando-lhes justiciabilidade. E sem deixarmos de conferir todo o relevo ao regime dos direitos, liberdades e garantias, temos considerado que os direitos sociais são susceptíveis de beneficiar, em parte, de formas de tutela próximas ou idênticas, como o respeito do conteúdo essencial, a possibilidade de aplicação directa e até a eficácia perante particulares [...]”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 149-50.

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta 2011. p. 605.

<sup>153</sup> Conforme Bolzan de Moraes, “pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas includentes de uma política democrática, alicerçada nos direitos

de parâmetros de racionalidade decisória em prol da eficácia dos direitos sociais, atentando, ainda, para o déficit democrático de posturas ativistas ou decisionistas.

Reportando-se à jurisprudência pátria, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 75659<sup>154</sup>, no *caso da Favela Pullman*, reconheceu o princípio da função social da posse e da propriedade como integrante do conteúdo do direito subjetivo. No referido caso concreto, cuidava-se de favela localizada na cidade de São Paulo, que tem origem em um antigo loteamento, datado de 1955, sem a destinação adequada, por anos a fio, sendo invadida e ocupada pelos possuidores. A ação reivindicatória foi julgada procedente em primeiro grau, condenando os ocupantes à desocupação da área. Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação dos demandados, com amparo na função social da propriedade e da posse. Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a densidade social da propriedade, a qual não atendeu à destinação adequada pelos proprietários<sup>155</sup>.

Uma perspectiva hermenêutica dos direitos sociais como direitos subjetivos deve estar associada a uma expectativa legítima de pretensão, à luz da intersubjetividade que caracteriza o ser humano como ente de relação, sendo que a função social da posse convoca ao Direito o mundo prático dos conflitos sociais. É preciso uma caminhada hermenêutica para além das abstrações legais, mediante a carga moral vinculativa dos direitos humanos e fundamentais, além da integridade do Direito produzido democraticamente.

---

humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial (?). MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

<sup>154</sup> A ementa tem o seguinte teor: “Ação reivindicatória. Terrenos de loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do CC anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c os arts. 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ – Súmula 7-STJ. III. Reurso especial não conhecido” (REsp 75.569, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma do STJ, j. 21-6-2005).

<sup>155</sup> Em comentário sobre o caso da Favela Pullman, Tartuce afirma que “a decisão é revolucionária por introduzir a função social no próprio conceito de propriedade. Concluiu-se que quem não cumpre com essa função social não tem o domínio, não havendo sequer legitimidade ativa para a ação reivindicatória. A função social ganha um sentido positivo, pois deve ser dada uma utilidade coletiva à coisa”. Refere, ainda, que “pode-se pensar que invasores do imóvel têm a seu favor a aplicação da desapropriação privada, o que não seria possível caso a boa-fé a ser considerada fosse subjetiva. Em casos assim, devem ser confrontadas as posses dos envolvidos, prevalecendo a *melhor posse*, aquela que atenda à função social. Foi justamente o que ocorreu no outrora comentado *caso da Favela Pullman*. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 863, 872-3.

## 2.5 DIREITOS SOCIAIS E NEOCONSTITUCIONALISMO(S): O PROBLEMA DO CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

Os direitos fundamentais e as Constituições democráticas passam a exercer papel substancial na interpretação e na aplicação do Direito, campo no qual adquiriu relevo o modelo do neoconstitucionalismo.

A matriz teórica neoconstitucionalista constitui uma corrente doutrinária que se distancia do positivismo jurídico, apontando, todavia, para o protagonismo judicial. Comanducci<sup>156</sup> propõe uma análise sobre os três tipos de neoconstitucionalismo contemporâneo: teórico, ideológico e metodológico.

O neoconstitucionalismo, como teoria do Direito, está caracterizado pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença de princípios e regras na Constituição e por algumas peculiaridades no tocante à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. O enfoque está centrado na estrutura e no papel que assume a Constituição nos sistemas jurídicos, adotando ora um “modelo descritivo de Constituição como norma”, ora um “modelo axiológico de Constituição como norma”. Enquanto o primeiro modelo circunscreve-se a designar um conjunto de regras jurídicas positivas que são fundamentais e estruturantes, na perspectiva da hierarquia do ordenamento jurídico, o segundo modelo observa a Constituição como um valor em si, assumido pela atividade interpretativa dos Tribunais Constitucionais<sup>157</sup>.

O neoconstitucionalismo ideológico coloca em um plano principal o objetivo de garantir os direitos fundamentais, ao passo que a limitação do poder estatal é posto em um plano secundário – ao contrário do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Isso porque o poder estatal, no âmbito dos sistemas jurídicos democráticos, não é mais visto com receio pela ideologia neoconstitucionalista, que se caracteriza pelo apoio ao modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito. Ao adotar o modelo axiológico da Constituição como norma, propugna por uma obrigação moral de obediência à Constituição e às leis conformes à Constituição<sup>158</sup>.

Já o neoconstitucionalismo metodológico sustenta a tese da conexão necessária entre o Direito e a moral, mediante uma ponte construída com base nos princípios constitucionais e

---

<sup>156</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: COMANDUCCI, Paolo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Tradução de Perfecto Andrés et al. 2. ed. Trotta: Madrid, 2005. p. 75-98.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 83-5.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 85-6

nos direitos fundamentais. A seu turno, o positivismo jurídico está alicerçado na tese das fontes sociais do Direito e da não conexão necessária entre o Direito e a moral<sup>159</sup>.

Duarte e Pozzolo identificam as seguintes características do neoconstitucionalismo: 1) Pragmatismo: o sentido do pragmatismo estaria relacionado com o conceito de Direito orientado à prática, impulsionado por uma dimensão política; 2) Ecletismo (sincretismo) metodológico: o neoconstitucionalismo requer uma via entre a analítica e a hermenêutica, com a aproximação de um conjunto de metodologias para a aplicação do Direito; 3) Principlismo: o argumento dos princípios, juntamente aos argumentos da correção e da injustiça, aceita a conexão entre o Direito e a moral; 4) Estatalismo garantista: a solução dos conflitos exige a presença das instituições estatais, ou seja, a existência de mecanismos institucionais voltados à proteção dos direitos fundamentais; 5) Judicialismo ético-jurídico: a elaboração de juízos de adequação e de justificação de natureza ética ao lado dos elementos jurídicos, em atenção à tese da conexão entre Direito e moral; 6) Interpretativismo moral-constitucional: a intervenção dos juízos de valor na interpretação deve tomar em consideração os valores morais da pessoa humana na aplicação da Constituição; 7) Pós-positivismo: o neoconstitucionalismo constitui um modelo axiológico-normativo do Direito e não meramente descritivo; 8) Juízo de ponderação: na resolução dos casos difíceis, o juiz recorrerá à ponderação entre os princípios constitucionais; 9) Especificidade interpretativa: tal concepção de interpretação constitucional decorre do modelo prescritivo da Constituição como norma; 10) Ampliação do conteúdo da norma fundamental: o neoconstitucionalismo discute o problema da validade jurídica, defendendo a inclusão, no conceito de norma fundamental, de conteúdos morais, sendo que o argumento da injustiça funciona como uma pretensão de correção do sistema normativo; 11) Conceito não-positivista de Direito: a concepção positivista se limita ao direito positivo, no plano da vigência, sendo que o neoconstitucionalismo aponta para o Direito que deve ser, inserindo no âmbito da validade das normas jurídicas um grau mínimo de justificação ética<sup>160</sup>.

Dentre as críticas veiculadas ao neoconstitucionalismo, releva notar o argumento que aponta para o fato de que o modelo ideológico implica na diminuição da certeza do Direito, derivada da técnica da ponderação dos princípios constitucionais. Tal aspecto contribui para o aumento da discricionariedade dos juízes e a indeterminação *ex ante* do Direito. Entende

<sup>159</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: COMANDUCCI, Paolo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Tradução de Perfecto Andrés et al. 2. ed. Trotta: Madrid, 2005. p. 86-7.

<sup>160</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 64-72.

Comanducci que, na situação atual, a criação ou a ponderação de princípios, caso a caso, não são atividades que perseguem o valor da certeza do Direito, mas sim, outros objetivos, destacando-se a delegação de poderes para determinar o conteúdo do Direito, vale dizer, a hetero e ou autoatribuição aos juízes de uma parte do poder normativo<sup>161</sup>.

O neoconstitucionalismo concebe a Moral como corretiva ou externa ao Direito – diferentemente da proposta teórica de Dworkin, ao compreender o Direito como integrante da moralidade política, aproximando-se da tese da co-originariedade entre Direito e Moral, de Habermas –, cumprindo destacar a advertência de Canotilho diante da sobrecarga principialista, a qual transporta riscos teóricos, metódicos e políticos, a saber:

[...] Em primeiro lugar, a redução metodológica dos princípios tende a minimizar as autorreferências ético-deontológicas de natureza material e, pior do que isso, em vez de abastecer as raízes de uma filosofia prática ao serviço de uma concretização pós-positivista dos princípios constitucionais fundantes e estruturantes da República brasileiros, acaba por revelar pouca atractividade pelos *princípios de governo* que animaram as discussões do neoconstitucionalismo fundador. O ‘achamento do método’ corre pelas vias de uma metódica constitucional segundo os princípios da proporcionalidade, da racionalidade e da justiça. Em segundo lugar, o caminho da extrinsecação principialista do direito ergue à qualidade de alavanca de Arquimedes o princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Esta perspectiva metódica tem o mérito de recolher com incisividade um dos princípios materialmente fundantes da comunidade, mas tende a estreitar o leque de bens e de direitos ponderativamente relevantes no contexto de um Estado constitucional democrático [...]. Não deixa de ser significativo que a jurisprudência constitucional em torno da dignidade da pessoa humana escamoteie a autonomização de direitos sociais (ex.: direito ao salário mínimo, subsídio de desemprego) e converta a ideia da dignidade em esquema argumentativo de uma cultura jurídico-cultural dos mínimos existenciais (‘mínimo de existência condigna’)<sup>162</sup> (grifo do autor).

Ferrajoli denomina tal corrente teórica de constitucionalismo principialista ou argumentativo, caracterizado pela crítica ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; pelo papel dos princípios e da ponderação; e pela concepção do direito “como uma prática jurídica”, confiada à atividade dos juízes. Em relação ao último aspecto, visualiza

<sup>161</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 93. É bem verdade que Comanducci faz uma crítica à tese da leitura moral da Constituição, de Ronald Dworkin, pois sustenta que não há uma moral comum na sociedade, mas sim, um pluralismo ético. O debate entre a unidade e o pluralismo valorativo foi abordado no tópico referente à liberdade.

<sup>162</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 49-50.

uma aproximação do constitucionalismo principialista com o realismo, ou seja, o direito seria aquilo que, na realidade, dizem os tribunais<sup>163</sup>.

Já Dworkin, cujo contributo teórico resulta em uma teoria política normativa e em uma teoria da decisão judicial, também se distancia do modelo do neoconstitucionalismo, ao desenvolver limites e vínculos para a construção de respostas corretas, ou seja, hermeneuticamente adequadas à Constituição. Para Dworkin, não há colisão entre os princípios, os quais reclamam uma leitura harmônica e integrativa, a partir das ideias da “unidade do valor” e “comum-unidade”, dentro de uma reconstrução da história institucional e da leitura moral do Direito (não se trata de uma moral qualquer, mas da moralidade política instituída no Direito).

Assim, tanto a teoria integrativa de Dworkin quanto o constitucionalismo garantista de Ferrajoli, e, entre nós, a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), rechaçam o neoconstitucionalismo para a interpretação e a aplicação das normas de direitos fundamentais, em razão dos riscos do subjetivismo e do decisionismo. A referida corrente teórica não superou o positivismo normativista, em razão do solipsismo metódico, contribuindo para o incremento do ativismo judicial<sup>164</sup>.

## 2.6 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: RUMO A UMA JURISTOCRACIA?

A concretização dos direitos fundamentais no horizonte delineado pela interpretação constitucional reclama uma compreensão em torno da integridade do ato decisório e suas consequências na vida das pessoas.

Com efeito, a jurisdição, na atual quadra da história, não se limita à resolução dos conflitos, mas sim, à implementação da democracia por intermédio do processo. A decisão judicial demanda uma racionalidade para além do mero exercício da lógica, compondo a

<sup>163</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

<sup>164</sup> Streck afirma ter se afastado do neoconstitucionalismo porque ele aposta em “elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, *quem escolhe os princípios a serem ponderados?*”. Em sua perspectiva do *Constitucionalismo Contemporâneo*, a juridicidade não se dá por subsunção ou dedução, mas na “*applicatio*, em que interpretar e aplicar *não* são atos possíveis de cisão”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 129-30.

experiência dinâmica e plural dos problemas constitucionais, em especial diante da insuficiência das prestações sociais afetas ao dever de proteção estatal.

Em relação ao tema da expansão do poder judicial, Tate e Vallinder assinalam as principais condições facilitadoras de tal fenômeno: a democracia, a separação de poderes, a política de direitos, o interesse de grupos na utilização das Cortes, o uso da Corte pela oposição, a inefetividade das instituições majoritárias, a percepção da maior respeitabilidade ou legitimidade das instituições judiciais em relação às governamentais, bem como a delegação da resolução de temas políticos por parte das instituições majoritárias ao poder judicial<sup>165</sup>.

É possível falar, com Wolfe, da existência de três “eras” da interpretação constitucional, a partir do crescimento do controle jurisdicional (*judicial review*), quais sejam: a) era tradicional, a qual tem início com o estabelecimento da Constituição e se estende até 1890, caracterizada pela assunção de que a Constituição era inteligível e substantiva, estabelecendo princípios que eram definidos e claros para ser cumpridos como as leis, em vez de generalidades vagas; b) era transicional: durante o segundo estágio do *judicial review*, a Suprema Corte adotou uma particular compreensão dos direitos de propriedade garantidos pelo direito natural, por intermédio de um capitalismo *laissez-faire*. A referida fase teve início em 1890 e perdurou até 1937, tendo como um dos exemplos o clássico caro *Lochner v. New York* (1905), a partir do qual a Corte reconheceu o poder de os Estados regularem as matérias relativas à vida, saúde, moral, e bem-estar em geral, mas sustentou que este poder possui limites, de tal modo que a liberdade de contratar foi o fundamento empregado para afastar o limite máximo da jornada de trabalho prevista em lei no Estado de Nova Iorque em relação à atividade de trabalho em padarias. Segundo Wolfe, isso demonstrou ser muito mais uma questão de vontade – ou de legislação da Corte – do que julgamento ou interpretação; c) era moderna, após 1937, caracterizada por uma compreensão de que todo o julgamento era legislativo. Destaca que o realismo jurídico foi ligado ao positivismo jurídico, sendo que ambas as correntes sustentaram um poder de criação judicial do Direito, agregando um importante componente legislativo ao julgamento, mediante a modificação judicial de regras de estabelecimento de precedentes à luz de novas circunstâncias e experiência. O principal caso foi o *Brown v. Board Education* (1954), que eliminou a segregação oficial nas escolas<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörnd. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 28-32.

<sup>166</sup> WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 3-7.

A esse respeito, Garapon afirma que o deslocamento do centro de orientação da democracia do Estado rumo ao direito e à justiça pode levar a uma substituição do espaço da política, e que o “ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”<sup>167</sup>.

A judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouco relevo à diferenciação entre o direito a um julgamento justo e a solução de questões de identidade coletiva que são centrais à construção da nação. Tal aspecto é denominado por Hirschl como “judicialização da megapolítica” ou da “política pura”. O autor mapeia três categorias abrangentes de judicialização, que intitula “três faces da política judicializada”: a) a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; b) a judicialização da elaboração de políticas públicas mediante decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; c) a judicialização da “política pura”, consistente na transferência aos tribunais de temas nitidamente políticos acerca da legitimidade de regimes e identidades coletivas de comunidades inteiras<sup>168</sup>.

A diferença entre a segunda e a terceira judicialização, conforme reconhece o autor, é “sutil, mas importante”, encontrando-se, em parte, na “distinção qualitativa entre questões primariamente de justiça processual, de um lado, e dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentadas por toda a nação, de outro”. A garantia de justiça processual em contratações feitas com o Estado, na perspectiva da construção de uma administração pública livre de corrupção, bem como o alcance do direito a um julgamento rápido no processo penal são questões importantes de judicialização da elaboração de políticas públicas. A seu turno, são de significativo relevo político questões envolvendo o “lugar da Alemanha na União Europeia, o futuro de Quebec e da federação canadense, a constitucionalidade do acordo pós-*Apartheid* na África do Sul, ou das ações afirmativas nos

<sup>167</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 50-2.

<sup>168</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 251, maio/ago. p. 141, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em: 1º maio 2015. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: “judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”); dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição – ou *raison d’être* – da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional”. Assinala o autor que o resultado disso é a “transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas”, em um processo de “transição para a juristocracia”. *Ibid.*, p. 146-7.



Estados Unidos”. Ainda que a diferença entre o segundo e o terceiro níveis de política judicializada dependa, de igual maneira, da percepção do que é “político”, entende Hirschl ser possível traçar uma distinção a partir da diferença qualitativa de relevância política do assunto ou tema tratado<sup>169</sup>.

Dentre os fatores que impulsionam a megapolítica judicializada, afirma que os tribunais constitucionais não operam em um vácuo institucional ou ideológico, sendo que sua jurisprudência está vinculada aos conflitos sociais, políticos e econômicos concretos que conformam um determinado sistema político. Uma judicialização de “baixo para cima” tem maior probabilidade de ocorrer em ambientes nos quais as instituições judiciais são percebidas por movimentos sociais e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, efetivos e imparciais do que as instituições governamentais, tidas como “muito burocráticas” e disfuncionais. A delegação de questões políticas controvertidas ao Judiciário também poder ser adotada para transferir responsabilidade dos atores políticos, mediante uma espécie de “redirecionamento da culpa”, a fim de evitar dilemas complexos ou o colapso de coalizões de governo. Essa tendência de ampla judicialização da megapolítica, além de impor um sério desafio ao princípio da separação de poderes, marca a transição para a “juristocracia”, ou seja, o “governo com juízes”<sup>170</sup>.

O fenômeno da juristocracia mostra-se perceptível em escala global, em diversos países, como os da América Latina, Canadá, Nova Zelândia, Israel, África do Sul, entre outros, proveniente das reformas constitucionais que transferiram uma expressiva parcela de poder das instituições representativas para as judiciárias<sup>171</sup>.

Em termos democráticos, refere o autor, há o risco de uma “rejeição da responsabilidade política” por parte das legislaturas, afirmando que

[...] A crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância política representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, ou até mesmo uma abdicação de poder, por parte de legislaturas eleitas, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões políticas. Pode prejudicar a própria essência da política democrática

<sup>169</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 251, maio/ago. p. 141, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em: 1º maio 2015. p. 147-8.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 164-5.

<sup>171</sup> *Id.* *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1-4. O pensamento de Hirschl pode ser estruturado a partir de três principais críticas: a) crítica à importação de teorias sem uma análise contextual, em especial a utilização da experiência estadunidense, em contextos diversos; b) crítica à indexação entre democracia e constitucionalismo (e/ou ativismo judicial), pois o ativismo não se limita à expansão do poder judicial, pressupondo uma análise substancial; c) crítica à atribuição de poderes ao Judiciário. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 94-6.

como um empreendimento que envolve a deliberação aberta – e muitas vezes controversa – entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não passá-los a outros. Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos – que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípios, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do ‘redirecionamento de culpa’, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política<sup>172</sup>.

A existência de um tribunal ativista e não deferente aos órgãos eleitos, segundo Hirschl, “é condição necessária, mas não suficiente, para o ativismo judicial sistemático e para a judicialização da megapolítica”, destacando que o incentivo à judicialização por parte da esfera política é uma condição tão significativa quanto o comportamento judicial. Logo, não se pode depreender que os juízes e tribunais são “os principais culpados pela abrangente judicialização da política”, o que seria uma “narrativa simplista demais”, haja vista que a “transição para a juristocracia é, sobretudo, um fenômeno político, e não jurídico”<sup>173</sup>.

Por outro lado, expressiva corrente doutrinária recepcionou equivocadamente no cenário jurídico brasileiro o ativismo judicial norte-americano, olvidando-se do contexto contingencial no qual o mesmo foi debatido.

Conforme já referido, o ativismo nem sempre esteve associado à adoção de práticas judiciais progressistas, ou seja, possui uma face conservadora: prova disso foi a sua forte incidência para legitimar o *New Deal* pela Corte Constitucional em detrimento das expectativas de obediências às regras voltadas à proteção dos trabalhadores em seu ambiente de trabalho<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 251, maio/ago. p. 165, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em: 1º maio 2015.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 173-4.

<sup>174</sup> Nesse sentido, Streck ressalta que nos Estados Unidos “a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história” e que o ativismo, em tal país, foi feito “às avessas num primeiro momento”. Destaca que “o típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *New Deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt. As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juízes, e não o resultado de um *sentimento constitucional* acerca dessa problemática”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 288.

O ativismo judicial, segundo Dworkin, é uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”<sup>175</sup>, mediante o qual o juiz ignoraria o texto constitucional em favor de seu próprio ponto de vista, lançando uma interessante argumentação crítica a partir da sua concepção do direito como integridade:

[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política [...]. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes política que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania<sup>176</sup>.

Entre nós, Ramos define o ativismo judicial como o exercício da função judicante para além dos “limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Assinala, também, que a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa”, destacando que se no positivismo clássico a “interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo

---

<sup>175</sup> Dworkin, em crítico, adverte que o “pragmático adota uma atitude cética em relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grande erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”. O pragmatismo estimula os juízes a decidir e a agir “segundo seus próprios pontos de vista”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002. p. 185-6.

<sup>176</sup> Id. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-2.

judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador [...]”<sup>177</sup>.

Streck traça uma diferença entre ativismo e judicialização da política, assinalando que um juiz ou tribunal pratica ativismo quando “decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”; já a judicialização, consoante afirma o autor, é um “fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensamos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]”<sup>178</sup>.

Em pesquisa sobre o tema, Vanice do Valle afirma que a associação entre ativismo e judicialização da política “não parece se revelar trilha segura, pelas dificuldades em identificar, em uma realidade de constituição analítica e de sistema de controle de constitucionalidade amplo”, bem como em razão do “pouco que esse vetor de análise possa contribuir do ponto de vista de Direito comparado”. Sustenta a prática de um ativismo jurisdicional no Supremo Tribunal Federal, destacando que a referida Corte, mediante uma postura ativista, vem “redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição”, situação que implica na mudança de seu peso “no concerto político da relação entre os poderes”<sup>179</sup>. Em obra sobre os diálogos institucionais e o ativismo judicial, ressalta-se que o ativismo jurisdicional se traduz em estratégias de reinvidicação de competências que, *a priori*, não lhe seriam de plano reconhecidas<sup>180</sup>.

A judicialização da política é um problema contemporâneo e contingencial, diferenciando-se do ativismo judicial, o qual afeta a “teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito”. O ativismo judicial surge como “ato de vontade” do Poder Judiciário, tratando-se de uma “conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições”,

<sup>177</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308. Exprime o autor que uma “das principais causas do recrudescimento do ativismo judiciário é, contudo, de ordem institucional, reportando-se à ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático desenhado pela Carta de 1988”. *Ibid.*, p. 314.

<sup>178</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589 (nota 123).

<sup>179</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39-40.

<sup>180</sup> SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 20. Os autores partem da centralidade da pessoa em busca de arranjos institucionais alternativos ao modelo de supremacia judicial, mediante as teorias dialógicas (diálogos institucionais entre o Judiciário e o Legislativo para a promoção dos direitos fundamentais e a prevenção de práticas judiciais ativistas).

decorrendo da “análise de uma determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade”<sup>181</sup>.

Em que pese o dissenso em torno da conceituação do ativismo, o dado concreto é que o mesmo está relacionado à interferência do poder judicial nos demais poderes constituídos, revelando-se, sobretudo, em uma ampliação da competência jurisdicional que tem por base a ideia de interpretação como ato de vontade ou comportamental, em afronta ao texto constitucional, podendo trazer como risco a instituição de uma espécie de “governo dos juízes”<sup>182</sup>. A judicialização da política, por sua vez, é mais ampla, decorrendo da modificação do polo de tensão para o Judiciário em decorrência da inércia administrativa e da omissão legislativa, sendo, pois, contingencial. Ademais, a “vinculação jurídica da política, a ser realizada pela Constituição, só se tornou muitas vezes eficaz pela introdução da jurisdição constitucional”<sup>183</sup>.

O ativismo judicial insere-se dentro da denominada “crise funcional do Estado”, conforme a classificação sugerida por Bolzan de Moraes<sup>184</sup>, o qual ressalta a centralidade assumida pela função jurisdicional e, em especial, pela jurisdição constitucional. A disputa pela efetivação dos direitos, em especial os de natureza social, passa a ser um traço característico contemporâneo, debatendo-se os limites da jurisdição em face do princípio da separação dos poderes. Montesquieu já assinalava que, para não se “abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. Não há liberdade se “o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”, porquanto se “estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”, bem como se “estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56. A autora observa com acerto que a “postura ativista deriva, por sua vez, de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam a aparência de juridicidade”, destacando que “o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito”, sendo, ainda, um problema de “cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos”. *Ibid.*, p. 148.

<sup>182</sup> Nesse sentido, ver SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

<sup>183</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho: Belo Horizonte: Del Rey 2006. p. 17.

<sup>184</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56-62.

<sup>185</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166, 168.

### 2.6.1 Decisionismo e *bypass* constitucional

A democracia presidencialista, em especial o modelo de presidencialismo de coalizão vigente no Brasil, conduz à apreciação, pela jurisdição constitucional, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, da omissão do Executivo e do Legislativo no trato das políticas públicas e da governabilidade. Abranches<sup>186</sup> destaca que a democracia no Brasil é de coalizão, seguindo a matriz do presidencialismo americano, o que demanda a construção de acordos políticos e coalizões entre partidos de diferentes agremiações, rumo à disputa pelo poder político. Tal quadro se vê agravado pelo fenômeno da corrupção, minando a confiança da sociedade na representação democraticamente constituída, por força do sufrágio universal, havendo, pois, distanciamento e déficit de responsividade às demandas sociais. Estas, por sua vez, são levadas ao Judiciário, na forma de reivindicações de grupos de interesse, em face do não atendimento ou da recusa na esfera dos poderes eleitos, cenário em que a judicialização da política acaba por resultar em ativismo judicial, com a ampliação das competências e da interferência da jurisdição em matérias afetas à arena da política.

O neoconstitucionalismo, ao apostar no poder discricionário judicial para a resolução, por ponderação, das colisões entre direitos fundamentais, contribui como um dos fatores do ativismo judicial. Da literalidade da lei à consciência do julgador, percorreu-se uma via na qual a axiologização dos princípios adquiriu terreno em determinadas correntes jurisprudenciais, havendo, inclusive, quem afirme a existência de um “princípio da discricionariedade”.

A “única resposta correta” (*one right answer*) é apresentada por Dworkin como um ataque ao positivismo jurídico, calcado na discricionariedade judicial, como uma maneira que criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo no Direito. Tal não obriga que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do Direito. Assim, não há um “método” para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, ou seja, não há como garantir, do ponto de vista metodológico, que estejamos certos. A verdade surge não como correspondência lógica ou matemática, mas como coerência, dentro da cadeia da interpretação.

A resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas sim, da

---

<sup>186</sup> ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 31, n. 1, 1988. p. 27-32.

*reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito.* Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito)<sup>187</sup>.

As instituições, na percepção de Castoriadis, “são impossíveis fora de um simbólico em segundo grau e constituem cada qual sua rede simbólica”, para o qual “as sentenças do tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em um outro nível”<sup>188</sup>.

O que está em jogo, em síntese, é de que maneira é possível o controle democrático do poder judicial (contramajoritário), diante da discricionariedade judicial, nomeadamente em situações para além dos limites previstos na Constituição, sobretudo na esfera dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). A título de ilustração, a demasiada utilização de determinados instrumentos processuais sob o argumento da celeridade da prestação jurisdicional, tais como a súmula impeditiva de recursos, a repercussão geral e a súmula vinculante, resulta em uma “resposta” do sistema judiciário no plano da verticalidade, que pode trazer prejuízos ao direito fundamental de acesso à justiça.

A concepção de “poder simbólico”, apregoada por Pierre Bourdieu, tem em seu núcleo fundamental a ideia de legitimidade das instituições, de modo que o poder somente é ignorado como arbitrário na medida em que reconhecido pelos cidadãos. O reconhecimento está intrinsecamente vinculado ao respeito à autonomia e à dignidade humana, sendo que o processo jurisdicional tem se mostrado um valioso mecanismo de concretização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

A interpretação da Constituição não pode ficar refém de um ativismo judicial, fruto de uma lógica *bypass*<sup>189</sup>, isto é, que distorce o compromisso com a efetividade da Constituição

<sup>187</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187.

<sup>188</sup> Toda “visão funcionalista conhece e deve reconhecer o papel do simbolismo na vida social. Mas é só raramente que ela reconhece sua importância – e tende, então, a limitá-la”. CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 142.

<sup>189</sup> Canotilho assinala que “**O problema é, afinal, neste contexto, o de saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direção constitucional dos direitos sociais.** O limite que os tribunais constitucionais invocam, em geral, é o de que não lhes pertence interferir nas *políticas públicas* – e com esta posição de princípios estamos fundamentalmente de acordo. Resta saber se o *ecological approach* da função judicial não vai entrar decisivamente na extrinsecação dos direitos sociais. Aqui, a resposta é clara: **o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante ele, reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.** Isto obrigará a desenvolvimentos doutrinários que estão fora da economia deste trabalho. Chamar-se-á apenas a atenção para a questionabilidade de recentes decisões dos tribunais administrativos chamados a pronunciarem-se sobre ações cautelares contra o encerramento de maternidades de serviço de urgência, de estabelecimentos de ensino. Nestes casos, **a separação de funções entre governo**

em toda a sua substancialidade. A indiferença que deriva da (des)aplicação das normas constitucionais, pode implicar no malferimento da democracia no âmbito do processo jurisdicional.

Do dirigismo constitucional e das possibilidades hermenêuticas da interpretação da Constituição – a despeito de certa guinada promovida pelas recentes reflexões doutrinárias desenvolvidas por Canotilho<sup>190</sup>, tomando em conta o cenário de integração comunitária no espaço da União Europeia –, não é dado retroceder a um estado de *bypass*, o qual desvia para uma rota secundária o reconhecimento recíproco que deve(ria) reger a vida comunitária.

O ativismo judicial viola a responsabilidade política orientada ao cumprimento da Constituição, cumprindo ao intérprete, pois, buscar na tradição, na integridade e na autenticidade espaços de interlocução entre o Direito e a Política. A estrutura da racionalidade comporta uma “dobra” composta pelo “como apofântico” e pelo “como hermenêutico”, aquele de natureza lógico-cartesiana, ao passo que este aponta para uma dimensão interpretativa do Direito<sup>191</sup>. A abstração dos conceitos e dos métodos abre um fosso entre o

---

**responsável por políticas públicas e tribunais julgadores de litígios entre entidades públicas e privadas pode obrigar a novas precisões dogmáticas sobre as ‘political questions’ colocadas nos tribunais administrativos**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ‘Bypass’ social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 267-8 (grifos nossos).

<sup>190</sup> Conforme Canotilho, em seu prefácio à segunda edição da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, “dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”. Id. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XXIX-XXX. Em relação ao caso do Brasil, todavia, refere Canotilho que “a dimensão política da ‘constituição dirigente’ tem uma força sugestiva relevante, quando associada à ideia de estatalidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos à estatalidade articulada com o **projecto da modernidade política**. Este projecto, sucessivamente implementado, **respondeu a três violências** (“triângulo dialéctico”) através da categoria político-estatal. Respondeu à **falta de segurança e de liberdade**, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à **desigualdade política**, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a **pobreza** – mediante esquema de socialidade. A **‘Constituição dirigente’ permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projecto de modernidade**. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social –, não se compreende o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social)”. Id. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 137-8 (grifos nossos).

<sup>191</sup> Na lição de Stein, com apoio em Heidegger, “o *como* hermenêutico é o *como* do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua. Seja-nos



Direito e a realidade, um distanciamento metafísico entre a teoria e a pragmática que compromete a eficácia social das normas constitucionais.

É preciso mudar a perspectiva da jurisdição para o processo jurisdicional democrático, de modo a que as partes tenham a garantia de influência e participação no conteúdo da decisão jurídica, a fim de que possam legitimamente ver recaídos os efeitos decorrentes do provimento jurisdicional.

Dá a importância da superação do paradigma positivista da discricionariedade judicial, que confere ao juiz a possibilidade de decidir a causa com base em seu livre convencimento, ainda que, *a posteriori*, lance os motivos de sua convicção. Tal cenário é condizente com o solipsismo judicial, onde o magistrado, tal como Crusoé, preso em uma ilha deserta (consciência), não compartilha das expectativas comunitárias em torno da produção de respostas constitucionalmente adequadas.

Como sustenta Streck, ao criticar o abuso na utilização dos princípios, o que denomina de *pamprincipiologismo*, “[...] se de um lado a comunidade jurídica fabrica princípios no atacado, no varejo isso não vem servindo para muita coisa”. Os princípios “acabam sendo a ‘pedra filosofal da interpretação’, cujo resultado não é ouro, mas, sim, chumbo”. Sustenta, ainda, que “os princípios, no modo ‘valorativo’ como são ‘fabricados’, acabam colaborando para a reificação do direito, pela qual se transforma ideias em ‘coisas’[...]”<sup>192</sup>.

---

permitido usar esta palavra: há uma ambiguidade fundamental no homem e por haver esta ambiguidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 21-2.

<sup>192</sup> STRECK, Lenio. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148. Com o “pamprincipiologismo, ocorre uma fragilização daquilo que é ponto central do novo direito (pós-bélico, como diria Mário Losano): o seu elevado grau de autonomia. Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador”. Ilustra sua posição com o seguinte exemplo: “o caso do recente arquivamento de inquérito ou procedimento que imputava improbidade administrativa a um Governador de Estado, por ter utilizado o jatinho de um grande empresário para ir a uma festa. O dono da festa era um empresário que possui grandes negócios (muito grandes) com aquele Estado. Mas, o que importa, *in casu*, foi o uso do jatinho. O procedimento foi arquivado sob a alegação de que a conduta do Governador teria ferido apenas (sic) a ética, mas não configurava violação à legislação no âmbito da improbidade. Observe-se como o princípio da moralidade não serviu para nada. Veja-se a fragilização do direito. Princípios são normas? São mesmo? Pra valer? Ou isso só serve para fazer dissertações e teses?”. *Ibid.*, p. 148-9.

## 2.6.2 Limites da interpretação constitucional: da teoria das fontes à teoria da decisão jurídica democrática

Uma compreensão do sentido e das condições de possibilidade da Constituição exige fundamentalmente: a) uma nova teoria das fontes: a Constituição tem força normativa e sua aplicação independe de norma infraconstitucional regulamentadora, em especial na esfera dos direitos fundamentais; b) uma nova teoria da norma: o Direito não é composto apenas de regras, mas também de princípios; c) uma nova teoria hermenêutica: a hermenêutica não é uma mera técnica de interpretação, mas sim, filosofia que projeta o *ser-aí* como referencial para o estudo do direito e da decisão jurídica, bem como seus reflexos no mundo prático<sup>193</sup>.

Os limites da interpretação apontam para as recepções equivocadas no direito brasileiro, quais sejam: 1) a jurisprudência dos valores, com a visão da Constituição como “ordem de valores”; 2) a ponderação alexyana, com a transformação pelos tribunais da regra da ponderação em um princípio; e 3) o ativismo norte-americano, que, em um primeiro momento, teve conteúdo conservador, vocacionado a um liberalismo econômico, mediante a declaração de inconstitucionalidade de medidas intervencionistas do governo Roosevelt<sup>194</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, veja-se, a propósito, a decisão proferida na Reclamação 4335-5, cuja compreensão hermenêutica poderá trazer reflexos em torno do próprio sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, em face da leitura do artigo 52, X, da Constituição Federal. A Corte, por maioria, entendeu que houve um processo de mutação constitucional do referido dispositivo, competindo ao Senado meramente dar publicidade às decisões do STF em controle difuso, mediante resolução, em que pese o texto faça referência expressa à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pela Corte.

É preciso diferenciar a reforma e a mutação constitucional, pois, enquanto a primeira implica em uma modificação do texto, esta significa, por sua vez, uma mudança do sentido do texto ou da “norma”, em virtude da atividade interpretativa judicial.

O conceito de mutação constitucional foi introduzido pela primeira vez na ciência do Direito Constitucional por Laband, sendo tratado de maneira mais ampla por Jellinek. A mutação constitucional constitui um fenômeno através do qual se produz uma mudança na aplicação das normas constitucionais, de tal modo que as palavras do texto constitucional que

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 51. Propõe a “tese da *descontinuidade*” pela qual os “princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito. Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo”. *Ibid.*, p. 57.

permanecem sem alteração se lhes atribui paulatinamente um sentido diferente daquele atribuído originariamente. É tanto um problema de interpretação, como um problema de tensão entre o direito constitucional e a realidade, consequência dos desenvolvimentos que têm lugar de forma exógena à norma<sup>195</sup>. A mutação constitucional não pode se converter em um princípio “normal” de interpretação, sob pena de esvaziamento da força normativa da Constituição, de maneira que a mutação do significado de um preceito somente pode dar-se no marco do sentido e da finalidade de uma norma: ambos são passíveis de concreção, mas não discricionariamente interpretáveis. Caso contrário, estar-se-á abandonando os limites de uma interpretação segura, o que é vedado ao aplicador da norma, diante das fronteiras entre o Direito e a Política<sup>196</sup>.

Lenio Streck, em artigo escrito em co-autoria com Martonio Barreto e Marcelo Cattoni, sobre o caso que envolve a Reclamação 4335-5, teceu críticas em relação à pretendida correção da Constituição, pela via interpretativa adotada por alguns Ministros do Supremo, sem o crivo democrático do Legislativo<sup>197</sup>.

Há limites para a interpretação que decorrem do próprio texto enquanto “evento”, o qual está associado à historicidade do ser-aí, ao mundo prático, razão pela qual a intersubjetividade é *conditio sine qua non* do fundamento decisório. Em suma, não há espaço, na democracia, para que um juízo decisório tenha por fundamento a consciência do julgador, sob pena de se institucionalizar um solipsismo que se opõe às expectativas normativas em torno da construção de um Estado Democrático de Direito.

A linguagem não pode, pois, ser instrumentalizada ou ser uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto; a linguagem é condição de possibilidade<sup>198</sup>, é constitutiva do ser enquanto

<sup>195</sup> STERN, Klaus. *Derecho de la Republica Federal Alemana*. Tradução de Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 335.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <[http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo\\_lennio07pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lennio07pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.

<sup>198</sup> No “*campo filosófico*, operou-se uma verdadeira invasão da filosofia pela linguagem, proporcionando uma revolução no modo de compreender o mundo. Supera-se, assim, o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Afinal, se no paradigma da metafísica clássica os sentidos ‘estavam’ nas coisas e na metafísica moderna ‘na mente’ (consciência de si do pensamento pensante), nesta verdadeira guinada pós-metafísica *os sentidos passam a se dar na e pela linguagem*. Em outras palavras, é possível dizer, desde logo, que a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica”. STRECK, Lenio Luiz.

integrado no ambiente comunitário. Daí a importância em torno de um controle ou uma avaliação do processo de construção decisória, à luz das balizas democráticas que tomam assento na participação no curso do processo de tomada de decisão.

A responsabilidade e a integridade da decisão são imperativos éticos do processo jurisdicional democrático, traçando novos enfrentamentos ao princípio do devido processo legal, em sentido formal (observância dos procedimentos) e em sua concepção substancial (igual consideração e efetividade dos direitos fundamentais).

A construção de uma teoria da decisão judicial exige cinco princípios fundamentais para a adoção de uma hermenêutica adequada ao projeto constitucional brasileiro: 1º) preservar a autonomia do direito; 2º) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; 3º) o efeito respeito à integridade e à coerência do direito; 4º) o dever fundamental de justificar as decisões, ou seja, fundamentar a fundamentação, pois motivação não é igual à justificação; 5º) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada<sup>199</sup>.

Uma decisão deve passar pelo filtro desses cinco princípios, mediante a análise dos questionamentos a seguir:

- a) Está sendo respeitada a autonomia do direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune aos predadores endógenos e exógenos do direito?
- b) Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidir conforme ‘minha concepção sobre o direito’, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?
- c) Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* dessa decisão possui caráter de universalidade?
- d) Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?
- e) Essa decisão está respeitando o direito fundamental a se ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada com fundamento no direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo, como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?<sup>200</sup>

---

*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 402-3.

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 322-38.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 338.

E como filtro final, o autor afirma que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei em seis hipóteses: a) quando a lei foi inconstitucional; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, o que implica em uma adição de sentido ao artigo de lei, a fim de que haja plena conformidade da norma com a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, ou seja, permanecendo a literalidade do texto, mas com alteração de sua incidência, com expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação (abdução de sentido); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, excluindo-se uma palavra de maneira a conduzir à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos não como enunciados retóricos ou performativos, mas em seu caráter deontológico no sentido da *applicatio* hermenêutica<sup>201</sup>.

Os direitos sociais, por sua natureza, pedem para a sua execução uma intervenção ativa do Estado, que frequentemente se prolonga no tempo. À diferença dos direitos tradicionais, para cuja proteção mostra-se suficiente que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais exigem uma permanente ação do Estado, “com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”<sup>202</sup>.

A responsabilidade está inserida dentro de uma epistemologia moral, sendo associada à coerência, à integridade e ao *accountability* hermenêutico, que decorrem da garantia de fundamentação da decisão jurídica democrática. O percurso argumentativo, pois, é de fundamental importância para a tese que ora se desenvolve, não havendo, contudo, um “método” para se garantir a obtenção da boa resposta ou da resposta adequada à Constituição. Isso porquanto a resposta constitucionalmente adequada é construída a partir de argumentos de princípio, tomando-se por base as leis, os atos normativos e, designadamente, a Constituição Federal de 1988.

---

<sup>201</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 347-8.

<sup>202</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 41. Todavia, admite a discricionariedade judicial nos direitos sociais, apregoando que “nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes, haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. *Ibid.*, p. 42. Diverge-se, pois, de Cappelletti no que toca ao reconhecimento do poder discricionário dos juízes, defendendo-se a concepção de trunfo dos direitos sociais como limite hermenêutico ao decisionismo judicial.

A antítese da responsabilidade é o decisionismo político ou judicial, mediante a fragilização da autonomia do Direito em função da Política, quadro que pode desaguar, inclusive, em patologias corruptivas, de modo a afetar a relação de confiança entre os cidadãos e o Estado. É o que se estudará no capítulo seguinte.

### 3 PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

O capítulo em curso trata do fenômeno da corrupção e os seus efeitos no que toca à concretização dos direitos sociais, justamente a antítese da ideia de responsabilidade hermenêutica, pautada na construção de uma alternativa teórica para a superação do problema da discricionariedade. A ampliação dos espaços de discricionariedade interpretativa, independentemente da esfera de poder instituído (Executivo, Legislativo ou Judiciário), contribui para um decisionismo que fere as expectativas legítimas da sociedade, razão pela é preciso denunciar os *poderes selvagens* (Ferrajoli), sobretudo os poderes político e econômico, alicerçados no patrimonialismo e no estamento. A ideia de uma governança responsável e a implementação de mecanismos de *accountability* e de transparência surgem como instrumentos de efetivação da democracia constitucional e da concepção do Povo como “princípio” (Dworkin) ou destinatário e partícipe das prestações civilizatórias (Müller).

#### 3.1 IMBRICAÇÕES ENTRE O DIREITO, A DEMOCRACIA E O POVO: DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA À PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA

A Grécia foi o berço da democracia direta, em especial Atenas, onde o povo, reunido na Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”<sup>203</sup>.

A palavra democracia deriva do grego “*démokratía*”, de “*dêmos*” = povo, + “*Kratía*” = força ou poder, sendo que a primeira referência está em Tucídides (455-398), colhida na oração fúnebre de Péricles aos atenienses mortos na guerra do Peloponeso<sup>204</sup>.

Platão (A República) e Aristóteles (Política) tinham uma compreensão de que a democracia não poderia ser uma forma de governo adequada, pois não levava em conta a origem dos representantes, tampouco suas condições sociais e vivência.

Para se fazer história, é preciso levantar suas suspeitas: a) suspeita do poder: seu objeto é sempre um elemento do poder, o exercício da autoridade formalizada pelo direito; b) suspeita do romantismo: a história do direito que se fez antes foi uma história romântica. Savigny, embora fosse um homem do seu tempo, sustentou que a lei deveria contar o “espírito do povo”; c) suspeita das continuidades: para escapar de uma história legitimadora do *status*

<sup>203</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288.

<sup>204</sup> RIBEIRO, Darcy Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96, nota de rodapé 326.

quo, é indispensável pensar que fomos precedidos por gerações diferentes de nós e seremos sucedidos por gerações diferentes destes; d) suspeita da ideia de progresso e evolução: adverte o autor diante das concepções organicistas e evolucionistas, sobretudo em virtude da contingência e da abertura do mundo e da história<sup>205</sup>.

Rousseau assinalava que o governo democrático convém aos pequenos Estados,

[...] em que seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa conhecer facilmente todos os outros; segundo, uma grande simplicidade de costumes que previna o grande número de dificuldades e discussões espinhosas; em seguida, muita igualdade nas classes e nas fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir por muito tempo nos direitos e na autoridade; e, enfim, pouco ou nenhum luxo, pois ou o luxo é o efeito das riquezas ou as torna necessárias; corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse, outro pela cobiça; vende a pátria à lassidão e à vaidade; subtrai ao Estado todos os seus cidadãos para sujeitá-los uns aos outros, e todos à opinião<sup>206</sup>.

Para Tocqueville,

A ideia dos direitos outra coisa não é senão a idéia da virtude introduzida no mundo político. É com a idéia dos direitos que os homens definiram o que era a licença e a tirania. Esclarecido por ela, pôde cada um mostrar-se independente sem arrogância e submisso sem servilismo. O homem que obedece à violência curva-se e se faz servil; quando, porém se submete ao direito de mandar que reconhece a seu semelhante, eleva-se, de certa forma, acima daquele mesmo que o comanda. Não existem grandes homens sem virtude; sem respeito aos direitos, não existem grandes povos; quase poderia

<sup>205</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4-6. Em relação ao tema das continuidades, cita a escravidão no Brasil: “A história demonstra que ela foi uma invenção muito particular. Falar em escravos na América portuguesa e no Brasil novecentista pouco tem a ver com a escravidão do mundo antigo: para começar a escravidão do mundo antigo não se envolve na produção do excedente colonial e não é etnicamente exclusiva. Depois, lembremos que, quando se começa a fazer a escravidão americana, o regime servil já havia desaparecido quase que de fato. Logo, a legitimação da presença de escravos faz-se aqui com elementos jurídicos muito diferentes dos tradicionais. Quando os juristas debatem entre nós, na segunda metade do século XIX, a abolição (da escravidão), o tema proeminente do debate é o direito de propriedade dos senhores. A constituição imperial, entre os direitos individuais inalienáveis, registrava o direito de propriedade: como abolir a escravidão sem indenizar os senhores pelo seu ‘direito adquirido’?”. Por seu turno, no que tange à Grécia clássica, ressalta a existência de “muitas diferenças de classe nas cidades gregas e em Atenas. Ao lado dos proprietários rurais, latifundiários, que tendiam a formar a oligarquia conservadora, estavam os hoplitas, artesãos, agricultores, homens livres, que favoreciam uma democracia moderada. Restavam também os miseráveis, abertos a uma democracia radical. Muitas das reformas feitas ao longo da história ateniense são resultado destas lutas sociais. Aristóteles considerava um traço constitutivo da democracia ateniense a proibição da servidão por dívidas”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5 e 21.

<sup>206</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 83-4. Na sequência, em tom pessimista, afirma que “se houvesse um povo de deuses, haveria de governar-se democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens”.



dizer-se que não há sociedade; pois, que vem a ser uma reunião de seres racionais e inteligentes, cujo único laço é a força?<sup>207</sup>.

O poder, a partir do momento em que não é mais vinculado “à pessoa do Rei, ou a outros pressupostos transcendentais, difunde-se pelo social, obrigando os governantes a justificarem as suas decisões, sob a pena de tornarem-se ilegítimos”. Isso porque “o *topos* do poder torna-se vazio, passando a pertencer a todos e a ninguém, extrapolando o Estado”, o que não significa dizer que o Estado “não continue como o pólo fundamental das decisões, mas implica um deslocamento da noção de soberania, que, de monopólio de UM, passa ao social”<sup>208</sup>.

Lefort ressalta que a denúncia dos vícios da legislação e das iniquidades no funcionamento da justiça, mostrando como a sacralização da propriedade oculta a oposição entre capital e trabalho, evidencia a dimensão simbólica dos direitos do homem, levando a reconhecer que ela se tornou constitutiva da sociedade política. Ignorar tal aspecto, mediante a subordinação da prática jurídica à manutenção de um “sistema de dominação e de exploração, ou confundir o simbólico e o ideológico, impede ver a lesão do tecido social que resulta da denegação do princípio dos direitos do homem no totalitarismo”<sup>209</sup>. Questiona se a luta pelos direitos do homem torna possível uma nova relação com a política, interrogando-se acerca das condições de um pensamento e uma ação política em ruptura com a ideologia, respondendo a indagação de maneira afirmativa. Não limita o argumento à observação do totalitarismo, pois os direitos do homem são anulados e que, em razão disso, os dissidentes se contrapõem ao fundamento político do sistema. Os direitos são “um dos princípios geradores da democracia”, radicando da adesão que lhes é dada, vinculada a uma “maneira de ser em sociedade cuja medida não é fornecida pela simples conservação das vantagens adquiridas”. Em suma, observa Lefort, “os direitos não se dissociam da consciência dos direitos”, de maneira que

[...] essa consciência dos direitos se encontra tanto melhor partilhada quando as marcas das liberdades se tornam visíveis pelas leis. Assim, a consciência do direito e sua institucionalização mantêm uma relação ambígua. Esta implica, por um lado, a possibilidade de uma ocultação dos mecanismos indispensáveis ao exercício efetivo dos direitos pelos interessados, em decorrência da constituição de um corpo jurídico e de uma casta de especialistas; por outro lado, fornece o apoio necessário à consciência do direito [...]. Entretanto, já que falamos da sociedade democrática, observemos que a dimensão simbólica do direito se manifesta ao mesmo

<sup>207</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. São Paulo: Itataia, 1987. p. 184.

<sup>208</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Paulo: Unisinos, 2005. p. 179.

<sup>209</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 75.

tempo na irredutibilidade da consciência do direito a toda objetivação jurídica, o que significaria sua petrificação num corpo de leis, e na instauração de um registro público em que a escrita das leis – como escrita sem autor – só tem por guia o imperativo contínuo de um deciframento da sociedade por ela mesma<sup>210</sup>.

Ao cuidar do tema da participação política, Moreira Neto parte de três premissas fundamentais: 1º) Todo poder emana do povo e em seu nome e com ele deverá ser exercido; 2º) A democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto *praxis*, é uma técnica social para compor interesses diversos; 3º) As instituições nascem, desenvolvem-se e, quando não mais são úteis, desaparecem<sup>211</sup>. Refere, ainda, que apenas “pela *participação* é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo”<sup>212</sup>.

Bobbio parte de uma definição mínima de democracia, de caráter procedimental, destacando que a mesma é “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Prossegue o referido doutrinador, mencionando que a regra

<sup>210</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 76. Além da consciência dos direitos, na perspectiva de uma nova relação com o político, afirma o autor que a “primeira tarefa não é inventar; é interpretar, elevar à reflexão uma prática que não é certamente muda, mas que, necessariamente difusa, ignora seu alcance na generalidade do social e cujas formações políticas não podem, por natureza, extrair a verdade, que elas se empenham somente em utilizar e, em parte, não sem sucesso, em desarmar”. Salienta que as reivindicações em torno dos direitos (operários e empregados, mulheres, homossexuais, etc.) formam um *poder social* como resistência às coerções que pesam sobre as atividades e as relações sociais, sendo que tais reivindicações “testemunham um sentimento difuso da justiça e da reciprocidade ou da injustiça e da ruptura da obrigação social. Eis porque uma exclusão do circuito do emprego aparece aos indivíduos como muito mais que um prejuízo, muito mais que um sinal do poderio arbitrário do patronato: como uma denegação do direito, de um direito social”. *Ibid.*, p. 78-9. Anota Rocha que “como Lefort e outros pensadores têm procurado ressaltar, embora exista de fato um conteúdo ideológico nos direitos humanos, estes não se esgotam na dominação. Isto por dois motivos: o primeiro é a constatação que se acabou de fazer de que um regime político que desrespeita os direitos humanos é inevitavelmente (essencialmente) totalitário; o segundo motivo é a constatação de que justamente a ausência do respeito aos direitos humanos tem sido uma bandeira de crítica contra o autoritarismo e o totalitarismo. Os direitos humanos possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído. Os direitos humanos possuem uma ambigüidade significativa que lhes atribui simultaneamente um sentido negativo, ideológico, e um positivo, reivindicador. Ora, nesta perspectiva, eles são políticos enquanto canais simbólicos para a produção de novos sentidos. Para Lefort, a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento (Lefort: 1986)”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Paulo: Unisinos, 2005. p. 178.

<sup>211</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, XVII.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 35. Sustenta que “o *ideal* seria, portanto, que todos pudessem e efetivamente se dispusessem a participar diretamente, como se tem notícia, na breve e fulgurante democracia ateniense ou no Cantão de Uri, na Suíça. O *possível*, entretanto, até agora, tem sido a prática preferencial da intermediação de representantes que, *presumidamente*, decidirão de acordo com a vontade do povo, seus mandantes – uma participação *indireta*”.

fundamental da democracia é “a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”<sup>213</sup>.

Em relação às promessas não cumpridas da democracia, elenca as seguintes: a) o nascimento da sociedade pluralista; b) o problema da revanche dos interesses; c) a derrota do poder oligárquico; d) a ocupação dos espaços nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social; e) a eliminação do poder invisível (a publicidade como forma de controle); e f) a educação para a cidadania. As promessas não foram cumpridas por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em função de “transformações” da sociedade civil, assumindo relevo os seguintes: a) o governo dos técnicos (tecnocracia e democracia são antitéticas); b) o crescimento do aparato burocrático do Estado; e c) o baixo rendimento do sistema democrático como um todo (o debate em torno da “ingovernabilidade” da democracia). Apesar disto, ressalta que as promessas não cumpridas e os obstáculos não previstos “não foram suficientes para ‘transformar’ os regimes democráticos em regimes autocráticos”, fazendo um apelo aos valores, traduzidos nos ideais da tolerância, da não-violência e o da renovação gradual da sociedade através do debate de ideias e da mudança de mentalidades e do modo de viver<sup>214</sup>.

A democracia representativa visa assegurar condições para que o poder seja exercido em nome do povo e para ele, por intermédio de representantes eleitos democraticamente. A representação política está prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

#### A adjetivação social e democrático

sugere imediatamente a confluência, no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais, a

<sup>213</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 30-3. Salienta, ainda, que “o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado Democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais [...]. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado Democrático, quando caem, caem juntos”.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 34-52.

obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática<sup>215</sup>.

Consoante Streck e Morais,

[...] O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência<sup>216</sup> (grifos dos autores).

O pressuposto da democracia vem a ser o povo. Mas, afinal, quem é o Povo?

A partir da ideia em torno de uma democracia dualista, ou seja, com o contributo do processo político normal e a participação do povo soberano, sobretudo em momentos de força extraordinária, Ackerman aponta os três momentos de ruptura da história estadunidense: a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*. Em momentos específicos, a política é colocada diante de situações excepcionais, sendo que os “acontecimentos que catalisam a ascensão da consciência política têm sido tão variados quanto a história da nação: as guerras, as catástrofes econômicas ou os apelos emergenciais à consciência nacional”<sup>217</sup>. Conforme o autor:

[...] O governo dualista é particularmente adequado aos cidadãos cujo engajamento político varia substancialmente adequado aos cidadãos cujo engajamento político varia substancialmente de uma década para outra, de geração a geração. Em períodos de política constitucional, o sistema de reforma constitucional encoraja os cidadãos engajados politicamente a centralizarem-se em questões fundamentais e determinam se as soluções propostas merecem o seu apoio ponderado. Em momentos de política normal, o sistema impede que a elite política enfraqueça ‘pelas costas dos cidadãos’ as conquistas duramente obtidas pelo povo, exigindo que os

<sup>215</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 210; 212-3. Conforme o autor, o Estado Social e Democrático de Direito “reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante que, independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos invocados, afecta não só a Administração e o conjunto dos poderes constituídos, mas que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário. Assim, o poder de autodeterminação democrática da sociedade no Estado de Direito inscreve-se originária e obrigatoriamente nos limites demarcados por aquela vinculação material”.

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97-8.

<sup>217</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 6.

líderes se voltem para o povo e mobilizem o seu apoio ponderado antes que os princípios da fundação possam ser revistos de maneira democrática<sup>218</sup>.

Em obra voltada à temática da autoridade moral da Constituição como fundamento de validade do Direito Constitucional, Coutinho afirma que a fundação americana apresenta uma perspectiva moral, qual seja, uma “parametrização normativa centrada na ideia nuclear de que os homens são ‘criados iguais’”, de tal modo que a “normatividade escrita e não escrita que lhe corresponde é, pois legítima – e legitimamente aplicável em sede de *judicial review* – por referência última àquela perspectiva, assumida por diferentes gerações de americanos”. Assim, o constitucionalismo americano, considerados o Movimento Federalista, a Reconstrução, o *New Deal* ou o Movimento dos Direitos Civis, deve ser encarado como um “*constitucionalismo normativo historicamente evolutivo ou dinâmico, moldado segundo uma mesma parametrização normativa*”<sup>219</sup>.

<sup>218</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 7. O objeto central do estudo do Ackerman é a “adaptação não-convencional” decorrente dos processos históricos da Fundação (Federalistas), da Reconstrução (Republicanos) e do *New Deal* (Democratas), para além do artigo 5º da Constituição Americana, que prevê um processo de reforma complexo, decorrente do Federalismo Dual. O *New Deal* trouxe como mudança fundamental a utilização de “*indicações judiciais transformadoras* como uma ferramenta central para a mudança constitucional”, rejeitando as decisões principais do velho regime, como *Lochner v. New York* (que derrubou a legislação que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em nome da “liberdade de negociação”). Em que pese disserte na obra sobre a inadequação das regras jurídicas para regular os grandes movimentos do Direito Constitucional, explica que “quando colocadas lado a lado com um conjunto de princípios, instituições e precedentes, elas desempenham um importante papel de sustentação”, ressaltando a “importância da utilização de todos os recursos de interpretação jurídica, caso os constitucionalistas desejem sustentar a democracia dualista”. Além disso, salienta a necessidade de criação de uma Lei de Soberania Popular, tecendo críticas ao realismo jurídico, em especial no decorrer do último meio século, pois se transformou “em uma apologia para o *status quo* constitucional. Em vez de permitir que considerássemos alternativas para o sistema de indicação transformadora, ele zomba da ideia de que os Juízes têm o comprometimento de conferir sentido ao texto jurídico imperativo. Uma vez que essa premissa realista é absorvida, a noção de que o povo deve ditar ordens limitadoras do seu governo é excluída *a priori*: como os Juízes utilizarão a política em qualquer texto legal, a única maneira de transformar a Constituição é substituir esses profissionais. O caminho alternativo, descrito pela minha Proposta, seria simplesmente uma ilusão. [...] Por outro lado, quando mais seriamente a comunidade jurídica encarar a interpretação, mais o povo estadunidense será incentivado a realizar a árdua jornada pelo caminho formal da reforma constitucional, na esperança de que aos Juízes continuem sustentando seus compromissos textuais, bem depois que os inovadores tenham deixado o cenário de lutas políticas [...]. Todavia, se, como é provável, a Lei de Soberania Popular não for aplicada, resta aos nossos conterrâneos confrontarem os precedentes de criação legislativa do passado. Esses precedentes não são convencionais, mas representam a chave do sucesso estadunidense de exercer um auto-governo durante dois séculos. A chave está nas mãos dos profissionais do Direito norte-americano, eles têm o poder de jogá-la fora em nome de um falso realismo que nega a importância central do passado na formação do pensamento jurídico”. *Ibid.*, p. 10; 29; 538-43. Sustenta, ainda, que enquanto os Estados Unidos “permanecerem em uma democracia dualista, o fim de uma geração não deposita suas conquistas constitucionais em uma pilha de lixo. E se elas sobrevivem, elas não poderão mais depender das certezas enfáticas daqueles que estavam presentes na ocasião da sua criação. Elas somente podem florescer por meio dos esforços engajados dos cidadãos, dos juristas e dos estudiosos em refletir sobre o significado dos traços históricos que nos foram deixados”. *Ibid.*, p. 339.

<sup>219</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 413 (grifo do autor). A parametrização normativa recorre a um mesmo “princípio parametrizador de justiça, comunitariamente assumido pelo povo americano como

Müller, em sua obra “Quem é o Povo?” estabelece as seguintes denominações: a) “Povo” como povo ativo; b) “Povo” como instância global de atribuição de legitimidade (o povo legitimante); c) “Povo” como “ícone”; d) “Povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado e povo participante. Aduz o autor que “o povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, em regra, os cidadãos do respectivo país. O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva. E o que pode a população em meio a tudo isso? Pode também ela legitimar democraticamente, à sua maneira?”. Refere, também, que a última configuração corresponde ao povo-destinatário, bem como ao povo politicamente participante, nos termos do artigo 14 da Constituição de 1988, ao instituir as modalidades de plebiscito, referendo e iniciativa popular<sup>220</sup>.

Como infere Ribeiro, em sua análise acerca das concepções de “Povo”, a partir da obra referencial de Müller,

[...] enquanto o povo servir de baluarte para arbitrariedades estatais, ou apenas para tentar legitimar atitudes manifestamente contrárias aos interesses juridicamente resguardados e que se manifestam em concreto diante do ato jurisdicional instrumentalizado pelo processo, não teremos uma democracia condizente com o enunciado no texto constitucional. Portanto, na mesma medida em que o acesso à justiça é amplo, ampla também deve ser a definição de povo em um verdadeiro Estado de Direito que pretende ser legitimamente democrático<sup>221</sup>.

É preciso, pois, assentarmos a importância da participação no processo democrático, não analisando a democracia tão-somente sob o enfoque procedimental, na perspectiva de Bobbio, mas sim, substancial, campo em que, para além das regras do jogo, importa a observância dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Consoante Avelãs Nunes, o “alargamento da mancha de pobreza [...] é algo que põe em causa a própria civilização, nomeadamente as condições de vida em democracia”, haja vista que a pobreza “não significa apenas baixo nível de rendimento, ela priva as pessoas de

---

‘vontade geral’”, assinalando que essa “‘vontade geral’ constitui referente de legitimação, não de uma normatividade constitucional escrita estática, mas de uma normatividade constitucional escrita e *não escrita* dinâmica, cujo teor se viu actualizado no âmbito de cambiantes circunstâncias históricas”. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 418.

<sup>220</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67-8.

<sup>221</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

capacidades básicas para a preservação e afirmação da sua dignidade enquanto pessoas [...]”<sup>222</sup>.

A crise da representação política demonstra que a exigência democrática implica no reconhecimento aos cidadãos de uma “influência sobre as escolhas coletivas”, de modo que a “cidadania tende a ser tornar uma *cidadania ativa*”. Os direitos políticos dos cidadãos não se limitam à escolha dos representantes para a gestão dos negócios da cidade, implicando num “direito de opinião sobre as escolhas coletivas”. Logo, a democracia “de eleição” é substituída por uma democracia de “expressão” (pela tomada da palavra), por uma democracia “de implicação” (pelo debate) e por uma democracia “de intervenção” (pela ação coletiva)<sup>223</sup>.

O “ódio à democracia”, na perspectiva de Rancière, surge a partir de uma concepção que apregoa que tal regime possibilitaria o “individualismo democrático”, sendo que a democracia é uma crise da civilização que afeta a sociedade e, através dela, o Estado, nas perspectivas das liberdades, das ações afirmativas e das diferenças, em detrimento da ideia de universalismo.

Segundo o autor, as razões do “ódio” trazem a lume o seguinte questionamento: que significa viver em uma democracia? Podem ser enumeradas as regras que definem o mínimo para permitir declarar democrático um sistema representativo: mandatos eleitorais curtos, não acumuláveis, não renováveis; monopólio dos representantes do povo sobre a elaboração das leis; proibição aos funcionários dos Estados de ser representantes do povo; redução ao mínimo das campanhas e dos gastos de campanha; e controle da ingerência das potências econômicas nos processos eleitorais. Tais regras, que têm por finalidade assegurar o equilíbrio dos poderes, dissociando a representação da vontade geral em relação aos interesses particulares, não se aplicam em relação ao que se denominada de democracia na atualidade: eleitos eternos, que acumulam ou alternam funções municipais, regionais, legislativas ou ministeriais, e que sujeitam à população pelo laço da representação; governos que fazem as leis sem ouvir a população; representantes do povo massivamente resultantes de uma escola de administração; ministros ou colaboradores de ministros revinculados em empresas públicas; partidos financiados pela fraude nos contratos públicos; homens de negócios que invertem expressivas somas na persecução de um mandato eleitoral; patrões de impérios midiáticos privados que se apoderem através de suas funções públicas do império dos meios

---

<sup>222</sup> NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 202-3.

<sup>223</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 258 (grifo do autor).

públicos. Há, em suma, o aparelhamento da coisa pública por uma sólida aliança da oligarquia estatal e da oligarquia econômica<sup>224</sup>.

Cumpra afirmar que a crise política ou de representação política permeia as relações entre o Estado e a sociedade, de modo que a “*fantochização* da democracia” decorre do “desaparecimento de *alternativas reais de escolha*”, cenário que conduz o cidadão “a um processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes”<sup>225</sup>.

Tal quadro contribui para o incremento do ativismo judicial – matéria desenvolvida no primeiro capítulo –, sendo que o presidencialismo de coalizão que marca as relações entre o Executivo e o Legislativo, também baliza determinados temas de natureza política submetidos ao Judiciário, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de satisfazer sucessivas reivindicações de grupos minoritários que não foram atendidas pelos poderes eleitos.

Passa-se, pois, da figura do povo ao cidadão, na condição de titular de direitos subjetivos, seja em relação ao Estado, como em relação a outros particulares. A esse respeito, a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, respectivamente, de modo a estabelecer o balizamento da democracia constitucional. Dito de outro modo, a regra majoritária, *per se*, é insuficiente para uma compreensão autêntica do fenômeno democrático em suas estruturas fundamentais, de tal maneira que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são os alicerces nos quais a concepção do Estado (Democrático) de Direito encontra sustentáculo.

Ferrajoli defende que a noção puramente formal de democracia ignora o nexo existente entre a democracia política e os direitos constitucionalmente estipulados que operam como limites ou vínculos de conteúdo à vontade das maiorias, que de outro modo seria absoluta. É por isso que tais direitos conformam a *dimensão constitucional* da democracia, a

---

<sup>224</sup> RANCIÈRE, Jaques. *El ódio a la democracia*. Tradução de Eduardo Pellejero. Disponível em: <[www.doc-04-bk-apps-viewer.googleusercontent.com](http://www.doc-04-bk-apps-viewer.googleusercontent.com)>. Acesso em: 5 ago. 2015.

<sup>225</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71 (grifo do autor). O autor sustenta a construção de modelos democráticos alternativos, referindo que as “fórmulas da chamada *democracia participativa* talvez se constituam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que se apresentem como uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive, às insuficiências – outras – que esta enfrenta, em particular no que tange à formação da opinião em sociedades dominadas por sistemas de informação cujo controle público é diminuído, entre outros *obstáculos à democracia*, como referidos por Bobbio”. *Ibid.*, p. 73.



qual pode chamar-se *substancial*, enquanto referida à *substância*, ou seja, ao *que* proíbem ou obrigam a decidir as constituições<sup>226</sup>.

Em sua concepção co-participativa de democracia, Dworkin assinala as seguintes dimensões: a) soberania popular: é uma “relação entre o público como um todo e as diversas autoridades que compõem seu governo”, exigindo que “o povo, em vez das autoridades, seja senhor”; b) igualdade de cidadania: a “equidade entre os cidadãos exige que participem como iguais”, sendo que, para além da questão do sufrágio universal, a concepção co-participativa “exige que os cidadãos sejam iguais, e não só como juízes dos processos políticos, porém também como participantes deles”; e c) discurso democrático: a ação coletiva genuína demanda “interação”, de modo que “torne cada cidadão um parceiro da empreitada política”<sup>227</sup>.

Em sua obra *Is Democracy Possible Here?*, Dworkin afirma que se deve olhar aos princípios que identificam o valor mais abstrato em uma situação humana. O primeiro princípio, que o autor denomina de valor intrínseco, é o de que cada vida humana tem um tipo de valor objetivo. Já o segundo princípio, intitulado princípio da responsabilidade pessoal, diz que cada pessoa tem uma especial responsabilidade pela realização do sucesso da sua própria vida<sup>228</sup>. A democracia em parceria é um substantivo, em consonância com a moralidade política, diferentemente da concepção majoritária, de caráter procedimental. Em suma, a concepção majoritária de democracia é defeituosa porque tem em seu alicerce uma compreensão meramente estatística do fenômeno, ao passo que a democracia em parceria pressupõe a igualdade de consideração e o respeito ao autogoverno do cidadão.

Como afirma Lima, a “sobrevivência de uma constituição dirigente depende também do convencimento da sociedade de que esta constituição ainda vigora e que sua simbologia referencial não foi esquecida”<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 29.

<sup>227</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 509-13.

<sup>228</sup> Id. *Is democracy possible here? Principle for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 9-10. Segundo Dworkin, a concepção majoritária da democracia é puramente procedimental e independente de outras dimensões da moralidade política. A decisão é democrática mesmo se for muito injusta. Mas a concepção da democracia em parceria não compreende a democracia como independente do restante da moralidade política, sendo necessária uma teoria da igual parceria para decidir o que é ou não é uma decisão democrática, e precisamos consultar ideias sobre justiça, igualdade e liberdade em ordem a construir tal teoria. Então na concepção em parceria, a democracia é um substantivo, não meramente uma ideia procedural. *Ibid.*, p. 134.

<sup>229</sup> LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382. Defende, ainda, que “o raio de uma tal ação política inclui

### 3.2 DISFUNCIONALIDADES NA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E A SOCIEDADE: O DÉFICIT DE FRUIÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL

A oposição entre o Estado e o círculo familiar é expressa em *Antígona*, de Sófocles, sendo que Creonte “encarna a noção abstrata, impessoal da Cidade em luta contra essa realidade concreta e tangível que é a família”. Antígona, ao sepultar Polinice em contrariedade às regras estatais, atrai sobre si “a cólera do irmão, que não age em nome de sua vontade pessoal, mas da suposta vontade geral dos cidadãos”<sup>230</sup>.

A travessia pela ponte dos direitos fundamentais sociais reclama a correlação de forças entre o Direito e a Política, no sentido da construção de políticas públicas que atendam às expectativas comunitárias em torno da efetividade da Constituição.

Do simbólico ao real, é possível perceber que as promessas da modernidade (ainda) não foram cumpridas entre nós, nomeadamente em face de um “caldo de cultura” de corrupção. Lamentavelmente, as patologias corruptivas estão entranhadas na relação entre o poder estatal e a sociedade, demandando uma compreensão à luz de um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, o da redução das desigualdades sociais. Tal quadro merece uma releitura à luz de um breve resgate histórico no que toca às relações entre o Direito e a Política, nomeadamente na esfera do constitucionalismo pátrio.

Com efeito, é sabido que, com a Constituição Imperial de 1824, admitiu-se no Brasil o denominado voto censitário, ou seja, apenas as pessoas que possuíssem recursos financeiros poderiam escolher os representantes políticos para o exercício das funções públicas<sup>231</sup>. O

---

instrumentos da sociedade – intelectuais, partidos políticos por exemplo – mas também engloba setores do próprio Estado, nas mãos de um governo sinceramente comprometido com a manutenção da ideia constituinte, como os poderes Legislativo e Judiciário, especialmente se se dispõe de uma corte controladora da constitucionalidade das medidas de governo”.

<sup>230</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141. É interessante a perspectiva conferida por Holanda à tragédia retratada em *Antígona*, de Sófocles, pois parte justamente de uma leitura das relações entre o Estado e os cidadãos para além do individualismo, em face da necessidade de separação das esferas pública e privada. Acentua que “o processo pelo qual a lei geral suplanta a lei particular faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade”. *Ibid.*, p. 142.

<sup>231</sup> Segundo Adorno, existiam modos diversos de se conceber a prática liberal, a partir de fórmulas abstratas e universalizantes, tais como soberania popular, liberdade de manifestação, igualdade jurídica, representação política, de modo que as reivindicações dos movimentos emancipatórios espalhavam as pretensões em conformidade com a origem, respectivamente, nas elites proprietárias rurais ou nos grupos urbanos pauperizados. Assim, “para as elites proprietárias rurais a agenda liberal significou progresso, liberdade, modernização e civilização, não obstante implicasse paradoxalmente que mantinha a propriedade escrava, não tinha pretensões democratizantes, não revelava intenção de transformar o país numa república e sequer se baseava na premissa da igualdade jurídica, política e social. Para os grupos urbanos pauperizados, ao contrário, a liberdade e a igualdade significaram ‘o fim da miséria, das diferenças de cor, de privilégio, de fortuna e de ocupação de cargos preferenciais’”. Prossegue o autor no sentido de que, durante quase todo o século XIX, e nas primeiras décadas após a independência, “o modo concreto de dominação esteve marcado pela indeterminação das fronteiras entre o público e o privado, entre a sociedade civil e a sociedade política”.

Estado apresenta estrutura estamental (classes), sendo que, quanto ao conteúdo, o patrimonialismo vem atrelado ao cargo público, em uma concepção extensiva da propriedade, como se o titular fosse o verdadeiro dono do cargo. Destacou-se o modelo monárquico liberal e a instituição do Poder Moderador, acima dos demais Poderes, que, em realidade, se concentrou nas mãos do monarca<sup>232</sup>.

No Brasil-Império, assumiu papel de relevo o Conselho de Estado, com a função de órgão consultivo, composto por juristas, originalmente criado como auxiliar do Poder Moderador, o qual passou a desenvolver extensa atividade interpretativa, inclusive mediante respostas às dúvidas vindas do próprio sistema judiciário, examinando a constitucionalidade da legislação provincial. Uma das temáticas tratadas pelos conselheiros foi a escravidão, sendo que o Conselheiro Nabuco apontou os “malefícios da campanha abolicionista”, contrariando o filho Joaquim Nabuco no *Abolicionismo*. Um “escravo condenado perpetuamente é uma propriedade perdida... A implicação disso era que o escravo se transformara em livre, embora condenado”. Assim, enquanto as reformas tendentes à abolição não tinham início, cumpria ao Conselho “regular juridicamente o processo de adaptação do direito constitucional liberal do Império às circunstâncias dos escravos. Essa parece, é a função e forma de jurisprudência do Conselho”<sup>233</sup>.

Isso decorre em razão da confusão entre as esferas pública e privada, donde se extrai as raízes da seletividade da aplicação da lei, em especial da lei penal, eis que os fatores de criminalização primária e secundária incidiram sobre os desvalidos, os miseráveis e os despossuídos, à margem da lógica proprietária reinante.

Após a Primeira República, observou-se a concentração econômica nas culturas regionais do café (São Paulo), do leite (Minas Gerais) e do cacau (região do Nordeste), sendo que o voto foi vedado aos analfabetos. E, na época (1891 até 1930), o Brasil tinha composição

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 34-5.

<sup>232</sup> Tendo em vista a manutenção do fundamento escravo nas relações sociais, “condenou-se ao silêncio a vontade geral mesmo porque nem eleitores e sequer cidadãos eram a maioria dos constituintes do corpo social. Vale dizer, se a soberania esteve proclamada solene e retoricamente nas leis, não esteve por certo presente nos costumes; prevaleceu a desigualdade na liberdade; haja vista a crença, quase ardente, entre as elites dominantes de que os ‘excessos’ comprometiam a tranquilidade, a propriedade e a segurança dos indivíduos. Característico daquela época, o gosto pela liberdade de poucos sufocou o grito pela condição de igualdade de muitos. Liberdade associou-se a modernização e progresso; democracia, a anarquia. Nesse contexto de lutas políticas, o ‘liberalismo heróico’, nascido e edificado nos movimentos pré-independência, foi paulatinamente substituído por um liberalismo regressista”. *Ibid.*, p. 47.

<sup>233</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: conselho de estado e direito no Brasil oitocentista*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-26, 177-8, 288-9.

majoritária de uma massa de analfabetos, o que fez com que o sufrágio ficasse restrito a um grupo ou a um segmento privilegiado do povo brasileiro<sup>234</sup>.

Daí se explica a resignação, o conformismo, a aceitação passiva dos acontecimentos sociais por expressiva parcela da população, situação que se manteve sob o império do regime militar brasileiro (1964-1985), com a suspensão dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos<sup>235</sup>.

Com a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988, o povo elegeu um presidente que, na sequência, veio a ser deposto pelo processo de *impeachment*, sem apoio do Congresso Nacional e da sociedade brasileira.

Em um esforço de síntese, a história jurídico-política brasileira contou com sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), sem uma experiência democrática de participação popular mais intensa, o que nos leva à compreensão das causas do imobilismo social, sobretudo diante do déficit de fruição dos direitos políticos<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Segundo Carvalho, com a proclamação da República, em 1889, “mais de 85% dos cidadãos eram analfabetos, incapazes de ler um jornal, um decreto do governo, um alvará da justiça, uma postura municipal. Entre os analfabetos incluíam-se muitos dos grandes proprietários rurais. Mais de 90% da população vivia em áreas rurais, sob o controle ou a influência dos grandes proprietários. Nas cidades, muitos votantes eram funcionários públicos controlados pelo governo”. Acrescenta o autor que “a Constituição Republicana de 1891 eliminou apenas a exigência de renda de 200 mil-réis, que, como vimos, não era muito alta. A principal barreira ao voto, a exclusão dos analfabetos, foi mantida. Continuavam também a não votar as mulheres, os mendigos, os soldados, os membros das ordens religiosas. Não é, então, de estranhar que o número de votantes tenha permanecido baixo. Na primeira eleição popular para a presidência da República, em 1894, votaram 2,2% da população. Na última eleição presidencial da Primeira República, em 1930, quando o voto universal, inclusive feminino, já fora adotado pela maioria dos países europeus, votaram no Brasil 5,6% da população. Nem mesmo o período de grandes reformas inaugurado em 1930 foi capaz de superar os números de 1872. Somente na eleição presidencial de 1945 é que compareceram às urnas 13,4% dos brasileiros, número ligeiramente superior ao de 1872”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 32; 39-40.

<sup>235</sup> Adorno, ao empreender em sua obra uma investigação sociológica e histórica em torno da formação cultural e do lugar do bacharelismo na sociedade brasileira, salienta que, partir da transição política de 1970 para 1980, as lutas pela democratização da sociedade levaram-no a atentar para duas observações: a primeira, de que nessas lutas “sobressaíam-se os juristas como uma espécie de resistência política organizada e qualificada”, de modo que a sociedade foi e talvez continue a sê-lo um “mandarinato de bacharéis em Direito, concentrados às voltas de um Estado que, a rigor, se constituiu como um imenso arquipélago de magistrados”. A segunda observação decorre de um “modelo de interpretação que opunha ao autoritarismo o liberalismo”, indagando como os intelectuais brasileiros que constituíram uma base sólida de resistência organizada contra o autoritarismo, se sujeitaram aos interesses das classes dominantes. Aponta que o contato dos bacharéis com o ideário liberal, em razão da introdução do jusnaturalismo no começo do ensino jurídico em São Paulo, “condicionou-lhes a ver as relações sociais como relações contratuais entre partes juridicamente iguais, porém individualizadas, dotadas de autonomia da vontade e integradas por vínculos de coordenação. Em outras palavras, um intelectual disciplinado para privatizar conflitos sociais e que, nessa condição, aprendeu a colocar o indivíduo e sua liberdade como motor coordenador da luta política, relegando a um plano secundário a autonomia da ação coletiva, questão central na ideia de democracia. Enfim, um intelectual preparado para, enquanto futuro profissional da atividade política, perpetuar a cisão entre liberalismo e democracia”. ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 20-7.

<sup>236</sup> Segundo Holanda, a “democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E

Do Poder Moderador da Carta de 1824 à atual quadra, a representação da maioria pelos órgãos eleitos enfrenta sérios riscos de fragmentação e dissociação, sendo que o Judiciário, na visão de alguns, passou a exercer a referida função criada há mais de século na primeira Constituição Brasileira, após a Independência.

À luz do exposto, cumpre indagar: quais as raízes do déficit democrático em matéria de fruição de direitos políticos e as imbricações com a corrupção no Brasil?

O modelo de representação política, diante das fissuras e da ausência de comunicação dos partidos e seus representantes com os representados, não mais atende às expectativas comunitárias, como se depreende dos protestos e dos movimentos sociais que tomaram as ruas, provocando tensões entre o Direito e a Política. É preciso assinalar que o patrimonialismo tem dado azo às práticas corruptivas, a exemplo da corrupção eleitoral e do voto de cabresto<sup>237</sup>, de maneira a recair as escolhas de significativa parcela da população, de 1822 até os nossos dias, entre o exercício das liberdades públicas e a satisfação das necessidades, não raras vezes, na segunda hipótese.

Tal quadro se vê agravado pela ausência de uma autêntica reforma política no Brasil, pois a que está sendo debatida no Congresso Nacional promove apenas alterações pontuais, sem modificar o modelo de democracia presidencialista e de financiamento de campanhas<sup>238</sup>,

---

assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos. É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena [...]”. HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 160-1.

<sup>237</sup> Abordando o contexto histórico e político do problema do coronelismo e sua influência no processo eleitoral, qualquer que seja o chefe municipal, Leal afirma que “o elemento primário desse tipo de liderança é o ‘coronel’, que comanda discricionariamente um lote considerável de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o ‘coronel’ como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, à vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que frequentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas”. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 24.

<sup>238</sup> Em tom crítico, Dworkin se manifesta em relação ao contexto estadunidense: “Nenhuma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América gerou, nas últimas décadas, tantas hostilidades abertas entre os três poderes do nosso governo como a decisão por 5 a 4 no caso *Citizens United v. FEC*, em janeiro de 2010. Os cinco juízes conservadores, por sua própria iniciativa, sem qualquer pedido das partes no processo, declararam que as corporações e os sindicatos têm o direito constitucional de gastar tanto quanto desejarem em comerciais de televisão especificamente eleitoral ou visando a apoiar determinados candidatos”, em violação ao precedente firmado em 1990, nos casos *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* e *McConnell v. Federal Election Commission (FEC)*, de 2003. No caso controverso, na “seção presidencial primária de 2008, uma pequena corporação, *Citizens United*, financiada em uma pequena parte por contribuições de

contando com expressivos aportes financeiros de pessoas jurídicas a título de “doações eleitorais”. Desse modo, a indeterminação das fronteiras entre o público e o privado, em um ambiente hostil à ideia de transparência, contribui para o incremento das patologias corruptivas, inerentes a um modelo estamental e patrimonialista, em prejuízo dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e, fundamentalmente, da confiança dos cidadãos nos mecanismos instituídos de representação política.

Por sua vez, não há que se falar em liberdades políticas sem o gozo dos direitos sociais: não se é livre com fome, conforme lembrava Warat. Tal lição está presente nas situações de negligência e de desigualdade social, com situações de risco decorrentes do desajuste familiar, do consumo de drogas, da prostituição infantil, enfim, do abandono de crianças e adolescentes em casas de acolhimento institucional.

Por outro lado, com o devido respeito à eventual divergência, não se pode concordar com a ideia de que o Judiciário seria uma espécie de Poder Moderador da República. Isso porque o sentido republicano do princípio da Separação de Poderes leva à compreensão de que o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) colide com o ativismo judicial, consoante já assinalado no capítulo precedente, o qual não tem apenas uma perspectiva progressista, mas também conservadora (a esse respeito, o citado julgamento do caso do horário de trabalho dos padeiros, em que a Suprema Corte entendeu que o limite estabelecido em lei no Estado de Nova Iorque era inconstitucional por violar a cláusula da igual proteção prevista na Décima Quarta Emenda, em *Lochner vs. New York*).

O déficit histórico em torno da fruição de direitos políticos no Brasil tem afetado o gozo dos demais direitos fundamentais, em especial os de caráter social, levando à judicialização excessiva de demandas individuais em detrimento de uma perspectiva coletiva

---

empresas, tentou transmitir um filme depreciado sobre Hillary Clinton. A *Federal Election Commission (FEC)* declarou a ilegalidade da transmissão no âmbito do *BCRA (Bipartisan Campaign Reform Act)*, legislação aprovada pelo Congresso em 2002, a qual proibia as empresas de participar do processo eleitoral de televisão por um período de trinta dias antes da primária para o pleito federal e sessenta dias antes de uma eleição. A *Citizens United* pediu, então, à Suprema Corte que a declarasse excetuada dessa lei sob o fundamento, dentre outros apresentados, de que havia proposto transmitir o seu filme apenas em um canal *pay-per-view*. Esse pedido não questionava a constitucionalidade do *BCRA*. Porém, os cinco juízes conservadores – o Presidente Roberts e os juízes Samuel Alito, Anthony Kennedy, Antonin Scalia e Clarence Thomas – decidiram por sua própria iniciativa, depois de uma nova apreciação que eles mesmos pediram, que queriam declarar inconstitucional o *BCRA* de qualquer maneira”, sob a justificativa da violação da Primeira Emenda. Assim, o autor critica a decisão da Suprema Corte, a qual, em seu entendimento “ameaça fazer surgir uma avalanche de publicidade política negativa financiada pela riqueza das grandes empresas, começando já nas eleições legislativas deste ano [...]”, em face das distorções ao processo democrático desencadeadas pelo poder do dinheiro. DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. Tradução de André Pedreira Ibáñez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56.

de atuação, a abranger toda a comunidade atingida pela precariedade de políticas públicas de direitos fundamentais (v.g., a educação básica e a saúde, entre outros exemplos)<sup>239</sup>.

É mister registrar, pois, que o ativismo ou o protagonismo esperado não é dos poderes constituídos, mas sim, da sociedade e dos cidadãos na luta por igual consideração e respeito (Dworkin), o que leva ao reconhecimento de uma tradição política (in)autêntica (Gadamer) e a busca de alternativas para a superação do conformismo em prol da irresignação. Esta, por sua vez, não pode vir apenas dos protestos das ruas, mas sim, do efetivo controle social das “escolhas” políticas e da punição das patologias corruptivas, pois colocam em xeque os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

### 3.3 FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO DAS PRÁTICAS CORRUPATIVAS

A construção das bases democráticas da República Federativa do Brasil reclama a redução das desigualdades sociais, bem como a efetividade do sistema punitivo estatal, justamente para que suas baterias estejam voltadas, de igual modo, para a criminalidade do poder, pois é a que mais afeta os direitos fundamentais.

Nesse sentido, a ideia de responsividade exige que as instituições, para além da legalidade formal, estejam voltadas à dinâmica do Direito forjado no debate plural e policêntrico, o que significa, sobretudo, a concretização da igualdade como pedra de toque das relações sociais.

Tomando como ponto de apoio uma das preciosas lições de Kant (Doutrina do Direito), é possível extrair que o fundamento da punição está escorado no fato de que os seres humanos são agentes autônomos e morais, devendo responder pelos seus atos quando prejudicam terceiros. O princípio da igualdade e a escolha de uma ação punível por parte do agente são os fundamentos estruturantes do direito de punir no pensamento kantiano, sobrepondo-se à filosofia iluminista alicerçada na dissuasão e na prevenção do crime<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> As dificuldades enfrentadas na trajetória político-constitucional brasileira (pobreza, violência, desigualdade, etc.) estão relacionadas com a natureza do percurso histórico, havendo uma lógica sequencial inversa à descrita por Marshall, uma vez que “primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo”. Uma consequência disso vem a ser a excessiva valorização e crença no imaginário de centralidade do Poder Executivo, de modo que a “desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 219-29.

<sup>240</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 174 e ss.

A punição restabelece a igualdade violada pelo crime, sendo corolário do direito humano à resposta do Estado diante do mal causado, inclusive por intermédio do Direito Penal<sup>241</sup>.

A fundamentação contratualista encontra dissidência, em especial, nas teses de Hobbes<sup>242</sup> e Rousseau<sup>243</sup>, sendo que, enquanto para este o “homem é bom”, para aquele, o homem “é o lobo do homem”, de tal modo que o Leviatã (Estado) precisa contê-lo, a fim de que possa sair do estado de natureza (de guerra) e ingressar no denominado estado civil. O debate entre Hobbes e Rousseau revela, sobremaneira, a ruptura entre o Estado Medieval (feudalismo) e o Estado Moderno<sup>244</sup>, a partir da concentração dos poderes, num primeiro momento, na figura do monarca (primeira fase) e, na sequência, pelo advento do liberalismo pós-Revolução Francesa.

Na atual quadra vivida, disseminou-se uma espécie de niilismo penal (neocolonialismo?), com riscos à própria democracia e aos direitos humanos e fundamentais, sob a alegação de que o cidadão é bom e o Estado é mau. Essa dicotomia cidadão *versus* Estado está na raiz do dilema jurídico-penal contemporâneo, calcado no aparente conflito entre o interesse coletivo na reprimenda diante dos crimes e, ao mesmo tempo, na observância dos direitos individuais.

Ora, não se pode olvidar que significativa parcela das ameaças aos direitos fundamentais provém dos entes privados, porquanto a violência exercida pelo “poder simbólico”<sup>245</sup>, com as suas “máscaras”<sup>246</sup>, oculta o processo de desconstrução do sentimento

---

<sup>241</sup> Há, em geral, uma concordância das teorias da punição em torno das seguintes premissas: a punição expressa a condenação moral, portanto, a repulsa moral da comunidade diante do crime praticado; destina-se a punição a servir como uma lição para todos os indivíduos, mostrando que tais atos são maus em si mesmos; pretende corrigir e recuperar o criminoso, fazendo com que cumpra uma pena e com isto possa emendar-se e conformar-se com as leis sociais. Sublinha que a punição visa antes de tudo restabelecer a igualdade violada pelo ato criminoso. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 162.

<sup>242</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

<sup>243</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

<sup>244</sup> A descontinuidade histórica em relação ao advento do Estado Moderno deriva de uma realidade nova, ou seja, “a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.

<sup>245</sup> A autoridade jurídica é a forma por excelência da “violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física”. Salienta, ainda, que “no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”. BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 212-3.

<sup>246</sup> Como as “máscaras usadas pelos atores no teatro da Roma clássica, chamadas *personas*, o poder aparece encoberto por disfarces diversos. Essas máscaras escondem o fato de que o poder veste e procura legitimar a força, que, quando deixada em estado puro, converte as pessoas em coisas, em cadáveres, em pó, como lemos na Bíblia. Entendemos então por que, na longa história da humanidade, processou-se a luta constante entre a



constitucional, isto é, a perda paulatina da eficácia social da Lei Maior ao talante das maiorias políticas.

O fenômeno punitivo não pode estar alicerçado em meras razões de retribuição ou de utilitarismo, ou seja, em uma noção vaga e abstrata de bem comum, sob pena de beirar o arbítrio. Como destaca Nino, “a punição, como privação compulsória geralmente desagradável de direitos, pode ser justificada *prima facie* quando constituir um meio necessário e efetivo de proteção social contra um dano maior e for distribuída com base no consentimento prévio dos receptores”<sup>247</sup>.

Consoante Höffe, o direito penal configura o elemento fundamental de um sistema jurídico livre. Sustenta que a intervenção jurídico-penal é irrenunciável de uma organização da sociedade comprometida com os direitos humanos. Enquanto escudo protetor dos direitos humanos e expressão de profunda solidariedade da sociedade com as vítimas das violações dos direitos humanos – a liberdade de que priva aos possíveis delinquentes, devolve-a em forma de confiança às potenciais vítimas – pode pretender validade intercultural. Procura a promoção de um diálogo interdisciplinar e transnacional sobre os fundamentos da compreensão do crime e de suas consequências penais, assim como do tratamento racional desta matéria, destacando, dentre os problemas do Direito Penal Intercultural, que injustos penais devem ser punidos, espaço em que adquire relevo a tipificação dos crimes internacionais no âmbito do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>248</sup>.

É preciso, pois, resgatar a necessidade de uma releitura do fenômeno da punição como um problema de direitos humanos. Uma leitura reducionista dos direitos humanos faz pender a balança apenas para o lado do indivíduo, olvidando que a punição tem uma dupla função: resgatar a igualdade violada pela prática do delito e mostrar ao delinquente que a resposta do Estado, a qual deve ser justa e proporcional ao fato praticado, desde os tempos de Beccaria<sup>249</sup>, serve para fixar limites à sua capacidade de autodeterminação, devolvendo a sua dignidade, vedando-se a instrumentalização. Se a liberdade é compreendida como a ausência de interferência do Estado em relação ao indivíduo, que “tudo pode fazer”, assiste razão a

---

força, que se manifesta na sua forma extrema pela violência, e o poder, que procura controlar e regular as suas manifestações”. BARRETO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 15 (Introdução).

<sup>247</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 370. (Coleção Díke, sob a direção de Vicente de Paulo Barreto).

<sup>248</sup> HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

<sup>249</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

Dworkin, em sua crítica à Berlin no sentido de que, partindo de tal premissa, “a liberdade do lobo seria a morte do cordeiro”<sup>250</sup>.

Os fundamentos da punição das patologias corruptivas estão alicerçados na compreensão do imperativo categórico de Kant, a partir de suas premissas fundamentais: o da lei universal e da consideração da pessoa como fim em si mesmo, tendo em sua raiz a vedação da instrumentalização do indivíduo<sup>251</sup>.

Segundo Tugendhat, “[...] há *uma* capacidade central para a socialização, e esta é a capacidade de ser um ente socialmente tratável, cooperador, ou, em uma sociedade primitiva, corresponder ao padrão para ser membro desta sociedade”, acrescentando que, nos juízos que “dizemos que pessoas e ações são boas ou más, julgamos as pessoas não relativamente a capacidades especiais, mas com respeito a esta capacidade central”<sup>252</sup>.

### 3.4 CORRUPÇÃO, BENS COLETIVOS E A LÓGICA DO *FREE RIDER*

A confiança implica a convicção de que algumas pessoas ou instituições terão um caminho de expectativas. Uma pessoa de confiança decide agir a despeito da incerteza sobre o futuro e dúvida sobre a confiabilidade das promessas dos outros. A necessidade de confiança deriva da liberdade humana, sendo que a honestidade é um importante valor substantivo com uma conexão com a confiança, implicando em um comportamento responsável voltado ao cumprimento de regras. A corrupção é um comportamento desonesto que viola o lugar da confiança no serviço público. E envolve o uso da posição pública para ganhos privados<sup>253</sup>.

Com efeito, o problema da desigualdade no Direito é fruto de um ambiente de distorções em determinado contexto sociojurídico no qual coabita o sistema de justiça, afetando o princípio do Estado Democrático de Direito. Na seara criminal, cumpre guiar os “mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos

<sup>250</sup> O Direito, para Dworkin, é um segmento da moral, pois são co-originários. Já para Radbruch, o Direito pode ser moral ou não, sendo que a moral é externa e possui uma pretensão corretiva. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149 e ss.

<sup>251</sup> No “reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005. p. 77.

<sup>252</sup> TUGENDAHT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al., sob a orientação de Ernildo Stein. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 57.

<sup>253</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers)>. Acesso em: 8 ago. 2015.

grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada”<sup>254</sup>.

Impõe-se uma compreensão da proteção dos bens jurídicos, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Deve afastar-se tanto do funcionalismo quanto da radicalização da perspectiva liberal e individualista, mediante o axioma onto-antropológico na esfera penal, haja vista que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros<sup>255</sup>.

Nesse sentido, há uma evidente quebra da confiança no serviço público diante das práticas corruptivas, as quais atentam contra um bem coletivo, qual seja, a probidade na Administração Pública (em sentido amplo). A corrupção mostra-se entrelaçada em determinadas esferas do setor público e o capital privado, frustrando as expectativas legítimas dos cidadãos em torno do direito fundamental à boa administração pública, eficiente e responsiva. Algumas áreas têm ficado para trás, especialmente aquelas que, como saúde, educação e infraestrutura, em que as provisões do Estado permanecem importantes. Estes são setores nos quais a corrupção, os “pagamentos informais” e o descontentamento parecem elevados. Mostra-se preciso localizar e analisar a lacuna na criação de um Estado visto como politicamente legítimo pelos cidadãos<sup>256</sup>.

Em sua obra “Capitalismo de Laços”, Lazzarini aponta a danosidade social agregada à vinculação entre empresas, partidos políticos e agentes públicos, diante de práticas contrárias

<sup>254</sup> Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 202. Sobre o problema da desigualdade na Administração da Justiça Penal e o crime de colarinho branco, remete-se à leitura de SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica 56, 2001. A título de ilustração, vale referir a falta de coerência e de integridade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal, sobretudo se comparada com o tratamento conferido pela Corte na esfera dos crimes contra a ordem tributária, diante do reconhecimento da constitucionalidade da extinção da punibilidade do agente em razão do parcelamento do débito. A criminalização/descriminalização de condutas deve atentar à integridade do Direito e da decisão constitucional.

<sup>255</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 184-5.

<sup>256</sup> Em pesquisa realizada por Rose-Ackerman sobre a honestidade, a confiança e a corrupção, respectivamente, estudando o processo de transição na Europa Central e Oriental, afirma a autora que a pesquisa mais frutífera se concentrará em determinados setores e tipos específicos de interações entre as pessoas e entre pessoas e instituições, tanto públicas como privadas. Confiança generalizada nos outros e nas instituições podem e, de fato, têm raízes culturais e históricas profundas, mas, mesmo assim, mudanças nas atitudes e nos comportamentos ainda são importantes. Essas mudanças podem depender de estimativas da confiabilidade de outras pessoas e sobre as estruturas institucionais em que operam. É preciso entender quando existem conflitos e enfrentar o fato de que fortes laços interpessoais baseados no parentesco e na amizade nem sempre são socialmente desejáveis. Nas sociedades modernas, as pessoas precisam ser capazes de separar seus papéis como amigo e relação de seus papéis como burocrata, político, juiz, funcionário ou administrador de empresas. ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and corruption. reflection on the state-building process. *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 31, 2001. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers)>. Acesso em: 8 ago. 2015.

aos bens coletivos, a exemplo da corrupção, fraudes licitatórias, “caixa dois”, entre outras. Os “laços” de que o referido autor discorre não são apenas os laços de família, mas sim os vínculos sociais forjados em razão de pretensões comuns, consistentes na acumulação de capital com o contributo do sistema. Dito de outro modo, nas palavras de Habermas, o poder e o dinheiro atuam como elementos centrais na sociedade contemporânea, levando a uma racionalidade estratégica ou instrumental, dissociada da racionalidade comunicativa.

Mas o que vem a ser um bem coletivo?

Na seara da economia, os aspectos essenciais de um bem coletivo são: 1º) o fato de prestar satisfações conjuntas (indivisibilidade das satisfações); 2º) os bens coletivos são, por natureza, não exclusivos, logo, inapropriáveis; e 3º) são bens não emulativos, ou seja, os indivíduos não entram em concorrência para obter a satisfação por eles<sup>257</sup>.

Sobreleva notar que a concepção de bem coletivo está diretamente ligada ao seu objeto de proteção (indivisível). A concretização dos direitos sociais opera precipuamente por intermédio da provisão de bens coletivos, motivo pelo qual é fundamental a observância das políticas públicas de direitos sociais. Por outro lado, tal característica não impede a justiciabilidade dos direitos sociais, uma vez que a titularidade é simultaneamente individual e coletiva.

Em relação ao Direito Penal, Sgubbi trouxe a temática do interesse difuso como objeto de tutela, salientando que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), houve o incremento de novas demandas por parte da coletividade<sup>258</sup>.

Acentuando relevo ao objeto de tutela do bem jurídico coletivo, Hefendehl aponta as seguintes características: 1) uso não exclusivo; 2) não distributivo; e 3) indivisível. Para a manutenção da posição social importante do Direito Penal, este deve preservar claras as estruturas que vem utilizando, sem recorrer a bens jurídicos aparentes ou ao adiamento da barreira de proteção a estados anteriores à ação típica<sup>259</sup>. Daí a razão pela qual a tutela penal de bens jurídicos coletivos tem de ser ajustada aos princípios garantistas, dentre os quais, o da intervenção mínima, evitando-se a antecipação da tutela punitiva a situações em que não há risco proibido ou lesão ao bem coletivo<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Lisboa, 1974. (v. 1), p. 127-9.

<sup>258</sup> SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore)”. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p. 547-94.

<sup>259</sup> HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 12 out. 2013.

<sup>260</sup> Debate-se na doutrina penal a incriminação dos delitos cumulativos, sobretudo na esfera ambiental, típicos da sociedade de risco, pautando-se por uma lógica de acumulação, ao punir-se o agente pela repetição de

Em tal cenário, surge o *free rider*, figura proveniente da teoria econômica e da filosofia moral, aplicável aos bens coletivos, tratando-se do viajante sem o bilhete (“efeito carona”), que age sob o império de uma razão instrumental calculadora (*homo economicus*)<sup>261</sup>. O seu comportamento despreza as expectativas comunitárias em torno da preservação de bens coletivos.

A título de ilustração, o agente que, tendo ciência de que os demais colaboram para a preservação da qualidade do ambiente, auferir lucro de maneira injusta ao depositar resíduos sólidos em um curso d’água situado nas proximidades de seu empreendimento. Tome-se, ainda, o exemplo do agente que omite o pagamento de impostos, sabendo que os demais contribuirão com o Poder Público, violando o seu dever de responsabilidade como cidadão, tendo vantagem em decorrência de seu comportamento ilegal.

O *free rider* é concebido como uma figura parasitária, que auferir injustamente o cumprimento das normas pelos demais membros da coletividade, não colaborando com os custos necessários para a preservação do bem coletivo, inserindo-se na lógica das ações coletivas<sup>262</sup>. Rawls<sup>263</sup> e Feinberg<sup>264</sup> salientam a necessidade de respeito ao próximo, de maneira que a vida no tecido social carece de solidariedade entre os indivíduos, a fim de evitar a ocorrência de danos<sup>265</sup>.

Mas qual a ligação da figura do *free rider* com as práticas corruptivas?

A esse respeito, Zachia Alan, debatendo o tema da corrupção e a tutela penal dos bens coletivos, perquire sobre o custo do bem jurídico tutelado e de que modo o fenômeno do *free rider* se manifesta. Propõe, então, uma leitura no sentido de indagar “que tipo de esforço a existência da tal proibição administrativa cobra dos integrantes do grupo de cidadãos

---

comportamentos inofensivos tomados isoladamente, mas que, somados – “e se todos fizessem isso?” –, podem causar um dano hipotético, futuro e incerto ao bem coletivo. Verifica-se uma antecipação ilegítima da incidência do Direito Penal a um momento anterior à experiência normativa do dano, com violação aos princípios da culpa (como critério de imputação individual, haja vista que o agente deve responder por fato próprio e não de terceiros), da ofensividade e da proporcionalidade. Para um aprofundamento sobre a temática dos bens coletivos e dos delitos cumulativos, remete-se o leitor aos seguintes estudos: DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? Da incapacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 13, 2003. p. 303-45; e LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 63, maio/set. 2009. p. 51-86.

<sup>261</sup> Ver BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000. p. 7.

<sup>262</sup> Ver THE FREE RIDER PROBLEM. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em: 6 abr. 2015; e BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968. p. 77-99.

<sup>263</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001. p. 215 e ss.

<sup>264</sup> FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988. p. 13 e ss. e 202 e ss.

<sup>265</sup> RAWLS, op. cit., p. 215.

‘administrados’ no contexto dos Estados Democráticos de Direito?” ou, em outros termos, “qual o preço cobrado a que os valores ligados à probidade administrativa subsistam?”. Vale trazer à colação o seguinte recorte temático:

Fala-se, por primeiro, do custo referente à regra da pluralidade dos Estados Democráticos de Direito e de seu compromisso de determinados valores éticos, tais como a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e assim em diante. Veja-se, contudo, que a necessidade do oferecimento de atenção impessoal a todos os cidadãos, especialmente em um contexto social como o brasileiro, a combinar população socialmente necessitada e ao mesmo tempo de dimensões continentais, faz com que, em alguma medida, o valor da eficiência termine comprometido.

[...] Indo-se ainda um tanto adiante, mas no mesmo sentido, pode-se falar também no custo da eficiência. Por certo que todos os cidadãos pretendem conviver com estrutura estatal que aja de modo eficiente, salvante quando se acham na posição de alvos de tal atuação, como, por exemplo, nas hipóteses em que praticado um crime ou mesmo infração de natureza administrativa. Nos casos em que a eficiência do Estado vai posta contra os interesses pessoais dos cidadãos, o valor passa a lhe ser penoso e, portanto, a diminuição do valor a lhe interessar pessoalmente.

A bem de toda a verdade, a ideia que se sustenta nesta altura não é novidade e em nada destoa do conceito econômico de externalidade. Fala-se da percepção história de Pigou acerca do que se pode chamar aligeiramente de efeitos externos à transação econômica, sejam positivos ou negativos.

[...] No caso particular da externalidade relacionada à corrupção, a relação principal se dá entre o grupo e a pessoa jurídica de direito público chamada deste ponto em diante simplesmente de administração. O terceiro a sofrer o efeito externo não é o grupo, portanto, mas cidadão individualizado, colocado na mesma massa de tratamento destinada a todos os demais, pautado por critérios de imparcialidade e mesmo de eficiência possível<sup>266</sup>.

A prática da corrupção atinge a probidade na Administração Pública<sup>267</sup> e, quando associada à lavagem de dinheiro, compromete ainda a ordem socioeconômica, cumprindo

---

<sup>266</sup> ALAN, José Alexandre Zachia. *A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 146-9. Em esforço de síntese, sustenta que “a manutenção dos valores (interesses) que integram o bem jurídico chamado probidade administrativa gera custo de produção e este deve ser suportado por cidadãos particulares, seguindo-se a dinâmica das externalidades. Aqueles que se recusam a suportar tais custos são equiparados aos ‘free riders’, uma vez que pretendem se beneficiar dos valores antes mencionados – imparcialidade, eficiência e assim em diante – sem ter de pagar o preço referente à manutenção do bem coletivo daí advindo”. Ibid., p. 150.

<sup>267</sup> Sobre o tema do quando e do como proibir, Ferrajoli destaca que são estreitas as concepções de bem jurídico que os identificam na condição de “direitos” ou “interesses individuais”, tornando-as inidôneas para “justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos”, sublinhando que a justificação das proibições deve incluir bens que não são direitos, “como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 432-3.

ressaltar que, nos crimes econômicos, à diferença da criminalidade comum, a “metaindividualidade” é o traço nuclear do bem jurídico tutelado<sup>268</sup>.

No “constitucionalismo *prima facie*”, há uma relativização da autoridade da Constituição, prevalecendo um quadro de inércia administrativa, em face do abismo entre a previsão normativa e o mundo prático. Isso destoa da concepção de patriotismo constitucional no Estado Democrático de Direito, uma vez que os cidadãos deve(ria)m ser concebidos como *seres livres e iguais*<sup>269</sup>.

Nesse contexto, são nítidas as relações de subintegração e sobreintegração: os subintegrados são os indivíduos que não têm acesso às necessidades básicas para uma vida digna; por sua vez, os sobreintegrados são os agentes que estariam “acima” do Direito, com a ajuda da burocracia estatal. Nesse sentido, Marcelo Neves afirma:

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo ‘exclusão’, não apenas o subintegrado estaria ‘excluído’, mas também o sobreintegrado: este estaria “acima” do direito, aquele, “abaixo”<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 52. Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, destacam-se as seguintes correntes de entendimento quanto ao bem jurídico tutelado: 1. A ordem socioeconômica; 2. A objetividade jurídica seria a mesma do crime precedente; 3. A Administração da Justiça, tese que tem prevalecido no ordenamento jurídico português; 4. O reforço da eficácia preventiva da pena em relação ao autor do crime precedente, ao evitar a consolidação dos benefícios econômicos auferidos ilicitamente. A posição adotada na obra é no sentido de que, em que pese a existência de uma pluralidade ofensiva na conduta de lavagem de capitais, o “foco central na incriminação do branqueamento volve-se na proteção da ordem econômica”. *Ibid.*, p. 77-8.

<sup>269</sup> Cattoni de Oliveira, apoiado no procedimentalismo habermasiano, afirma que a Constituição de um Estado Democrático de Direito deve ser compreendida como um “processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, que se dá ao longo do tempo histórico e que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação da sociedade política, em que os membros do *povo* se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante de forma reflexiva e por isso envolve a defesa de um *patriotismo constitucional*”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-4.

<sup>270</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 250.

### 3.5 PATRIMONIALISMO E ESTAMENTO: UMA EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL PERMANENTE?

As figuras do estamento e do patrimonialismo (Faoro), do “homem cordial” (Buarque de Holanda)<sup>271</sup> e, mais recentemente, do capitalismo de compadrio ou de laços (Lazzarini)<sup>272</sup> podem auxiliar na empreitada voltada à compreensão do fenômeno das patologias corruptivas no cenário brasileiro.

<sup>271</sup> Em realidade, a noção de “homem cordial” está associada ao denominado “jeitinho brasileiro”, além de uma espécie de “máscara” do indivíduo diante da esfera pública, e não a um suposto incremento civilizatório. Consoante Holanda, “já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o ‘homem cordial’. A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar ‘boas maneiras’, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante. Na civilidade há qualquer coisa de coercitivo – ela pode exprimir-se em mandamentos e em sentenças [...] Nenhum povo está mais distante dessa noção ritualista da vida do que o brasileiro. Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez. Ela pode iludir na aparência – e isso se explica pelo fato de a atitude polida consistir precisamente em uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no ‘homem cordial’: é a forma natural e vida que se converteu em fórmula. Além disso a polidez é, de algum modo, organização de defesa ante a sociedade. Detém-se na parte exterior, epidérmica do indivíduo, podendo mesmo servir, quando necessário, de peça de resistência. Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas suas sensibilidades e suas emoções. Por meio de semelhante padronização das formas exteriores da cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica um presença contínua e soberana do indivíduo. No ‘homem cordial, a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência [...]”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146-7.

<sup>272</sup> “Esse emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos é o que eu denomino de *capitalismo de laços*. Trata-se de um modelo assentado no uso de *relações* para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública. Voltando ao caso anterior, a Vale, em 2009, era uma empresa com sócios privados (Bradesco e Mitsui, entre outros) e com estratégias tipicamente ‘de mercado’: agressiva expansão internacional e foco no aumento do valor das suas ações. Ao mesmo tempo, a influência pública mostrou-se presente por meio dos sócios como a Previ e o BNDES, bem como atores privados que se alinharam ao discurso governamental. Eike não conseguiu o controle da Vale, mas foi útil ao governo como um elemento adicional de pressão. Em grande medida, o resultado da história foi definido por elementos ‘fora do mercado’: contatos (a aproximação entre Eike e Lula), alianças (Previ e Eike em sintonia com o discurso do governo) e estratégias de apoio (as doações de Eike, as movimentações de Agnelli anunciando novos investimentos da Vale). A primeira vista, o termo ‘laços’ pode denotar relações próximas, íntimas, duradouras. Aqui, entretanto, o significado é mais no sentido de relações sociais valiosas: um contato pessoal que é estabelecido para obter algum benefício particular ou, ainda, um gesto de apoio visando algo em troca no futuro. Evidentemente, essas relações recíprocas são favorecidas por laços pessoais fortes. Contatos familiares, por exemplo, têm elevada saliência em diversos contextos econômicos: ouvimos frequentemente casos de pessoas indicadas a determinados postos porque são parentes de pessoas de influência. Entretanto, uma relação pode ser construída entre estranhos que trocam favores ou que se aproximam por meio de um conhecido em comum. ‘Laço’, neste livro, é algo que deve ser entendido de forma mais genérica como ‘relação entre atores sociais para fins econômicos’”. LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4-5.



A cultura do estamento e da patrimonialidade do Estado, como apontou Faoro, leva às patologias corruptivas, afastando dos cidadãos a possibilidade de reais alternativas de escolha, de tal modo que a democracia substancial pende de concretização na experiência brasileira.

O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático, não no sentido moderno de aparelhamento racional, mas de apropriação do cargo. Já o estamento, por sua vez, corresponde a um quadro administrativo e estado-maior de domínio, o governo de uma minoria, no qual poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos<sup>273</sup>.

É possível afirmar o predomínio de uma postura estamental no Poder Judiciário associada ao ativismo judicial, de maneira que os “desvios judiciais ocorrem nos momentos em que os juízes impõem suas vontades contra a própria Constituição, permitindo que mais uma vez a política se sobreponha ao direito”. E o voluntarismo judicial deve ser compreendido como “sinônimo de arbitrariedade, pois se constitui como uma permissão para que mais uma vez a política venha a funcionar como predadora do direito”, o que pode ocorrer por intermédio da discricionariedade judicial. Em tais condições, não há a necessária limitação do poder político, sendo que “os direitos fundamentais não são estendidos para

---

<sup>273</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 102, 107. A “realidade histórica brasileira demonstrou – insista-se (cap. III, 2) – a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar. [...] Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será o predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza (cap. III, 3) progressivamente, em mudança de acomodação e não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro administrativo, a chefia dispersa assume caráter patriarcal, identificável no mando do fazendeiro, do senhor de engenho e nos coronéis. Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia. Daí se arma o capitalismo político, ou capitalismo politicamente orientado, não calculável nas suas operações, em terminologia adotada no curso deste trabalho. A compatibilidade do moderno capitalismo com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado ao pré-capitalismo, é uma das chaves da compreensão do fenômeno histórico português-brasileiro, ao longo de muitos séculos de assédio do núcleo ativo e expansivo da economia mundial, centrado em mercados condutores, numa pressão de fora para dentro. [...] Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. [...] A elite política do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático”. *Ibid.*, p. 822-3, 830.

todos os casos, mas somente àqueles em que são concedidos como verdadeiras dádivas pelos *donos do poder*”<sup>274</sup>.

As regras do jogo eleitoral possibilitam um desequilíbrio em matéria de representatividade e em razão do financiamento de campanhas, malferindo o princípio da igualdade de oportunidades, o qual deveria balizar a coexistência entre os diversos partidos políticos. Quiçá seja esta uma das razões pelas quais os movimentos sociais não buscam qualquer identificação com legendas partidárias, diante do descrédito enraizado no imaginário coletivo.

Ora, é preciso “desparadoxizar os paradoxos” (Luhmann), de maneira a procurar restabelecer o componente democrático do Estado de Direito. Dito de outro modo, como é possível conviver no sistema jurídico o reconhecimento do poder discricionário no manuseio dos recursos públicos não relacionados a direitos fundamentais (passagens aéreas, construção e reforma de estádios de futebol, verbas de gabinete, publicidade, festas e outros eventos, etc.), e, ao mesmo tempo, a tolerância no descumprimento das normas constitucionais que asseguram a proteção integral dos direitos de crianças, adolescentes e idosos?

Em tom crítico, acentua Holanda que, no Brasil, em caráter excepcional, teve-se um sistema administrativo e um corpo de funcionários dedicados a “interesses objetivos e fundados nesses interesses”, sendo possível verificar, “ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”<sup>275</sup>.

A prioridade de políticas públicas vitais para o desenvolvimento humano, a partir do investimento em saneamento básico, em educação infantil e na construção de hospitais, a título ilustrativo, não raras vezes, acaba sendo invertida diante de “necessidades” construídas ou forjadas por contextos políticos e econômicos de diferentes matizes. Corrompe-se a autonomia do Direito, diante da suspensão da legalidade democrática e da não aplicação da Constituição no processo de produção de sentido normativo.

De Carl Schmitt, que sustentou a relação dicotômica amigo-inimigo no âmbito da teoria do Estado, à doutrina contemporânea, destacando-se, entre outros, Giorgio Agamben, o qual trata em seus estudos sobre a institucionalização do “Estado de Exceção”, o dado

<sup>274</sup> LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limites da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120, 124 e ss., 132. Para o autor, o “fortalecimento institucional do Poder Judiciário visa a assegurar e a realizar as conquistas constitucionais, e não a uma transferência do poder arbitrário – que antes era concentrado principalmente no Poder Executivo – para as mãos dos juízes. Em um regime democrático o magistrado faz escolhas apenas em sua vida privada; no âmbito do Poder Judiciário, suas decisões devem lançar argumentos de integridade e coerência que emanam da própria comunidade política, subordinando-se sempre à supremacia constitucional”. *Ibid.*, p. 133.

<sup>275</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

concreto é que determinadas políticas públicas carecem de efetiva implementação no cenário sociojurídico pátrio.

Se o artigo 3º da Constituição da República é um vetor interpretativo para a concretização de direitos sociais, afigura-se incompatível o Estado Brasileiro figurar como umas das principais economias mundiais e, paradoxalmente, contar com graves problemas de miserabilidade e desigualdade social. A lógica da “exceção” leva à criação de “necessidades” voltadas, por exemplo, à construção e à reforma de estádios de futebol, enquanto a questão dos presídios, por exemplo, fica a dever no quadro das políticas públicas.

Percebe-se, pois, que a aplicação da norma (proteção às crianças e aos adolescentes, aos idosos, às pessoas com deficiência, entre outras situações), não raras vezes, é suspensa por razões diversas, donde abre caminho para a instituição de um “Estado de Exceção”, na expressão de Agamben. Segundo o referido filósofo italiano, no momento em que o Direito deixa de ser concretizado ou efetivado, corre-se o risco de a exceção (suspensão) sobrepujar a regra, numa estrada perigosa para a tutela jurídica dos direitos humanos e fundamentais<sup>276</sup>.

A “vida nua”, isto é, a “vida matável e insacrificável do homo sacer”, é o lado afiado com o qual o Direito e o poder soberano devem lidar: de um lado, a exceção se torna a regra em todos os lugares; ainda, o espaço da “vida nua” situado à margem do ordenamento “vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, bíos e zoé, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção”<sup>277</sup>.

É preciso frisar que a Constituição é o grande pacto político social de caráter fundamental e institucional, sintetiza – sobretudo quando é produto do consenso entre partes plurais e resulta aprovada por amplas maiorias – esse espaço de convergência entre legitimidade democrática e justiça material a que vem aludindo como tarefa central a elucidar, mediação de vontade e racionalidade, pela filosofia jurídico-política e ética do nosso tempo, e quiçá de todos os tempos<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> O estado de exceção é a “abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem ‘logos’ pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real”. AGAMBEN. Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletí. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 63.

<sup>277</sup> Id. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 16.

<sup>278</sup> DÍAZ, Elías. *Ética contra política*. México: Fontamara, 1993. p. 33. (Tradução nossa).

### 3.6 *PODERES SELVAGENS* E REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

A ligação entre a corrupção e a precariedade dos serviços públicos foi importante tema veiculado pelos movimentos sociais, de tal modo que é fundamental uma descontinuidade com o atual modelo de representação política, diante das distorções verificadas na confusão entre o público e o privado.

Nesse sentido, o desvio de recursos públicos e a má utilização dos bens coletivos, em detrimento de uma prestação adequada de serviços nas áreas de saúde e educação, a título ilustrativo, impõem a ampliação dos canais de participação democrática. Logo, o processo eleitoral, por si só, é insuficiente para imprimir legitimação democrática aos detentores do poder.

O problema dos direitos fundamentais não se cinge à fundamentação, mas também alcança o plano da efetividade.

Com efeito, Bobbio já sentenciava a tormentosa questão da concretização dos direitos sociais, pois demandam uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma obrigação de fazer.

Conforme já assinalado, há uma crise de representação política na democracia constitucional brasileira, a qual reclama uma compreensão adequada dos efeitos do processo desconstituente.

Ferrajoli, em sua obra *Poderes Selvagens*<sup>279</sup>, defende que o referido processo está em curso no cenário italiano, salientando que o grau de inefetividade do paradigma constitucional pode chegar a ser patológico. Destaca as numerosas leis *ad personam* e as publicadas na legislatura 2001-2006 em contradição com o princípio da igualdade, a subtrair o presidente do governo a muitos processos penais nos quais está implicado; leis que penalizam o *status* de clandestino e negam aos imigrantes direitos elementares como a saúde, a moradia e a reunião familiar; os recortes de gastos públicos em educação e em saúde, além da precarização das relações trabalhistas, em prejuízo das condições de vida de milhões de pessoas.

O aspecto mais grave do processo de desconstitucionalização, segundo o referido doutrinador, se desenvolveu através de uma dupla crise destrutiva da representação política, por cima e por baixo. A crise por cima está gerada por quatro fatores, convergindo em minar a raiz da relação de representação, quais sejam: o populismo e a ideia do chefe como encarnação da vontade popular; os conflitos de interesses no vértice do Estado e do

---

<sup>279</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 21 e ss. (Tradução nossa).

patrimonialismo populista; a integração dos partidos nas instituições e a perda de seu papel de mediação representativa; a concentração proprietária dos meios de comunicação. Já a crise por baixo da democracia política, ou seja, do lado dos representados e, por conseguinte, da sociedade, decorre da homologação dos que consentem e do desprezo aos discrepantes e aos diferentes; da despolitização massiva e da dissolução da opinião pública, com a primazia dos interesses privados; da crise da participação política; e da manipulação da informação e da decadência da moral pública.

A consequência é o incremento de outros tantos poderes desregulados e selvagens, os quais se desenvolvem à margem do Direito, em ausência de limites e controles. A designação, em realidade, reflete a ideia de Kant sobre a “liberdade selvagem e sem lei”, sem qualquer controle, e que pode colocar em risco a fruição dos direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito. Em sua obra *A Metafísica dos Costumes*<sup>280</sup>, salienta o mencionado filósofo que, na perspectiva do contrato original,

[...] todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (*universi*). E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma *parte* de sua liberdade externa inata em favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que essa dependência surge de sua própria vontade legisladora.

O Estado Social, muito mais do que nas formas de sujeição à lei, típicas do Estado de Direito, desenvolveu-se na Europa através da expansão dos aparelhos públicos, do aumento das margens de discricionariedade política, da acumulação de leis especiais, além de práticas administrativas e intervenções clientelistas que deformaram as estruturas do Estado Liberal. A adoção de uma lógica universalista da garantia *ex lege* dos direitos sociais, ao invés de intervenções discricionárias e seletivas do tipo burocrático, contribuiria para o controle da discricionariedade político-administrativa, e, portanto, do arbítrio e da corrupção. Tal perspectiva implicaria em uma compensação dos custos para a satisfação dos direitos sociais com a redução dos desperdícios produzidos pela burocracia parasitária que administra a assistência social de forma, algumas vezes, corrupta e com critérios potestativos e discriminatórios. Todavia, o modelo universalista dos direitos sociais vai de encontro à

---

<sup>280</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: a doutrina do direito*, § 47. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 158.

tendência de privatização da esfera pública e às escolhas liberistas que prevalecem na cultura política e na esfera de governo<sup>281</sup>.

Reportando-se ao cenário nacional, é visível que o Estado não tem cumprido de maneira satisfatória os direitos fundamentais, a exemplo do direito à saúde, tanto no que se refere à dimensão subjetiva quanto no que toca à dimensão objetiva. Em um passar d'olhos, é de se destacar a ausência de leitos nos hospitais, o expressivo tempo de espera dos usuários da rede pública, a deficiência na prestação de consultas, medicamentos e procedimentos, o desvio de recursos públicos, a simbiose entre o público e o privado, dentre outras patologias sistêmicas.

Para Avelãs Nunes, o capitalismo “acentuou as desigualdades e condenou à extrema pobreza milhões de seres humanos, espalhando, como uma nódoa a chaga da exclusão social”. Como se isso não bastasse, afirma o autor,

[...] aproveitam a maré para tentar convencer o mundo de que não é possível manter os ‘privilégios’ do estado-providência, nomeadamente os sistemas públicos de segurança social e o direito a um sistema público de saúde e a um sistema público de educação, universais e gratuitos, persistindo em nos querer convencer de que os sistemas públicos de segurança social começam a não ser sustentáveis porque o dinheiro não chega para tudo e porque as pessoas idosas são cada vez em maior número. Como se o aumento da esperança de vida, em vez de um ganho civilizacional, fosse uma condenação para a humanidade. Como se os trabalhadores não criassem hoje mais riqueza do que em qualquer período anterior na história<sup>282</sup>.

Diante disso, de que maneira se pode controlar o exercício do poder e o seu abuso – práticas corruptivas – e, ao mesmo tempo, ampliar as liberdades fundamentais, máxime na seara dos direitos sociais prestacionais? Como tornar efetivos os direitos fundamentais sociais em um cenário caracterizado por uma normatização includente e um sistema econômico excludente, de maneira a controlar os “poderes selvagens”?

As questões alvitradas demandam um raciocínio hermenêutico, com o pendular entre o cá e o lá do olhar, entre a previsão normativa e a situação da vida, conforme Engisch. Dito de outro modo, não há norma jurídica, mas sim norma jurídica interpretada (Häberle), sendo que é impositiva uma leitura constitucionalmente adequada do princípio da Separação de Poderes.

Nesse prisma, a ideia central do pensamento de Montesquieu, em uma apertada síntese, é a de que o poder conferido aos homens sem controles é passível de abusos. Daí a

<sup>281</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Col.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 453.

<sup>282</sup> NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 237.

noção de separação entre os poderes responsáveis pelas funções administrativa, legislativa e judicante, sendo que, em uma perspectiva republicana, a implantação de um sistema de freios e contrapesos, com limites e controles recíprocos (*checks and balances*), é fundamental para a preservação dos bens públicos.

Um sistema de garantias para a efetivação dos direitos sociais implica em uma releitura do princípio da Separação de Poderes, conforme será defendido no decorrer da tese, tomando-se como referência Ferrajoli, o qual faz uma distinção entre instituições e funções de governo e instituições e funções de garantia. Com o desenvolvimento do Estado Social e a constitucionalização dos direitos a prestações positivas, como, por exemplo, os direitos à saúde e à educação, desenvolveu-se, junto à esfera pública das proibições e dos limites negativos, uma esfera muito mais articulada e complexa de obrigações e vínculos positivos. Há, pois, duas esferas: a do indecível que, do que está proibido aos poderes públicos, a lesão ou limitação dos direitos de liberdade, e a esfera do indecível que não, do que é obrigatório para eles, isto é, a satisfação dos direitos sociais. Enquanto as instituições de governo têm a sua fonte de legitimação na representatividade política, sejam legislativas ou executivas, as instituições de garantia encontram legitimação na sujeição à lei e, em particular, à universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. A educação e a saúde pública não estão legitimadas, como as funções de governo no princípio da maioria, senão na aplicação imparcial da lei e de seu papel de tutela dos direitos fundamentais de todos, inclusive frente à maioria<sup>283</sup>.

Em suma: não há espaço válido para discricionariedade ou escolhas “legítimas” contra os direitos fundamentais, ou uma licença para o não-fazer, de tal modo a relegar as promessas constitucionais incumpridas ao esquecimento, como se fossem mera utopia do constituinte sem aplicabilidade prática. Tal percepção, em verdade, mascara um prejuízo ideológico, fruto do neoliberalismo, que aposta em um Estado mínimo e em uma economia livre de qualquer tipo de controle, ancorada em uma crença de que o Estado Social é impraticável e que não há como exigir direitos prestacionais. Isso porquanto a argumentação é pautada nos custos dos direitos, olvidando dos custos da ausência dos direitos ou da omissão inconstitucional lesiva dos direitos fundamentais.

A chave hermenêutica é a de que, sem a garantia dos direitos sociais, dentre eles, os direitos à educação e à saúde, os direitos à liberdade ou de participação política não são exercidos em sua plenitude, restando sensivelmente afetados. Ferrajoli sugere que a superação

---

<sup>283</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 94-6. (Tradução nossa).

da crise atual requer o desenvolvimento de uma cultura constitucional e de uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo de separações e de equilíbrios entre poderes, de limites e de garantias. É preciso, ainda, que o paradigma da democracia constitucional alcance plena realização, mediante a construção do sistema de garantias e de instituições de garantia capazes de colmatar a divergência entre o “dever ser constitucional” e o “ser” efetivo do direito e do sistema político, que chegou a ser patológica. A democracia, segundo o autor, é uma batalha sobretudo cultural, no sentido de que o nexó entre democracia e constituição é um fato cultural e o desenvolvimento da cultura é um fator essencial da construção da democracia<sup>284</sup>.

Conforme Gesta Leal<sup>285</sup>,

[...] Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas de poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência matéria não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequada.

Significa dizer que há um direito fundamental à boa administração pública, isto é, um “direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”<sup>286</sup>.

A seu turno, o controle da corrupção, mediante a autonomia constitucional da improbidade administrativa, com a previsão de um regime sancionatório autônomo, é de fundamental importância para a efetividade dos direitos sociais. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) tem sido interpretada, por determinada corrente doutrinária e jurisprudencial, de modo a afastar a sua incidência aos agentes políticos, cenário que pode prejudicar a atuação dos órgãos de controle, em especial o Ministério Público. A desigualdade

<sup>284</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 109. (Tradução nossa).

<sup>285</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 33.

<sup>286</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 123.



que está inserida na malsinada tese colide com as expectativas normativas da sociedade, cuja resposta contrafática merece uma sensibilização dos atores jurídicos no que toca aos fundamentos da punição de práticas corruptivas.

A construção de uma resposta para tal dilema encontra amparo em uma necessidade intransponível: a superação da ideia de poder discricionário, independentemente da estrutura de poder instituído. A ampliação do poder discricionário associada à fragilidade dos mecanismos de controle da corrupção produz uma verdadeira diluição do Direito na Política. Um quadro de corrupção sistêmica e de alopoiese que se opõe ao processo de substancialização da democracia, contribuindo para a fragilização da autonomia do Direito.

O fio condutor da relação entre as patologias corruptivas e o déficit de concretização dos direitos sociais constitui a aposta na ideia de uma ampla discricionariedade interpretativa (na linha de Dworkin), em qualquer esfera de poder. Não é possível mais aceitar as eventuais disparidades na relação entre os cidadãos e a Administração Pública, em uma lógica perversa cuja equação coloca em xeque os direitos sociais, na perspectiva traçada pelo juízo discricionário (arbitrário!) de escolhas políticas entretecidas no interesse de grupos econômicos, isto é, dos poderes privados<sup>287</sup>.

Tornou-se praxe a alegação da insuficiência de recursos públicos e da reserva do possível em um país que apresenta um dos melhores indicadores econômicos e, paradoxalmente, figura como uma das nações onde as desigualdades sociais são flagrantes, colocando em xeque o cumprimento das promessas da modernidade estampadas na Constituição.

Por sua vez, merece relevo o paradigma da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), prevendo um microsistema de tutela coletiva para o controle das patologias corruptivas, tendo como pautas de racionalidade o diálogo de fontes, a teoria do risco administrativo, acolhendo o legislador a responsabilidade objetiva das pessoas coletivas, não sendo viável o aprisionamento ao dogma da culpa. Não há que se falar em inconstitucionalidade do novel diploma, mas sim da observância da margem legítima de conformação do legislador<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> Segundo a Organização contra a Corrupção *Transparência Internacional*, o Brasil ocupa a 69ª posição dos 175 países analisados. A notícia de 18 de agosto de 2015 dá conta de que a referida Organização Internacional analisa operações de empresas ligadas à Petrobras na América Latina, em sete países: Argentina, Chile, Republicana Dominicana, Guatemala, Panamá, Peru e Venezuela. Disponível em: <<https://www.transparency.org/country/#BRA>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

<sup>288</sup> A Lei n. 12.846/2013, em vigor desde 29 de janeiro de 2014, prevê a responsabilidade administrativa e judicial das pessoas coletivas em virtude da prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Cumpre ressaltar que o diploma legal acolhe a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas coletivas em matéria de atos contrários à administração pública, nos âmbitos administrativo e civil, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade. Logo, não se perquire a culpa em matéria de responsabilização do ente coletivo em tais esferas, como se depreende do artigo 2º da Lei n. 12.846/2013,

De igual modo, cumpre ressaltar a Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), a qual, além de corporificar a concepção da democracia como governo do “poder público em público” (Bobbio), constitui um valioso instrumento de prestação de contas (*accountability*) dos poderes constituídos e de fiscalização por parte da sociedade e dos órgãos de imprensa. Isso porque uma das características fundamentais da democracia é o domínio do princípio da publicidade, de modo que a publicidade democrática “opõe-se aos segredos da autocracia. O governo autocrático abomina a publicidade, porque esta expõe aos olhos da população os elementos frágeis do poder”<sup>289</sup>.

A transposição da ponte entre o texto e a norma reclama, sobretudo, o nexa entre a independência das funções de garantia afetas ao Ministério Público e ao Judiciário e a efetividade das respostas constitucionalmente adequadas, à luz da integridade e da responsabilidade política em torno da afirmação dos direitos sociais na atual quadra da civilização brasileira.

A ampliação das liberdades fundamentais, com a concretização dos direitos sociais, reclama o controle do poder estatal, motivo pelo qual a ideia de controle da discricionariedade interpretativa precisa ir além do debate em torno da judicialização da política, para atingir as

---

salvo em relação às pessoas naturais, inclusive os dirigentes e administradores (artigo 3º, § 2º). Os atos lesivos à administração pública são definidos como todos aqueles praticados pelas pessoas coletivas que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos no Brasil (artigo 5º), sendo que a lei estabelece um rol de situações possíveis de responsabilização, tais como fraudes em licitações e contratos administrativos, corrupção, utilização indevida de interpostas pessoas naturais ou jurídicas (“testas-de-ferro”), além de atos voltados a dificultar a investigação ou fiscalização por parte dos órgãos de controle. Dentre as sanções administrativas, a lei prevê a imposição de multa de 0,1% até 20% do faturamento bruto da pessoa coletiva (nunca inferior à vantagem auferida pela empresa) e a publicação extraordinária da decisão condenatória, sendo que, dentre outros critérios a serem adotados, situa-se a “existência de mecanismos e procedimento internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Noutras palavras, empresta-se relevo à criação, no interior das pessoas coletivas, de mecanismos de *compliance*, ou seja, de programas de cumprimento de medidas e detecção de patologias corruptivas. No âmbito da responsabilização judicial, vale referir a possibilidade do ingresso de ação civil pública pelo Ministério Público e pelos demais legitimados do artigo 19 do diploma legal em comento, para pleitear a aplicação das sanções de perdimento de bens, direitos ou valores, suspensão ou interdição parcial das atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, bem como a proibição do recebimento de recursos governamentais. As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, sendo que o rito processual a ser adotado é o previsto na Lei n. 7.347/85. Houve a inequívoca construção das balizas para um novo microsistema de tutela coletiva, como o estabelecimento de uma espécie de “diálogo de fontes” (Erik Jaime) entre a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) e a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), no que toca à aplicação da rede sancionatória às pessoas jurídicas infratoras. Mister é sublinhar, pois, a importante função conferida ao Ministério Público, na condição de “instituição de garantia” dos direitos fundamentais (Ferrajoli), de maneira a desencadear o processo voltado à apuração das irregularidades, na esfera judicial, sendo de rigor uma efetiva aplicação da lei.

<sup>289</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 153. Daí que não procede a “asserção de senso comum que afirma ser a corrupção mais difundida em governos democráticos. O que ocorre é justamente o oposto: nas autocracias, onde o poder não exerce nenhum controle sobre o poder, a corrupção pode vicejar porque está oculta, ao passo que a democracia tende a revelá-la, criando a falsa impressão de que governos democráticos são mais corruptos do que governos autocráticos”. *Ibid.*, p. 153.

demais estruturas de poder estatal. O controle dos “poderes selvagens” é medida de rigor para a concretização dos direitos sociais no cenário brasileiro.

Revela-se, pois, fundamental um sistema jurídico que proteja os direitos fundamentais sociais, com mecanismos de controle de constitucionalidade e participação comunitária. No debate contemporâneo, os limites ao controle jurisdicional frente ao princípio democrático trazem uma perspectiva crítica em torno da revisão judicial da legislação, o que será debatido mais adiante.

### 3.7 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E *ACCOUNTABILITY*: POR UMA GOVERNANÇA RESPONSÁVEL

Ao criticar a representação política nos moldes em que coabita o cenário sociojurídico brasileiro, Ribeiro afirma que “decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado do uso de Medidas Provisórias, enfim, nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo”, assinalando que “deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram os mais distantes”<sup>290</sup>.

No mesmo sentido, Castoriadis refere que a ideia de representação significa que concordamos, em nosso próprio interesse, para um período de tempo determinado, uma “delegação irrevogável de poder para alguém”. Todavia, com o sistema representativo, a coletividade “entrega um mandato irrevogável por um largo período a *representantes* que podem atuar produzindo situações irreversíveis – de tal maneira que eles mesmos determinam os parâmetros e a temática de sua *reeleição*”<sup>291</sup>.

Podem ser considerados livres e iguais os indivíduos cujos direitos são (so)negados pela omissão administrativa lesiva de direitos fundamentais? Os (in)visíveis que vivem na cidade ilegal/informal, sem moradia digna, água, esgoto ou mesmo debaixo das pontes gozam de liberdade real? E os refugiados ambientais, que perderam o mínimo existencial em virtude das bruscas mudanças climáticas, causando enchentes, alagamentos, soterramentos, entre outros?

Na era da dignidade humana e das transformações sociais promovidas pelo Estado Democrático de Direito, impõe-se maior transparência nos atos administrativos e a sensível

<sup>290</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

<sup>291</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras de lo pensable*. (Las encrucijadas del laberinto VI). Tradução de Jacques Algasí. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2001. p. 157. (Tradução nossa).

diminuição da margem de discricionariedade do administrador, a qual, em determinados casos, beira ao arbítrio, seja pelo comportamento positivo ou pela inércia estatal.

Se o gestor tem discricionariedade para construir uma escola ou promover uma festa, ampliar o número de leitos para internação ou pintar as cores dos prédios públicos de acordo com sua preferência pessoal e partidária, abrir concurso público para a admissão de policiais, professores e médicos ou ampliar as despesas com “penduricalhos” ou adornos suntuosos, algo está errado! Extraí-se, das referidas ilustrações, um teste de validade à observação e à própria “irritação” do Direito, compreendido como sistema autopoiético, ou seja, normativamente fechado e cognitivamente aberto<sup>292</sup>.

A maximização dos espaços discricionários de decisão, associada ao (des)controle das despesas públicas e à falta de empoderamento e do exercício dos direitos pelos cidadãos, constituem fatores que podem incentivar a manutenção do *status quo* e a aproximação de práticas corruptas que se distanciam do ideal democrático. Há uma quebra da auto-referencialidade e do código binário lícito/ilícito, Direito/Não-Direito, atentando contra a própria funcionalidade do sistema jurídico. Em suma, *não há Direito sem democracia*.

A partir de uma ruptura com a dogmática jurídica forjada na modernidade, Chevallier afirma que o direito pós-moderno, além de ser plural, negociado, flexível e reflexivo, é marcado pela incorporação da complexidade do real, transformando-se em um “instrumento flexível de pilotagem e governança; de meio de ‘governo’ das sociedades, ele se torna instrumento de uma ‘governança’ que segue as vias mais sinuosas”<sup>293</sup>.

O déficit de governabilidade é consectário do modelo brasileiro de democracia presidencialista, caracterizado pela coalizão entre diferentes agremiações partidárias, independentemente da ideologia, em prol da disputa pelo poder político. As relações entre o Executivo e o Legislativo, vez por outra, envolvem a disponibilização de cargos na estrutura administrativa ou a concessão indiscriminada de recursos públicos sob a forma de emendas parlamentares, situação que culminou com a Emenda Constitucional n.º 86/2015 (orçamento impositivo às emendas parlamentares), vinculando o orçamento à satisfação de interesses político-partidários.

A esse respeito, assume relevo a ideia em torno da *relação jurídico-administrativa* (Häberle), a partir de uma “criação finalista” voltada à aproximação entre a Administração e a cidadania na consecução dos direitos fundamentais sociais. Reconhece, de um lado, as

---

<sup>292</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. p. 510 e ss.

<sup>293</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 182.

prestações afetas ao Estado e, de outro, o dever fundamental dos cidadãos em uma perspectiva cooperativa, para além do individualismo. Nesse sentido, apresenta uma definição de relação jurídico-administrativa:

Nesta via que leva ao que denominamos ‘relação jurídico-administrativa’ como ‘criação finalista’ haveria que tratar justamente as estruturas de interesses específicos de cada um dos setores administrativos e seus específicos direitos (no que diz respeito à Administração cultural, à economia, à municipalidade, à ordenação urbanística, à proteção do meio ambiente e dos direitos sociais), tanto como se faz com o Direito Administrativo comum sempre no horizonte das tarefas administrativas do Estado constitucional que as inclui também como tarefas fundamentais. A relação jurídico-administrativa se desenvolve, existe, se transforma e desaparece no espectro de tensão que geram os interesses ínsitos aos direitos fundamentais, e orientam de forma ‘funcional’ seus próprios fins – ‘funcional’ entendido aqui em seu mais amplo sentido –, como elemento de funcionalidade que se forma na cooperação entre a Administração e cidadania, sentido que é uma antecipação de todos os conflitos que isso por sua vez gera. Assim, o Direito administrativo ‘material’ se adianta ao ‘processual’, já que a capacidade de revisão das decisões administrativas somente obtém êxito tendo em vista todo o amplo elenco da possível ordem existente entre a Administração e a cidadania no sentido próprio. Mediante a relação jurídico-administrativa se leva a sério a cidadania a nível individual, assim como em sua capacidade de responsabilidade conjunta dentro da municipalidade: a responsabilidade administrativa e as prestações cidadãs se somam em uma unidade especial conforme a Lei Fundamental no sentido de lograr assim a ‘sociedade aberta de intérpretes administrativistas’<sup>294</sup>.

A governança pública vem a ser a adoção de uma metódica voltada ao aperfeiçoamento democrático dos poderes constituídos, a partir da eficiência e da sustentabilidade. Noutras palavras, a *good governance* significa a condução responsável dos

---

<sup>294</sup> HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. 2. ed. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2013. p. 230-1. Todo Estado prestacional depende de sua própria cidadania, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, pois se trata de lograr eficiência em e através da liberdade, mas sempre acompanhada de igualdade. A relação jurídico-administrativa representa o corredor para uma relação que transcende a mera generalidade entre Estado e cidadania. É um encontro especial e cada vez mais frequente que se dá mais além do efêmero e em forma mais intensa. Uma Administração próxima à cidadania não constitui como tal, em si mesma, nenhuma relação jurídico-administrativa, mas conduz de forma cada vez maior e mais ampla a ela, fazendo-a cada vez mais plena. A relação jurídico-administrativa é um instrumento normal de proximidade cidadã cada vez maior frente à Administração, que por sua vez serve para entreter de forma mais intensa os interesses da cidadania e Administração, assim como para a realização dos direitos fundamentais “desde a base”, é dizer, desde o povo. As relações jurídico-administrativas possuem uma dupla faceta “material e processual”, observando-se de forma mais tangível no *status activus processualis* mediante procedimentos administrativos ou contenciosos administrativos, orientando-se pelos seguintes aspectos: a) o cidadão como ser responsável, autônomo e ativo; b) o cidadão em simbiose com sua Administração, de modo que a realidade administrativa moderna cria uma interdependência simbiótica entre a cidadania e a Administração; c) as liberdades e os direitos da cidadania dentro das relações jurídico-administrativas variam segundo suas respectivas propriedades. Destaca o autor a necessidade de diálogo entre cidadania e Estado, de modo a se assegurar a permanência no cumprimento das tarefas administrativas frente à cidadania, feitas de forma credível, socialmente ética e juridicamente realizável. *Ibid.*, p. 226, 232-3, 238-41, 254. (Tradução nossa).

assuntos do Estado, ao implicar na adoção de práticas responsáveis por parte dos poderes constituídos, acentuando a interdependência funcional dos Estados, além de insistir em “questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação”<sup>295</sup>. Ao realçar o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado, a ideia de boa governança acena para uma nova cidadania, ao “pressupor *accountability* (dever de cuidado dos poderes públicos e o dever de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia profunda da actuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos)”, retomando a concepção de “*cidadania activa e participativa*, e não apenas da cidadania representativa”<sup>296</sup>. Uma perspectiva limitada de democracia ao processo de eleições, com escolha periódica dos representantes políticos, contribuiu para ofuscar o papel do liberalismo e do republicanismo na poliaquia, gerando problemas referentes à discussão da *accountability* horizontal<sup>297</sup>.

A transição do regime autoritário para os governos eleitos democraticamente não põe fim à construção da democracia, sendo necessária uma segunda transição rumo à consolidação de um regime democrático. Isso porquanto há um tipo especial de democracia, a “democracia delegativa”, em que a delegação prevalece sobre a representação, tendo como consequência o fato de que o presidente assume o papel de “encarnação da nação”, uma “figura paternal” responsável por ser o “fiador do interesse nacional”, sem compromisso com as promessas eleitorais e governando como lhe convier<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 327.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 334.

<sup>297</sup> Na perspectiva trabalhada por O'Donnell, *accountability horizontal* significa “a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas”. Para a concepção delegativa de autoridade política, “é a dimensão dos constrangimentos republicanos que é mais contra-intuitiva. Por que reconhecer poderes outros que não o próprio quando se está, presumivelmente, tentando aproximar objetivos que levam a algum aspecto do bem público? E por que não beneficiar a si próprio, à família, ao clube, ou aos sócios nos negócios enquanto se está em um cargo público, se ao mesmo tempo se está (ao menos supostamente) buscando algum aspecto do bem público?”. Em razão disso, defende a separação liberal e republicana entre as esferas pública e privada, bem como a efetividade da *accountability* horizontal, mecanismos que incluem, além das instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, nas poliarquias contemporâneas, “várias agências de supervisão, como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas”. Destaca, ainda, a importância da *accountability* vertical, inclusive, mas não apenas, com as eleições, pontuando que o código delegativo enfraquece o componente democrático, sublinhando a questão já visualizada por Madison: “como construir poderes que em um espírito liberal e republicano refreiem as tentações usurpadoras de outros poderes e que ainda satisfaçam à demanda democrática de propiciar governos não se esqueçam de que são devedores frente àqueles que são a fonte de sua pretensão de governar”. O'DONNELL, Guillermo. “*Accountability* horizontal e novas poliarquias”. *Lua Nova*, n. 44, 1998. p. 40-3.

<sup>298</sup> *Id.* “Democracia Delegativa?”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, out. 1991. p. 25-40. Segundo o autor, a “democracia delegativa” implica em ausência de obrigatoriedade em relação à prestação de contas em face de outras instituições (*accountability* horizontal).

Reportando-se ao contexto indiano, mas que se identifica em determinados aspectos com a realidade brasileira, Drèze e Amartya Sen sustentam a vinculação entre a questão da *accountability* e a corrupção:

A questão da *accountability* está estreitamente relacionada com a corrupção, que recebeu uma grande atenção em debates políticos recentes na Índia. Na ausência de bons sistemas de *accountability*, além de graves negligências de deveres, pode haver muita tentação para os funcionários públicos de taxar a ‘preços’ elevados o que eles na verdade deveriam entregar como parte de seu trabalho. Essa ‘recompensa’, um exemplo de corrupção com base em privilégio oficial, também pode causar uma distorção de um serviço supostamente público em benefício de pessoas que têm os meios e a vontade de comprar favores. A corrupção tornou-se uma característica tão endêmica da administração e vida comercial indianas que, em algumas partes do país, nada se move na direção pretendida a menos que a mão do servidor seja molhada. [...] Quando um sistema é defeituoso e dá às pessoas o tipo errado de incentivos – possibilitando que se negligencie um dever e se colham lucros ilícitos sem penalizações sistemáticas –, o que tem de ser alterado é o próprio sistema. Por exemplo, qualquer sistema que deixa funcionários públicos efetivamente no comando – ou permite o domínio oligárquico – sobre a concessão de licenças (por exemplo, de importação ou de mineração), sem supervisão e fiscalização, pode-se tornar um campo minado de práticas corruptas<sup>299</sup>.

Há três questões centrais no que se refere à prevalência da corrupção nos serviços públicos: a) a corrupção floresce em um cenário de obscuridade informacional; b) a corrupção sobrevive em um ambiente social de tolerância, como uma espécie de um “comportamento padrão”; e c) a corrupção pode ser reduzida por intermédio de uma “ameaça real de acusação e sanção”. Em suma, “o tripé formado por lacunas de informação, leniência social e dificuldade acusatória está entre os fatores que mais ajudam a sustentar uma cultura de corrupção”<sup>300</sup>.

Diante do cenário ora descrito, o que pode ser feito diante dos fatores assinalados? Drèze e Amartya Sen lançam as seguintes perspectivas de compreensão: a) diante do problema da obscuridade informacional, a Lei do Direito de Informação de 2005 foi um passo importante para uma maior transparência e acesso à informação (no Brasil, tem-se a Lei de Acesso à Informação – Lei n.º 12.527/2011); b) em face da leniência social, uma maior transparência de informações, a utilização da “denúncia e execração pública”, “desde que a denúncia venha antes da execração”, além de campanhas públicas e a utilização hábil da Lei do Direito de Informação, combinado com o uso da mídia construtiva; c) em relação ao

<sup>299</sup> DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes, Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 113-4.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 114-5.

terceiro ponto – o da acusação eficaz –, mesmo com um “número relativamente pequeno de casos de acusações bem-sucedidas, se forem rigorosas e bem divulgadas, é possível causar efeitos dissuasivos relevantes sobre a incidência de corrupção”. Ressaltam os autores, em especial, as “ineficiências do sistema jurídico, o clientelismo político de elementos corruptos, a falta de mecanismos de proteção para delatores e a relutância geral das autoridades estatais em permitir o julgamento de funcionários do governo”<sup>301</sup>.

Uma democracia somente se legitima se os cidadãos têm “verdadeiro poder para atuar como tais, é dizer, se são capazes de desfrutar da série de direitos que lhes permitam demandar participação democrática e considerar dita participação como um título”. O conjunto de direitos não deve considerar uma extensão das demandas privadas de privilégios frente ao Estado, como fizeram muitos pensadores liberais, tampouco um mero conjunto de medidas benéficas redistributivas que permitam atenuar as diferenças de oportunidades, como ocorreu com muitos teóricos do estado de bem-estar. Ao contrário, se trata de uma “forma de especificar certas condições necessárias para a autonomia de todos os cidadãos, é dizer, para uma estrutura comum de ação política”. Assim, se “*se opta pela democracia, se deve optar por colocar em marcha um sistema radical de direitos e obrigações*”, sendo que tais obrigações que derivam da necessidade de “respeitar os direitos iguais dos demais e assegurar que desfrutem de uma estrutura comum de atividade política”<sup>302</sup> (grifo do autor).

Em relação ao emprego das novas tecnologias no âmbito da participação política dos cidadãos, Perez Luño afirma que um dos principais caminhos das democracias do presente é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados que

---

<sup>301</sup> Cumpre notar, ainda, a preocupação dos autores voltada ao aumento do nível do ensino; às mudanças legislativas e institucionais; à melhor utilização “da tecnologia na prevenção da corrupção”, com a informatização do sistema público de distribuição; à descentralização do poder e do processo de tomada de decisões; às mudanças nas normas sociais; e às exigências por parte das pessoas de uma maior *accountability*, “fruto do trabalho de toda uma variedade de iniciativas públicas e movimentos sociais que dão expressão a essa demanda”. Admitem, no entanto, que “não há ‘solução mágica’ que possa, sozinha, pôr em prática uma maior *accountability*. Em vez disso, temos de buscar uma combinação de iniciativas que incluam a reforma dos sistemas de administração e de investigação, alternando a estrutura de incentivos, a realização de reformas legais adequadas, reduzindo a tolerância social da desonestidade financeira e expandindo o uso de disposições já codificadas na Lei do Direito à Informação e em legislações relacionadas, e o estabelecimento de um jornalismo investigativo que vise relatar, de forma sistemática, o mau comportamento do qual não se presta conta. O progresso resultante pode ser lento, mas as propriedades de um círculo virtuoso de mudança comportamental podem ganhar impulso para alcançar uma velocidade inesperada – a julgar pela experiência de outros países do mundo, como a Itália, que estava mergulhada, não muito tempo atrás, no que costumava ser chamado de ‘crise deontológica’. O mundo tem constatado repetidas vezes que o que parecer ser irremediavelmente impossível de mudar pode não ser tão irremediável assim”. DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes, Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 114-25.

<sup>302</sup> HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução de María Hernández. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 390.



redunde em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência da atividade pública<sup>303</sup>.

A teledemocracia apresenta as seguintes virtualidades políticas: a) contribui para a operatividade de um poder democrático real e efetivo; b) promove o deslocamento do protagonismo político dos partidos aos cidadãos; c) constitui um meio para evitar as disfunções dos sistemas eleitorais, uma vez que se denunciam determinadas injustiças, desigualdades e limitações da liberdade que incidem na prática eleitoral; d) configura um fator corretivo das distorções da representação política; e) o recurso à teledemocracia auxilia no controle da corrupção da democracia representativa – pressão de grupos privados sobre os parlamentares, além do elevado custo da propaganda política –, devolvendo o poder político aos cidadãos e evitando a sua concentração nos partidos; f) o papel da teledemocracia contribui para eliminar a manipulação da opinião pública<sup>304</sup>.

Do ponto de vista jurídico, a teledemocracia pode contribuir para a participação real e consciente dos cidadãos no processo legislativo, sendo que as novas tecnologias, de um lado, podem afirmar um novo tipo de cidadania – *cibercidadania* –, estabelecendo o autor como contraponto o risco de uma indesejável *ciudadania.com*, cujo titular se torne um sujeito passivo da manipulação dos poderes públicos e privados<sup>305</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 23 de abril de 2015<sup>306</sup>, houve o julgamento do mérito do tema 483 da Repercussão Geral, com a seguinte ementa:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDORES PÚBLICOS.**

Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos.

Sobre a importância da informação na concretização dos direitos sociais, Limberger e Saldanha apontam a ocorrência de uma “fuga do Direito Administrativo para o Direito

<sup>303</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 64.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 74-80.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 80 e 100.

<sup>306</sup> O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário (ARE 652.777), fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias, reafirmando precedente já existente no Tribunal (SS 3.902 AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 3-10-2011).

Privado”, de modo que a saúde, a educação e a previdência são exercidas pela iniciativa privada, sendo que, no Brasil, 74,2% dos brasileiros são usuários do SUS, o que implica no fato de que as pessoas mais necessitadas têm que fazer uso do sistema público de saúde, ao passo que 25,8% das pessoas têm condições de pagar um plano de saúde particular. A partir de pesquisa realizada, concluem que os entes federativos municipais “com maior porte e estrutura oferecem maiores condições de disponibilidade dos dados fiscais”, bem como no sentido de que a transparência é uma “via de mão dupla: de um lado, a administração tem o dever de dar publicidade aos seus atos; e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado”<sup>307</sup>.

Se um determinado Município, a título de ilustração, despense expressivo aporte de recursos públicos com publicidade, festas e eventos, amargando a ausência de programas direcionados ao tratamento da dependência química de crianças e adolescentes e à efetivação das medidas socioeducativas em meio aberto, afigura-se legítimo ao Ministério Público, em sede de ação civil pública ou na fase executiva (sincretismo processual), postular o bloqueio de valores e até mesmo que o Executivo se abstenha de realizar tais gastos enquanto não realizados os programas sinalados ao público infanto-juvenil. Busca-se, com isso, a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, à luz de uma interpretação que prestigie a pessoa humana, em consonância com o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

A realocação de verbas públicas, tal como sugerido, decorre de uma interpretação pós-positivista e que reflete a normatização ratificada pelo Estado Brasileiro, a nível internacional, da cláusula de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, contrapondo-se à discricionariedade do órgão decisório e à violação aos direitos humanos decorrentes da inércia administrativa<sup>308</sup>. Todavia, não se coaduna tal proposta como uma espécie de ativismo

---

<sup>307</sup> LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cibercidadania* no mundo globalizado: os desafios das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Bogotá, ano XIII, p. 221-9 em especial, 2012. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr15.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

<sup>308</sup> Para Bonavides, no pós-positivismo, a preocupação fundamental é com a concretização dos direitos fundamentais, os quais são a “bússola das Constituições”. Consoante o autor, a pior das inconstitucionalidades é a de natureza material, “deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. O Estado padece com relação ao controle desses fatores um *deficit* de soberania, tanto interna como externa, perdendo assim, em elevado grau, a sua capacidade regulativa. Isto, que já ocorria desde muito com patente força, aumentou de intensidade a partir da globalização e do neoliberalismo. Tanto na doutrina como na *praxis* política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão que enfraquecem o Estado, obrigando-o a evacuar o espaço de

judicial, em afronta ao princípio da separação de Poderes<sup>309</sup>, mas sim, na esteira da responsabilidade hermenêutica e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, para a correção de rumos e a transformação da realidade social.

A eficácia dos direitos sociais não pode ser objeto de “tergiversação ou concessões políticas, barganhas como produtos em uma feira de supérfluos, mais ainda quando sabemos que os mesmos se constituem em meios para a concretização das liberdades”<sup>310</sup>. Isso porquanto a legitimidade de um governo está vinculada à demonstração de igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade, de modo que a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política<sup>311</sup>.

A fim de imprimir rumo à investigação, é mister analisar o tema dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais, na perspectiva dos limites e das possibilidades do controle jurisdicional, à luz do paradigma da reviravolta ontológico-linguística e do debate acerca da sua justiciabilidade entre procedimentalismo e substancialismo.

---

fomento e proteção de direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justiciabilidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 615-6.

<sup>309</sup> Segundo Montesquieu, buscando apoio na Constituição da Inglaterra, há em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes (poder executivo do Estado) e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil (poder de julgar). Afirma que a “liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-la tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-8.

<sup>310</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 98.

<sup>311</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX.

## 4 DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A reviravolta hermenêutica concebeu a linguagem como condição de possibilidade e não como mero instrumento designativo, com reflexos na interpretação dos eventos jurídicos, na perspectiva da intersubjetividade no mundo prático, mediante uma crítica à filosofia da consciência e ao sujeito solipsista (modernidade). As recepções teóricas equivocadas no Brasil do ativismo judicial estadunidense – descurando-se o seu contexto contingencial – e do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo principialista – pretensão de correção da moral – promoveram a axiologização dos princípios – os quais são deontológicos –, além da adoção indiscriminada na ponderação, a qual não problematiza os seus pressupostos. Por sua vez, do debate entre as correntes do procedimentalismo e do substancialismo – tensões e pontos de convergência –, além de uma (re)leitura do princípio da Separação de Poderes, à luz de uma concepção republicana associada ao contributo teórico de Ferrajoli (instituições/funções de governo e instituições/funções de garantia), estudam-se a legitimação, o sentido e o alcance do controle jurisdicional dos direitos sociais e das respectivas políticas públicas

### 4.1 O PARADIGMA SOLIPSISTA NO DIREITO E A REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA

Da metafísica clássica e da visão objetivista do Direito (concepção aristotélico-tomista), percorreu-se o caminho inverso, isto é, rumo à filosofia da consciência, à semelhança da obra “Medida por Medida”, de Shakespeare.

Na mencionada peça, percebe-se que o governador Ângelo, ao analisar a conduta praticada por Cláudio – condenado por “crime de luxúria” (fornicação com a noiva Julieta antes do casamento) – inclina-se do objetivismo (aplicação da lei “às secas”) ao subjetivismo arbitrário, diante da beleza da irmã do agente (Isabela) e da proposta lançada de deitar-se com ela para que soltasse o condenado, livrando-o da pena de morte.

Transcrevem-se trechos dos diálogos entre Ângelo e Isabela, sendo que, para fins didáticos, tomar-se-ão as seguintes designações alusivas aos fundamentos lançados na decisão

de aplicar ou não, no caso da literatura, a pena capital em face de Cláudio: Ângelo I e Ângelo II<sup>312</sup>:

**(Ângelo I)**

[...] ÂNGELO – Vosso irmão se encontra sob a ação da lei; por isso, malgastais as palavras.

ISABELA – Ai de mim! Todas as almas, no passado, estavam condenadas também; mas o que tinha poder para puni-las soube dar-lhes remédio. Onde estaríeis se Ele, acaso, que é o supremo Juiz, fosse julgar-vos pelo que sois apenas? Pensai nisso, e a Clemência da bocha há de brotar-vos, como do primeiro homem.

ÂNGELO – Resignai-vos, bela menina, mas é a lei que pune vosso irmão, não sou eu. Fosse ele, embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã.

**(Ângelo II)**

[...] ÂNGELO – Admiti que não haja Outro recurso para salvar-lhe a vida ou qualquer outra; falo em termos gerais – a não ser este: que vós, sua própria irmã, vos encontrásseis requestada de alguém que, por motivo de sua posição, tivesse influência junto do juiz, e a vosso irmão pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?

ISABELA – Por meu irmão, o que por mim faria. Se eu me sentisse acaso na iminência de morrer, aceitara como sendo rubis as marcas todas do chicote, e me despira para entrar na tumba como em um leito há muito cobiçado sem consentir que o corpo me poluíssem.

ÂNGELO – Sendo assim, vosso irmão deve morrer.

ISABELA – É o meio mais barato, pois é melhor que o irmão morra de um lance, do que ficar morrendo eternamente a irmã, para salvá-lo.

ÂNGELO – Não seríeis, assim, tão cruel como essa sentença que acusais?

ISABELA – Resgate ignominioso e perdão livre são coisas diferentes; a demência legítima não tem afinidades com a redenção infame.

ÂNGELO – Há alguns momentos, da lei fazíeis um tirano, vendo no ato de vosso irmão mais um desporto do que mesmo uma culpa.

ISABELA – Oh, perdoai-me, senhor! Sucede às vezes que quem quer algo esconde o pensamento. Atenuo o que odeio, em benefício da pessoa a que amo ternamente.

ÂNGELO – Nós somos todos frágeis.

ISABELA – Pois que morra meu irmão se ele, apenas, sem ter cúmplice, for dono e herdeiro dessa tua fraqueza.

ÂNGELO – As mulheres são frágeis como os homens.

ISABELA – Sim, como seus espelhos, que tão pronto refletem formas, como se espedaçam. Oh, as mulheres! Deus as guarde! Os homens, delas se aproveitando, estragam tudo quanto eles mesmos criaram. Sim, chamai-nos dez vezes frágeis, porque somos brandas como a cute que temos e sensíveis às falsas impressões.

ÂNGELO – De grado o creio. Firmado, então, no próprio testemunho do vosso sexo – pois só somos fortes, penso, ao ponto de sermos abalados pelos deslizes – vou ser corajoso: pego-vos na palavra: sede apenas o que sois, a

<sup>312</sup> Esta é uma leitura possível que foi proposta por Lenio Streck, entre outros estudos, em: É possível fazer direito sem interpretar?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 27 set. 2015.

saber: mulher. Se fordes mais, não sereis nenhuma. Mas se o sois, como vosso exterior assaz o indica, demonstrai-o nesta hora, revestindo-vos do trajo competente.

ISABELA – Só disponho de uma língua, senhor; instante peço-vos que volteis a falar na outra linguagem.

ÂNGELO – Direi, pois, sem ambas, que vos amo.

ISABELA – Meu mano amou Julieta, e me dissestes que por isso ele morre.

ÂNGELO – Não morrerá, Isabel, se amor me derdes<sup>313</sup>.

Na época da modernidade iluminista, teve espaço significativo, diante da busca incessante da razão e da certeza – o “cogito” (Descartes) –, razão pela qual a subjetividade acabou por assujeitar o objeto da relação, instrumentalizando-o de tal modo a vingar um solipsismo. Dito de outro modo, o sujeito solipsista é o indivíduo egoísta, que não compartilha das expectativas comunitárias e, na atualidade, é revestido da crença do “decido conforme a minha consciência” (Streck).

O problema do positivismo não é mais o “juiz boca da lei”, na expressão de Montesquieu (“modelo exegético Ângelo I”), mas sim, como se decidem os casos, isto é, como se controla o poder discricionário dos juízes (modelo solipsista “Ângelo II”). Como salienta Losano<sup>314</sup>, o século XX põe em discussão o idealismo kantiano e a fé na racionalidade, pontos de apoio da teoria pura do Direito de Kelsen. No Direito, contesta-se a lógica como principal instrumento da interpretação, privilegiando-se a vontade do juiz em relação à dedução lógico-formal. A questão na qual Kelsen, ao edificar sua teoria pura, deixa em aberto é justamente a interpretação do Direito, vista como ato de conhecimento e como ato de vontade, processo mediante o qual o juiz, em sua concepção, seria livre para interpretar, dentro da moldura da norma jurídica<sup>315</sup>.

<sup>313</sup> SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 5 ago. 2015.

<sup>314</sup> LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, (v. 2), p. 135. Kelsen, em sua Teoria Pura, procura realizar uma depuração do mundo real. A validade do direito positivo é explicada “mediante uma estrutura piramidal (a graus, hierárquica), na qual as normas de nível inferior recebem sua validade das superiores. A norma positiva mais elevada é a constituição, que recebe sua validade da norma fundamental; e esse é o elemento mais controvertido da doutrina inteira. Kelsen a define, de fato, como ‘uma norma não posta, mas pressuposta’; como expressão de um ato de vontade fictício; como pressuposto lógico-transcendental do sistema inteiro”. Ibid., p. 51.

<sup>315</sup> Nessa linha de entendimento, a “fixação de normas jurídicas individuais é a função específica dos tribunais. Ao esses decidirem um caso concreto em aplicação de uma norma jurídica geral, é sua decisão uma norma jurídica individual: a individualização ou concretização da norma jurídica geral aplicada. Mas também quando eles – para isso autorizados – decidem segundo poder discricionário completamente livre, tem sua decisão o caráter de uma norma jurídica individual, se eles, agora, decidem que – afinal de contas – um ato de coerção deve realizar-se. [...] Por isso, a fórmula conhecida do jurista americano e antigo membro do tribunal supremo, *Oliver Wendell Holmes*: ‘As profecias do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por direito’. Isso também se aplica para a tese de um outro teórico do direito americano, *John Chipman Gray*: ‘Todo o direito é direito produzido por juiz’”. KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico?. In: HOLLERBACH, Alexander et al. (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

Na aplicação do direito propugnada pelo realismo jurídico, a decisão do caso concreto não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, passando-se do formalismo ao antiformalismo, sendo que o juiz decidia “segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador. A relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador”<sup>316</sup>.

No Movimento do Direito Livre, cujo expoente foi Hermann Kantorowicz, o objetivo consistiu na contraposição entre a “rigidez da certeza do direito, muitas vezes sufocante, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes imprevisível”. Por outro lado, com o advento do nacional-socialismo, a teoria era utilizada “para desvincular os juízes do respeito à lei e para obter, assim, uma jurisprudência de partido”<sup>317</sup>.

O debate em torno do positivismo é uma discussão em torno de rupturas paradigmáticas, sendo que a característica nuclear do positivismo, qual seja, a discricionariedade, está ligada ao paradigma da subjetividade, ou seja, ao esquema sujeito-objeto. Nessa linha, a discussão está ancorada “na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico”<sup>318</sup> (grifo do autor). É preciso, pois, uma quebra do paradigma do solipsismo filosófico, o qual anima a discricionariedade positivista, alicerçado na “consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”, isto é, que o “mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’”<sup>319</sup> (grifo do autor).

A reviravolta linguística (*linguist turn*) demonstra que não se pode filosofar sem a linguagem, tese sobre a qual se concentra o pensamento filosófico do século XX, haja vista que esta é o “momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo

<sup>316</sup> LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura do direito: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, (v. 2), p. 143. O mais significativo representante do realismo americano foi Oliver W. Holmes, corrente que sustenta que “o direito se extrai da análise das sentenças. Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente!) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro. ‘What I mean by the law’, afirma Holmes, são ‘the prophecies of what the courts will do in fact’”. Ibid., p. 144.

<sup>317</sup> Ibid., p. 158 e 163.

<sup>318</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 60.

<sup>319</sup> Ibid., p. 60-1. Explica o doutrinador que o sujeito solipsista está na base de afirmações do tipo “*decido conforme minha consciência*”, configurando uma construção filosófica que tem como “ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de *mundo como vontade e representação*”. Ibid., p. 60-1 (grifo do autor). Segundo Blackburn, o solipsismo consiste na “crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. O solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, e de não se conseguir encontrar uma ponte pela qual esses estados nos dêem a conhecer alguma coisa que esteja além deles. O solipsismo do momento presente estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente”. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 367.

que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística”. Em suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein, em uma ruptura com paradigma estritamente lógico do discurso, desenvolvido no *Tratado Lógico-Filosófico*, insere a linguagem dentro do contexto vivencial, ou seja, dos jogos de linguagem, de tal modo a referida expressão “deve salientar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”<sup>320</sup>. Na sequência, a pragmática existencial e a reviravolta hermenêutico-transcendental, no eixo Heidegger-Gadamer lançam suas bases sobre o ser e o compreender, passando a linguagem a ser um elemento imprescindível e co-constitutivo do processo reflexivo<sup>321</sup>.

Nessa senda, a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer), na perspectiva dos direitos fundamentais, buscam, na intersubjetividade, uma necessária alteridade tendo em vista a relação sujeito-sujeito. Dito de outro modo, o sujeito não mais é assujeitado pelo objeto, tampouco assujeita este, mas sim, o ser é destacado na relação com os entes, por intermédio do *dasein*<sup>322</sup>.

O discurso do apego ao método colima o ponto nevrálgico da subjetividade, promovendo o “esquecimento do ser” (Heidegger) e a prévia antecipação de sentido provocada pelo *dasein*, comparável a uma clareira na escuridão, ou seja, há um desvelamento e um velamento do ser que se revela nos entes. O *a priori* compartilhado, as pré-compreensões, os pré-juízos – e prejuízos – que brotam do compartilhamento de experiências mundivivenciais do ser humano como ente de relação, colocam em xeque o método como instrumento hábil para se alcançar a verdade. É por isso, para alguns autores, a obra *Verdade e Método* (Gadamer) merece compreensão como *Verdade contra o Método*<sup>323</sup>.

Noutras palavras, o método, com sua pretensão de abarcar e sistematizar a realidade, sempre deixa escapar algo, e, não bastasse isso, chega tarde na resolução dos conflitos,

<sup>320</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montanoli. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2012. p. 27. A “importância de tais possibilidades de transformação, por exemplo, de todas as frases afirmativas em frases que se iniciam com a cláusula ‘Eu penso’ ou ‘Eu creio’ (portanto, digamos, em descrições de *minha* vida interior) vai-se mostrar mais claramente em um outro lugar. (Solipsismo.)”. Ibid., p. 28.

<sup>321</sup> Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 13, 201 e 225 e ss.

<sup>322</sup> A “questão da diferença ontológica, que será progressivamente o tema central da filosofia heideggeriana, deve ser visualizada em sua vinculação com a circularidade do ser-aí [...]. À medida que o ser-aí é onticamente ontológico, à medida que ‘ao ser-aí pertence compreensão do ser’, à medida que ‘no homem impera um pertencer ao ser’, à medida que ‘o ser apenas se manifesta fenomenologicamente e dura enquanto, através de seu apelo, se endereça ao homem’, afirmamos que a diferença ontológica acontece na faticidade circular do ser-aí. A diferença ontológica revelar-se-á, portanto, como acontecer concreto da circularidade do ser-aí, emergindo da ambivalência que perpassa a faticidade do ser-aí enquanto mergulhado na verdade e na não-verdade, no velamento e desvelamento”. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 276-7.

<sup>323</sup> É a posição da doutrina, dentre outros, de Ernildo Stein e Lenio Streck.



justamente porque, ao interpretarmos, já compreendemos. Heidegger<sup>324</sup> destaca que a interpretação de algo como algo funda-se em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia. Na mesma linha, interpretamos porque compreendemos e não compreendemos porque interpretamos, não se tratando de mero jogo de palavras, mas sim, a presença do ser-aí no processo de produção de sentido, nomeadamente na esfera jurídica, havendo, pois, uma fusão que deságua na *applicatio*, isto é, na aplicação do Direito à situação concreta pelo intérprete. Assim, interpretar e aplicar são coisas incindíveis<sup>325</sup>.

Há um *encurtamento hermenêutico*, mediante a rejeição das “verdades eternas” e das “leis naturais”, com a superação da metafísica, além da proposta da superação da relação sujeito-objeto, que busca apoio nas teorias da consciência, discutindo-se uma nova questão do método, qual seja, *a analítica existencial*, como projeto de Ser e Tempo<sup>326</sup>.

Afinal, é preciso de um método para a concretização dos direitos sociais e das políticas públicas?

A hermenêutica filosófica, ao decretar a “morte” do método, não se mostra, por isso, consentânea com o irracionalismo ou com o subjetivismo arbitrário. Ao revés, designadamente em face de tal constatação – a crise do método – é que o intérprete precisa ancorar-se na tradição que decorre do processo histórico e da consciência dos efeitos da história nos institutos e na tomada de decisão<sup>327</sup>. Ademais, o caráter alográfico do Direito

<sup>324</sup> Heidegger salienta que sua obra *Ser e Tempo* que “a interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender [...]. A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 209-11.

<sup>325</sup> “Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: esses *dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentados pelo esquema sujeito-objeto*. E a tarefa de um discurso crítico é a de mostrar essa incindibilidade e que há sempre algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré)-ontológico que nos antecipa o sentido. *Aí está a pré-compreensão, e esta é impossível de negar, mesmo que obedecemos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual*. No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico. *Afinal, é exatamente por isso que interpretar e aplicar são coisas incindíveis*”. STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado em Direito. Anuário 2005, n. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 178-9.

<sup>326</sup> STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 32-3.

<sup>327</sup> O conceito de verdade, na perspectiva existencial-hermenêutica de Gadamer, “não é uma aproximação metodicamente dirigida a um ideal de objectividade, mas antes a revelação de sentido que resulta da ‘fusão dos horizontes’ (*Verschmelzung der Horizonte*). A interpretação não se acaba num conhecer, mas é um agir mediador, potenciando as possibilidades da ‘coisa’”. LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 193-4.

demanda um esforço por parte do hermenêuta para a concretização normativa em atenção aos balizamentos constitucionais, diante da diferença entre texto e norma.

A alteridade hermenêutica finca raízes na necessária escuta do texto, no fato de que o intérprete tem de deixar que o texto lhe diga algo<sup>328</sup>, para que o mesmo possa aplicar a norma sem incorrer em ideias ou opiniões arbitrárias, mediante a suspensão dos pré-juízos inautênticos, nomeadamente na seara dos direitos sociais. Na lição de Rocha, em uma leitura sistêmica voltada ao controle sobre as decisões, o Poder Judiciário é uma organização e não pode mais ser visto como “a figura isolada de um juiz [...]. Não se pode ter uma noção amadora de uma organização séria como o Judiciário que dependa da subjetividade das pessoas ou da sua boa vontade”<sup>329</sup>.

A linguagem é a casa do ser, sendo que os pensadores e os poetas são os seus vigilantes<sup>330</sup>, razão pela qual assume relevo na construção de um sentido autêntico da Constituição, não sendo um mero objeto ou instrumento que se coloca entre o sujeito e o objeto.

Nessa senda, Gadamer<sup>331</sup> refere que o “ser que pode ser compreendido é linguagem”. O ser do ente “Constituição” se desvela no caso concreto, na perspectiva da implementação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, não é suficiente reconhecer a força normativa da Lei Maior se não são aplicados os seus princípios e regras que balizam a interpretação.

---

<sup>328</sup> Para Gadamer, “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. **Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias**, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. **Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.** Por isso, **uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.** Mas essa receptividade **não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um autoanulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais**”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 358 (grifos nossos).

<sup>329</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 198. Em tal perspectiva, o autor se aproxima da ideia do “romance em cadeia”, de Ronald Dworkin.

<sup>330</sup> HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009. p. 24-5.

<sup>331</sup> “O intérprete não se serve das palavras e dos conceitos como o artesão que apanha e deixa de lado suas ferramentas. Precisamos, antes, reconhecer que toda compreensão está intimamente entrecida por conceitos e refutar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa”. GADAMER, op. cit., p. 522.

## 4.2 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Na quadra do Constitucionalismo Contemporâneo, o discurso jurídico deve voltar as suas baterias para a consolidação da “legalidade constitucional” (Elías Díaz/Lenio Streck)<sup>332</sup>.

No mesmo sentido, Jorge Miranda discorre sobre as principais aquisições decorrentes da “revolução copernicana do Direito Público”, quais sejam:

- A unidade sistemática da Constituição, sem prejuízo da sua característica de ordem aberta;
- O carácter verdadeiramente jurídico das normas constitucionais programáticas ou directivas;
- A constitucionalização de todos os ramos de Direito estatal, não só por estarem na Constituição os seus ‘têtes de chapitre’ (PELLEGRINO ROSSI) mas também por terem de ser constantemente impregnados pelos valores constitucionais;
- A superação da leitura dos direitos fundamentais como estando sob reserva de lei;
- As relações da teoria da Constituição com a teoria da justiça e a teoria dos valores;
- O papel construtivo da jurisprudência constitucional<sup>333</sup>.

A justiciabilidade ou a exigibilidade dos direitos sociais tem sido um tema de extrema importância, diante do deslocamento das demandas sociais dos Poderes Executivo e Legislativo rumo ao Judiciário, em face da omissão administrativa e legislativa na execução e na previsão normativa de instrumentos para assegurar a concretização constitucional<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> “Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado. Defender, hoje, os limites semânticos da Constituição – naquilo que entendemos por ‘limites’ no plano hermenêutico, é claro – não quer dizer ‘objetivismo’ (nem no sentido do positivismo ‘clássico’, nem no sentido filosófico do termo). Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não possui um sentido meramente analítico. Um texto só é na sua norma, para reproduzir a clássica assertiva de Müller e ratificar minha adaptação da diferença ontológica entre texto e norma. Por isso, não há sentidos em si. Consequentemente, não há conceitos sem coisas. E não há respostas antes das perguntas. Não há ‘normas gerais’ que contenham os sentidos de forma antecipada. Estes somente acontecem de forma aplicativa. Daí a noção de *applicatio*. Por ela, ficam superadas quaisquer dicotomias entre objetivismos e subjetivismos, seja no plano ‘clássico’ entre vontade da lei e vontade do legislador, seja no plano filosófico”. “[...] Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. *Entender sem aplicação não é um entender. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado da sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (Ereignis) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais*”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

<sup>333</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Constituição. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 29.

<sup>334</sup> Diante da omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo, Teixeira defende uma solução intermediária, admitindo uma espécie de “ativismo judicial positivo”, voltado à concretização dos direitos

Com efeito, há uma tensão entre o constitucionalismo e a democracia, de tal forma que a jurisdição surge como garantia contramajoritária, isto é, voltada à proteção dos direitos humanos e fundamentais, a despeito da posição majoritária do tecido social. Isso porquanto a defesa dos direitos fundamentais sociais não pode ficar ao talante das maiorias conjunturais ou ao sabor das pretensões políticas, não raras vezes mais preocupadas com os resultados eleitorais do que com a efetividade da Lei Maior.

A denominada judicialização da política<sup>335</sup> reclama a adoção de pautas de controle hermenêutico da atividade judicante, de tal modo a que o poder contramajoritário assuma a responsabilidade política por suas decisões, na perspectiva de Dworkin. Por óbvio, a judicialização não se confunde com o ativismo judicial, como anteriormente visto, haja vista que este implica na aceitação de um voluntarismo ou um decisionismo judicial.

A constitucionalização dos direitos econômicos, sociais e culturais, na avaliação de Avelãs Nunes, não pode reduzir-se a “um mero exercício para enganar os povos com *narrativas emancipadoras ilusórias* ou a uma invocação patética de um ideário socialista que se diz ter ‘falhado’”. Se as constituições, por um lado, “não substituem a vida (não substituem a luta de classes) e muito menos fazem revoluções”, é preciso lembrar que da “importância política, jurídica e civilizacional da consagração daqueles direitos nas constituições dos países em referência”. Tal consagração significa que o “povo soberano quer que aqueles direitos sejam tratados como direitos fundamentais”, bem como que “os órgãos do poder político

---

fundamentais. Sustenta, contudo, que as modalidades de ativismo judicial nocivo ao equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional são as seguintes: 1. Atuação como legislador positivo; 2. Ofensa ao princípio da separação de Poderes; 3. Desconsideração dos precedentes jurisprudenciais; 4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político. Já o “ativismo judicial positivo” é definido pelo autor com base nos seguintes elementos: 1. Decisão que busque concretizar direitos fundamentais; 2. Decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; 3. Decisão fundamentada em princípios jurídicos, em especial os princípios constitucionais; 4. Decisão sustentada em técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derrogem a *mens legislatoris* do ato normativo questionado. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 8, v. 1, jan./jun. 2012. p. 37-58. O problema é justamente que o ativismo judicial é antidemocrático e ofende a Constituição, tendo em vista o seu caráter comportamental ou behaviorista, pautado em argumentos metajurídicos de política, economia ou moral, corrompendo, pois, a autonomia do Direito.

<sup>335</sup> A judicialização da política e das relações sociais, se corresponder à “delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado ‘benefactor’ por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

democrático devem sentir-se política e juridicamente vinculados a actuar no sentido da sua efectiva concretização”<sup>336</sup>.

Dentre as principais críticas à judicialização ou à justiciabilidade dos direitos sociais, designadamente em relação ao direito à saúde, é possível listar as seguintes: a) a falta de informação e de conhecimento; b) o défice de legitimidade democrática dos juízes para a alocação de recursos escassos e para a realização de “escolhas trágicas”; e c) o quadro de injustiça social ou agravamento da injustiça existente em face da judicialização da saúde, havendo pesquisas consistentes no sentido de que apenas uma minoria é atendida, ao passo que aqueles que detêm maior renda acabam se apropriando de mais recursos públicos por intermédio de ações judiciais<sup>337</sup>.

Daí a necessidade de identificar-se a existência de respostas hermenêuticamente adequadas em Direito, as quais não estão no subjetivismo do julgador ou na sua consciência, mas sim, no processo de produção democrática do Direito, tomando-se em conta os elementos conferidos pela hermenêutica de cariz filosófico para a construção de decisões constitucionalmente adequadas.

Tal situação é associada, de modo incondicional, com a cultura e a formação dos juristas, sendo que os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* possuem traços marcantes e característicos, como a construção do Direito por parte dos precedentes dos juízes no primeiro modelo e a produção legislativa como norteadora das decisões judiciais no último. Há, ainda, o modelo germânico, no qual a edificação dos principais institutos jurídicos contou com o contributo da doutrina e da academia<sup>338</sup>.

A problemática do acesso à Justiça, inclusive nas questões sociais e coletivas, trouxe a lume a questão da judicialização das políticas públicas, nomeadamente diante da representação política. Entre nós, Pogrebinschi contrapõe-se à propalada crise da democracia representativa, a qual, na verdade, é uma crise anunciada do método moderno de produção de representação, as eleições, sustentando que instituições não-majoritárias, a exemplo das cortes

---

<sup>336</sup> NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161.

<sup>337</sup> WANG, Daniel Wei Liang. *Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 22.

<sup>338</sup> CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Tradução de Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 86 e ss. Assinala o autor que, enquanto o Direito da *Common Law* é uma “trama inconsútil”, o que significa que “todo jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico”, no Direito continental, as duas principais características, quais sejam, “– o fato de basear-se em um *corpus juris* autorizado e de ser codificado – claramente constituem duas anomalias, que podem realmente ser reduzida a uma, o fato de que o Direito continental se baseia em um ‘texto sagrado’”. *Ibid.*, p. 10 e 87.

constitucionais, podem, num experimentalismo institucional, contribuir para a (re)definição da democracia e do princípio da separação dos poderes<sup>339</sup>.

A seu turno, ao diferenciar o processo de resolução de conflitos do modelo voltado à implementação de políticas, Damaska afirma que, se de um lado, o cidadão lamenta a burocratização da justiça, por outra, guarda valores inseparáveis dela; quer juízes imparciais, porém, que também mostrem uma implicação “ativista”<sup>340</sup>.

A racionalidade que se pretende é a mais ampla possível na esfera da aplicação do direito, haja vista que uma racionalidade integral colidiria com o “*caráter de decisão e de valoração do direito*”<sup>341</sup>.

Destacam-se, nessa senda, a tradição, a coerência e a integridade das decisões, nomeadamente na cena judicial. A tradição está relacionada com a consciência histórico-efetual, provocando um constrangimento epistemológico no órgão decisório, de tal modo a refletir sobre a temporalidade e a existência de precedentes acerca da matéria debatida nos autos. Gadamer afirma que a “hermenêutica deve partir do fato de que quem quer compreender está ligado à coisa que vem à fala na tradição, mantendo ou adquirindo um vínculo com a tradição a partir de onde fala o texto transmitido”<sup>342</sup>. A coerência, por seu turno, é um elemento hermenêutico essencial, responsável pela observância do sistema

---

<sup>339</sup> Sustenta a autora que “a democracia requer uma abordagem realista e não essencialista, que se assuma como falível e não se apoie em dogmatismos, e que possua fundamentos tão provisórios quanto sua capacidade de responder a eles através de uma revisão consistente de seus significados, bem como dos valores e ideais a eles associados. A democracia representativa, tão ameaçada nos últimos anos seja por críticos da teoria da escolha social [...], seja por defensores dos modelos participativos [...], seja por apologetas da deliberação pública [...], seja, enfim, por otimistas expectadores de um governo dos juízes [...], requer ser conceitualmente repensada, a fim de converter seus supostos vícios em fontes renovadas de virtude e fazer de suas eventuais fraquezas a fonte de renovação de suas forças”. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 166 e ss.

<sup>340</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica del Chile, 1986. p. 414. (Tradução nossa).

<sup>341</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

<sup>342</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 79. Ensina o autor que “a distância temporal pode resolver a tarefa propriamente crítica da hermenêutica, distinguir os verdadeiros preconceitos dos falsos. A consciência formada hermeneuticamente incluirá, por isso, uma consciência histórica. Terá de tomar consciência dos preconceitos que regem a compreensão, a fim de que a tradição se destaque e se imponha como uma opinião diversa. Para se destacar um preconceito, como tal, é necessário certamente suspender-lhe a validade; pois, à medida que continuamos determinados por um preconceito, não temos conhecimento dele e nem o pensamos como um juízo. Desta forma, não conseguirei colocar um preconceito no aberto, diante de mim, enquanto este estiver constante e inadvertidamente em jogo, mas somente quando, por assim dizer, ele é incitado. O que permite incitá-lo, desta forma, é o encontro com a tradição, uma vez que aquilo que provoca a compreensão já deve ter se imposto em sua alteridade. O primeiro elemento como que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Agora vemos o que se exige para isso: uma suspensão fundamental dos próprios preconceitos. Toda suspensão de juízos, porém, começando pelos preconceitos, logicamente falando, possui a estrutura da *pergunta*”. Ibid., p. 80-1 (grifo do autor).

jurídico-constitucional, assegurando decisões pautadas por uma conexão entre a decisão e o Direito, contribuindo para evitar subjetivismos do intérprete. Já a integridade reporta-se aos princípios da justiça e equanimidade que devem ser observados, em especial, pelo juiz.

É preciso dizer que direitos sociais e políticas públicas não se confundem, embora, em regra, a concretização de direitos sociais exija a implementação de políticas públicas<sup>343</sup>. Isso porquanto os direitos sociais, conforme já referido, não se limitam aos direitos positivos ou prestacionais (direitos exercidos por intermédio do Estado). A título de ilustração, vale lembrar os direitos à liberdade sindical, à greve, às férias, entre outros.

A noção de relação processual aplicada à formação de políticas públicas constitui-se na “sistematização dos mecanismos jurídicos relevantes de participação e de exercício do contraditório em sentido amplo, nas atividades estatais estruturantes”, mediante vários “processos estatais”: o processo administrativo, o processo legislativo e o processo judicial. Em relação aos processos de alocação dos meios para as políticas públicas, destacam-se o processo orçamentário e o processo de planejamento. Em relação ao processo judicial, afirma a autora que a “processualização” dos parâmetros de controle das políticas públicas e os “diálogos institucionais” refletem a existência da chamada “judicialização da política”<sup>344</sup>.

O deslocamento do polo de tensão das reivindicações e demandas sociais, dos poderes executivo e legislativo rumo ao poder judicial, fenômeno que se verifica em escala mundial, conforme visto no primeiro capítulo, conduz a uma reflexão crítica em torno do controle do poder contramajoritário. Afinal, até onde o juiz pode ir para concretizar os direitos sociais, sobretudo os de natureza prestacional?

O debate entre o procedimentalismo e o substancialismo revela que a democracia constitucional reclama a intervenção do Judiciário, diante da omissão dos demais poderes da

---

<sup>343</sup> Políticas públicas podem ser definidas como “*programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), formulados e implementados pela Administração Pública, que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir os objetivos vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras*”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 458 (grifo do autor). Sustenta o autor que as políticas públicas devem submeter-se a um teste de proporcionalidade, afirmando que a omissão desproporcional caracteriza-se no descumprimento do dever de matrícula de criança em escola, em face do direito fundamental à educação, sendo que o Poder Público não pode invocar a discricionariedade administrativa ou a reserva do possível para “deixar de implementar, em tempo útil, programas de atendimento às crianças, adolescentes e jovens, vítimas de qualquer espécie de opressão”. Dessa maneira, conclui que o Estado responde objetivamente “por toda e qualquer quebra nuclear da proporcionalidade, por ação e por omissão, na implementação das políticas públicas, com regressiva contra os agentes políticos que, por culpa ou dolo, frustrarem as prioridades constitucionais”. *Ibid.*, p. 459 e 490.

<sup>344</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, em especial p. 145-92.

República, não apenas para assegurar a observância dos procedimentos previstos na Constituição e nas leis, mas sim, a própria substancialidade dos direitos fundamentais.

No contexto estadunidense, John Hart Ely defende que o Judiciário deve assegurar os procedimentos democráticos no âmbito da legislação, sem adentrar na substancialidade dos valores em debate. Em sua teoria sobre o controle judicial de constitucionalidade, afirma que “a Constituição original tratava principalmente – talvez deva dizer: esmagadoramente – de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar valores substantivos específicos”<sup>345</sup>.

O procedimentalismo de Ely decorre da ideia em torno da democracia majoritária, a qual prestigia os representantes eleitos pelo Povo, razão pela qual apenas quando as regras do jogo democrático forem quebradas ou estiverem em risco, deve o poder judicial intervir para restabelecer as condições originárias.

Segundo Ely, “é inaceitável afirmar que juízes nomeados e com cargo vitalício refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos”, preconizando a fiscalização dos “mecanismos através dos quais o sistema busca assegurar que nossos representantes irão de fato nos representar”<sup>346</sup>.

Em uma democracia representativa, “as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto”. O mau funcionamento do governo ocorre quando “o *processo* não merece a nossa confiança”, nas seguintes situações: a) quando os incluídos “estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão”; e b) quando os “representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses”, negando a tal minoria “a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos”<sup>347</sup>.

Os pontos centrais da obra de Ely estão “na precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático”. É preciso compreender o contexto teórico da obra de Ely, de modo que, a partir dos casos *Brown v. Board of Education* (segregação racial nas escolas) e *Roe v. Wade* (aborto), o “intenso ativismo judicial da Suprema Corte

---

<sup>345</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 122.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 137.



colocara em xeque postulados clássicos do direito constitucional e do próprio sistema político do país”<sup>348</sup>.

Em uma perspectiva substancialista, Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição, afirmando que o Estado deve tratar todas as pessoas “como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*)”, bem como respeitar “todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins”<sup>349</sup>. A interpretação constitucional sob a leitura moral está ancorada na exigência de “*integridade* constitucional”, razão pela qual os “juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções”, devendo considerar que “fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente”. A leitura moral, segundo Dworkin, pede aos juízes que “encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres [...]”<sup>350</sup>.

Dworkin critica a tese central de Ely que limita a revisão judicial ao processo democrático, excluindo os direitos substantivos, a partir da ideia em torno do fórum do princípio, asseverando que o “ideal abstrato de democracia, em si mesmo, não oferece nenhuma sustentação maior para uma doutrina jurídica da revisão judicial baseada no processo que para uma baseada nos resultados”, desenvolvendo uma “teoria de direitos enquanto trunfos sobre a vontade da maioria”, afirmando que o “argumento de Ely, bem compreendido, é na verdade esse argumento e não o argumento da democracia que se encontra no título e na superfície de seu livro”<sup>351</sup>.

Tribe assinala o dilema contramajoritário da jurisdição e a doutrina da justiciabilidade dos direitos, admitindo que o Judiciário examine não apenas os procedimentos democráticos, mas sim, a substancialidade das questões envolvidas nos casos controvertidos<sup>352</sup>.

Em realidade, as relações dilemáticas entre procedimentalismo e substancialismo permitem compreender os limites e as possibilidades da intervenção judicial na esfera dos direitos sociais e das políticas públicas<sup>353</sup>. Ainda, para além dos contrastes, as convergências

<sup>348</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

<sup>349</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 15-6.

<sup>351</sup> *Id.* *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 82.

<sup>352</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2000. p. 302-11.

<sup>353</sup> Em uma perspectiva procedimentalista, Gesta Leal afirma que a fala de Habermas não pode ser descontextualizada, tendo-se em mente a importância da “democracia representativa e sua maturação política

devem ser realçadas em uma perspectiva de limitação da jurisdição, seja ela ordinária ou constitucional. Em especial, diante da preocupação comum em torno da observância dos direitos fundamentais.

Como defende Streck, a “intervenção substancialista” da jurisdição deve vir acompanhada de “uma consequente teoria da decisão judicial, para impedir posturas ativistas”. Adverte que se a judicialização da política em países como o Brasil é, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, revelando, no mais das vezes, um “considerável grau de incompetência do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o ativismo judicial possui um componente comportamental danoso fortíssimo para a democracia, porque desconsidera o argumento jurídico como critério decisório”<sup>354</sup>. Nessa linha de raciocínio, uma coisa é “defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição (volta-se à diferença entre ativismo e judicialização)”<sup>355</sup> (grifo do autor).

O enfoque principialista propugnado por expressiva corrente doutrinária nacional para o controle jurisdicional de políticas públicas, mormente em razão do emprego indiscriminado da ponderação, acaba deixando de lado o debate em torno dos limites do poder discricionário judicial. A esse respeito, Grinover sustenta os seguintes parâmetros para a fiscalização em juízo das políticas públicas: a garantia do mínimo existencial, a razoabilidade e a reserva do

---

e racional – que passa pela questão de uma comunicação não-coatada dos cidadãos em geral –, oportunizando a existência de uma cidadania ativa e co-responsável pelo processo de gestão dos interesses comunitários” e que a responsabilidade pela correção de rumos na sociedade é “compartilhada em todo o tecido societário, envolvendo tanto a cidadania como suas instituições representativas [...]”, de modo que a tarefa fundamental é a de “resgatar a autonomia e o fortalecimento dos espaços públicos de deliberação política”. LEAL, Rogério Gesta. O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Coleção Estado e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59-60; 84-5. O referido autor, em estudo voltado para os direitos sociais, propõe que a atuação jurisdicional “se constitua no que passo a chamar de *função restauradora da ordem normativa*, levando em consideração os seguintes elementos: 1) A uma, a forma organizacional do próprio sistema de poder institucional vigente, tendo presentes as competências constitucionais e infraconstitucionais de cada entidade federativa e sujeitos de direito, bem como os ordenamentos normativos positivados decorrentes desta estrutura, sob pena de se violar a ordem democrática de representação política, instaurando-se uma totalitária substituição destas estruturas pela vontade imperial da judicatura; 2) A duas, o necessário tensionamento destas competências em termos de ineficiência ou passividade, em face dos direitos e garantias fundamentais – notadamente os sociais – (imperativos categóricos de fundação, organização e desenvolvimento) dos cidadãos, bem como os interesses tutelados precípuos decorrentes daí, para elevá-los à condição de argumentos parametrizantes da intensidade de incisão da decisão judicial aos casos concretos”. Id. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 200-1.

<sup>354</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 183.

<sup>355</sup> Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194.

possível<sup>356</sup>. Por outro lado, os critérios adotados ensejam a possibilidade de uma abstrativização da prestação jurisdicional, razão pela qual devem estar associados aos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil, designadamente o princípio da igualdade, além do conteúdo e do alcance dos direitos sociais e da função judicante, a partir da coerência, da integridade e da faticidade do caso concreto.

#### 4.2.1 Direitos sociais e o déficit democrático da ponderação

É preciso pontuar que o emprego da ponderação surge por intermédio da escola da “Jurisprudência dos Interesses”, de Philipp Heck<sup>357</sup>, sendo atualizada por Alexy em seus contributos teóricos sobre a teoria dos direitos fundamentais, na perspectiva da argumentação.

Para Alexy<sup>358</sup>, os casos “fáceis” são resolvidos mediante subsunção; já os casos “difíceis”, mediante ponderação. Em realidade, a ponderação não é um princípio, mas sim,

<sup>356</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132-49.

<sup>357</sup> Segundo Heck, “a norma jurídica serve para resolver conflitos de interesse; mas, já que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, as leis apresentam lacunas: a tarefa do juiz consiste em preenchê-las, remetendo-se à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos análogos. Os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos guiam, portanto, não apenas a interpretação e a decisão do juiz na solução dos conflitos de interesses não previstos pelo legislador, mas também a interpretação das normas já emanadas”. LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Martins Fontes, 2010, (v. 2). p. 164. Em tom crítico, Castanheira Neves refere que a escola da Jurisprudência dos Interesses se pensou “uma metodologia jurídica de cariz sociológico (os interesses sociais seriam os decisivos fatores ‘causais’ do direito e das suas normas legais), logo se reconheceu a *insuficiência da sua base sociológica*. Não só porque não fez uma investigação acabada dos interesses (do tipo e natureza dos interesses) juridicamente relevantes [...], mas ainda [...] porque nem considerou outras relevantes situações sociais dos interesses além da situação de conflito, nem se dera conta de factores sociais, distintos dos interesses, não menos ‘causais’ para a constituição do direito”. Destaca, ainda, a *insuficiência criteriológica* da referida Escola, pois nunca soube distinguir “o *objecto* da valoração do *fundamento* de valoração” e a *insuficiência sistemática*, de maneira que “a conexão dos interesses e dos juízos de valor jurídicos, mediante a conexão das decisões ponderações normativas, ficava carecida de critério pela razão simples de que sem a consideração daqueles fundamentos não se podia atingir a unidade intencional constitutiva do sistema jurídico ou da ordem normativa do direito: sem a consideração dos fundamentos normativos não se poderia compreender a própria racionalidade normativamente constitutiva, que só se manifesta nas relações entre esses fundamentos (relações de concordância ou de divergência, de compossibilidade ou de hierarquia, etc.) no todo da ordem jurídica [...]”. Adiante, ressalta que “omitindo essa consideração, apenas se terá a multiplicidade, não integrada, das particulares decisões-ponderações jurídicas, e esta foi a razão porque a J. I. não ultrapassou efectivamente o nível da casuística e o seu horizonte se manteve sempre tão-só o das pontualizadas decisões concretas”. NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, (v. 2). p. 239.

<sup>358</sup> O “ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm,

uma regra extraída do princípio da proporcionalidade em sentido restrito (“lei da colisão”), tomando-se em conta, no juízo decisório, as regras de argumentação explicitadas em sua teoria da argumentação jurídica.

A construção teórica de Alexy acaba remetendo o intérprete à ideia de subsunção para a resolução dos casos. Logo, não há ponderação de princípios ou de direitos fundamentais, por exemplo, a liberdade de expressão e a intimidade da vida privada, como se ambos fossem colocados no “prato da balança” para ver qual deles se aplica na situação concreta<sup>359</sup>.

Por seu turno, na doutrina de Müller<sup>360</sup>, não há se falar em ponderação, motivo pelo qual o autor não admite a colisão entre direitos, diferentemente de Alexy, a partir da aferição

portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-1.

<sup>359</sup> Em artigo intitulado “Minha filosofia do direito”, Alexy reafirma a tese de que o direito “necessariamente promove uma pretensão de correção”, de modo que a sua “interpretação seja moralmente correta”; o conceito de argumentação prática racional, segundo o qual o discurso “não é um procedimento que em cada caso leva a rigorosamente um resultado”, existindo “resultados discursivamente possíveis, dos quais fazem parte o núcleo dos direitos do homem e o princípio da democracia”; a positividade do direito; e a institucionalização da razão, expressão do não-positivismo, composta dos seguintes aspectos: a) limite extremo do direito: significa a recusa da proposição de Kelsen, no sentido de que “cada conteúdo qualquer pode ser direito” e sua substituição pela fórmula Radbruch, consistente na concepção de que a antijuridicamente extrema não é direito; b) constitucionalismo democrático: a teoria do discurso “leva ao constitucionalismo democrático, porque ela coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia”. O autor refere que a relação correta entre direitos fundamentais e democracia reclama uma jurisdição constitucional como “representação argumentativa do cidadão”; c) argumentação jurídica: no centro da teoria da argumentação jurídica está a tese do caso especial, consoante a qual “o discurso jurídico é um caso particular de discurso prático geral”, expressando uma “conexão necessária de direito e moral, porque o discurso prático geral essencialmente abarca o direito moral. A particularidade do discurso jurídico consiste em sua vinculação à lei, precedente e dogmática”, sendo que “os argumentos morais são indispensáveis, se a pretensão de correção deve ser cumprida”; d) direitos fundamentais como princípios: baseia-se na distinção teórico-normativa de regras e princípios e que a teoria dos princípios é necessária para “ganhar uma teoria da ponderação como forma racional de argumentação”, figurando no centro a denominada “fórmula do peso”. A conexão interna entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade confere uma teoria “dos espaços do dador de leis, que permite uma delimitação racional das competências do tribunal constitucional das do parlamento”. Id. *Minha filosofia do direito. Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 27-31.

<sup>360</sup> Crítico em relação à metódica da ponderação, Müller sustenta que a “tentativa de uma valoração e **ponderação subjetivamente irracionais de ‘valores’, paralela ao uso do conceito de ‘valor’ – juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez – revela-se claramente quando o tribunal denomina em seguida a ‘ordem hierárquica de valores’, em meio à qual se deveria efetuar uma ponderação**. É certo que o legislador não pode mover-se livremente no espaço protegido pelos direitos fundamentais, é certo que não é ele quem pode determinar constitutivamente o conteúdo do direito fundamental e que muito pelo contrário, limitações no conteúdo de sua margem de apreciação legislativa resultam do teor normativo do direito fundamental. Tão certo é também que essa compreensão não tem relação com o direito ou a necessidade de um procedimento metódico de ‘ponderação de bens’, como isso é proposto em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal. Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente atendidas, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39-40 (grifos nossos).

do âmbito de proteção de cada norma de direito fundamental. Princípios e regras compõem a estrutura do Direito, não estando à disposição do intérprete, de modo a se evitar o arbítrio das opiniões ou de eventuais maiorias políticas. Não há uma cisão estrutural entre regra e princípio, divergindo-se, no ponto, da doutrina de Alexy, pois, na resolução de um problema, “todo o Direito é chamado a depor”<sup>361</sup>.

Na perspectiva do neoconstitucionalismo, conforme já assinalado no primeiro capítulo, algumas características fundamentais, segundo Prieto Sanchís<sup>362</sup>, seriam a adoção de mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, destacando-se a “onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário”. Tal entendimento merece críticas, pois a ponderação, nos referidos moldes, colocaria em risco a democracia sob o crivo do discricionarismo judicial.

Em sua crítica ao juízo de ponderação, García Amado expõe as seguintes teses: 1. A ponderação, como método, não tem autonomia, pois seu resultado depende da interpretação das normas constitucionais e/ou legais que venham ao caso. 2. Quando os Tribunais Constitucionais afirmam que ponderam, seguem aplicando o método interpretativo/subsuntivo, mas alterando em parte a terminologia e com menor rigor argumentativo, uma vez que deixam de argumentar sobre o que verdadeiramente guia suas decisões: as razões e valorações que determinam suas eleições interpretativas. 3. Não há diferenças qualitativas e metodológicas entre regras e princípios e decisões de casos constitucionais e de legislação ordinária. 4. Todo caso pode ser apresentado, decidido e fundamentado como caso de conflito entre princípios (inclusive constitucionais) ou de subsunção sob regras. Argumenta, em suma, que é a “consciência valorativa do Tribunal, sua ideologia, o que determina tanto que é o que em concreto se há de pesar, de colocar em cada prato de balança, como o resultado dessa pesagem ou ponderação”<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Menezes Cordeiro, no prefácio à obra de Canaris, refere que “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução; todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição [...]”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXI.

<sup>362</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009. p. 131. O referido autor admite o caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta o juízo de ponderação, sendo um “risco inevitável” no caso da versão tão forte do constitucionalismo acolhida pelo doutrinador (Ibid., p. 151 e 157).

<sup>363</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes: una crítica. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 250-2.

Entre nós, Humberto Ávila<sup>364</sup> insere a ponderação na categoria dos “postulados normativos”, ou seja, “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”.

Marcelo Neves faz uma crítica ao subjetivismo decisório em razão da recepção teórica do neoconstitucionalismo e da metódica da ponderação observada no cenário brasileiro, assinalando, ainda, as disfuncionalidades sistêmicas decorrentes do abuso dos princípios na dogmática constitucional e na prática jurisprudencial, com prejuízos à democracia e aos direitos fundamentais<sup>365</sup>.

Em defesa da metódica da ponderação e de sua racionalidade, à luz da doutrina de Alexy, Gavião Filho afirma que o “não enfraquecimento dos direitos fundamentais e o tratamento correto das restrições deontológicas resultam exatamente do caráter argumentativo da ponderação”. O julgamento sobre a “intensidade da intervenção em um direito fundamental está diretamente relacionado à existência de argumentos justificadores dessa intervenção”<sup>366</sup>.

A partir de pesquisa doutoral sobre o tema da proporcionalidade, contando, inclusive, com estudo de casos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Fausto de Moraes refere que expressiva parcela das decisões que se valem do sopesamento/ponderação não são precedidas das submáximas da adequação e da necessidade, bem como existem casos em que a medida falha nos testes de adequação e necessidade, mas o juízo ainda efetua sopesamentos entre princípios e outros entes, havendo uma aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver “qualquer tipo de colisão”<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122 e 143.

<sup>365</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. O autor propõe uma diferença entre regra e princípios a partir da figura mitológica do Juiz Iolau, o qual seria o ponto de equilíbrio entre Hércules, representado pelas regras, e por Hidra, representada pelos princípios, sustentando a demasiada abertura interpretativa destes no sistema jurídico.

<sup>366</sup> Afirma o autor, na linha de Alexy, que os juízes exercem representação argumentativa e que a dogmática dos espaços “alcança a compreensão de que os espaços estruturais e epistêmicos, que estão liberados da normatividade material da Constituição. O que está dentro desses espaços não está sujeito ao controle jurisdicional constitucional. Fora deles, tudo está sujeito ao controle jurisdicional material. O que isso significa é que no espaço de configuração liberado pela Constituição, o legislador está livre para decidir sobre a ponderação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação”. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2010. p. 375.

<sup>367</sup> MORAIS, Fausto Santos de. *Heremênutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2013. p. 217-8. O autor analisou 189 decisões do STF no período de 7 de julho de 2002 a 7 de julho de 2012, defendendo a necessidade de uma crítica da proposta de Alexy, a partir da Crítica Heremênutica do Direito, de Lenio Streck, mediante um enraizamento ontológico-existencial da proporcionalidade, à luz da tradição, como alternativa teórica à aplicação teórica da proporcionalidade e de seus sopesamentos.

Em realidade, há uma diferença ontológica e não uma distinção ou cisão estrutural, de caráter semântico (Alexy), entre regra e princípio. Não significa que a regra se aplique para os casos “fáceis” (mandados de determinação – subsunção) e o princípio para os “casos difíceis” (mandados de otimização – ponderação), como quer Alexy, mas sim que regras e princípios não são opostas, compondo o Direito como um todo (holismo).

O recurso à metódica da ponderação tem ocupado significativo espaço no discurso jurídico, a partir de uma pré-compreensão de que os princípios em colisão seguem os mandamentos de otimização, ao passo que as regras obedecem à lógica do “tudo ou nada”, sendo aplicadas por subsunção.

Lançadas essas premissas, a pergunta que merece reflexão é a seguinte: qual o papel da ponderação em matéria de direitos sociais?

A tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais tem tomado como balizamento a regra da ponderação, a qual, em virtude de uma recepção equivocada da doutrina de Alexy e de suas insuficiências, levou à proliferação de decisões judiciais conflitantes, mesmo em se tratando de casos análogos. A ponderação remete ao problema do sujeito da modernidade, o qual, em última análise, é o agente que detém os “pratos da balança” e que faz pender um dos “direitos em conflito”.

A ponderação, ao não problematizar os seus pressupostos teóricos, leva à compreensão inautêntica da existência do aludido conflito entre direitos fundamentais, sendo que a assunção da tese em questão implica, em realidade, na fragilização da autonomia do Direito e, com isso, da própria democracia.

Segundo Streck, ao diferenciar a ponderação e a hermenêutica em razão dos planos de racionalidade distintos (*logos* apofântico e *logos* hermenêutico),

[...] para a compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas sim, da *reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito*. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito)<sup>368</sup> (grifo do autor).

Na perspectiva de Heidegger, seguido por Stein<sup>369</sup>, o *como hermenêutico* é o *como* do mundo prático, ao passo que o *como apofântico* é o *como do discurso*, dos enunciados

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187.

<sup>369</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 21. O referido autor, com apoio em Heidegger, sustenta que “não temos o acesso pleno ao objeto a não ser via significado, quer dizer que conhecemos *algo como algo*”, trazendo o seguinte exemplo: “Não conhecemos uma cadeira

assertóricos, havendo, pois, uma dobra da linguagem no acesso ao mundo, cuja estrutura é a de *algo como algo*.

Na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, o cumprimento da sentença deve observar o meio executivo mais adequado, em consonância com a substancialização do processo civil contemporâneo. Dito de outro modo, o processo não é mera técnica ou instrumento para a concretização do direito material, mas sim, uma forma de resolução de conflitos baseada na integridade da jurisdição (Dworkin), a qual deve primar pela eficácia das decisões judiciais. Se, no caso concreto, o magistrado, a partir da “comunidade de princípios” e do “romance em cadeia”, reportando-se à tradição, à coerência e à integridade, determina o bloqueio de verbas públicas para a concretização de programas voltados à infância e juventude, não há nada a ponderar diante de eventuais razões “suspeitas”, ancoradas na reserva do possível e na separação de poderes (funções).

Ao cidadão-jurisdicionado que bate às portas do Estado, não há qualquer justificativa ética para o repúdio à Constituição, a qual não é letra morta ou mera carta de intenções, mas possui força cogente, pois os princípios têm natureza deontológica, cenário que afasta a ponderação como método de resolução da dinâmica dos casos. Não há espaço para a ponderação no âmbito dos direitos sociais, sobretudo em se tratando de políticas públicas essenciais à consecução do mínimo existencial para uma vida digna.

O sistema de Justiça tem papel inarredável na proteção e na promoção dos direitos sociais, avizinando-se no horizonte que a integridade do processo deve levar em conta a natural tutela da vida, da saúde, da educação, entre outros direitos a prestações, assegurados por intermédio do Estado. Admitir a ponderação – e o que é pior, com uma recepção equivocada da obra de Alexy – pode representar um retrocesso histórico aos direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto não estão atrelados à idiosincrasia governamental<sup>370</sup>.

---

em sua plenitude com objeto na nossa frente, enquanto ela está aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira”.

<sup>370</sup> Em defesa das regras da ponderação racional, Gavião Filho afirma que a “objeção de que a ponderação remete à ‘justiça do caso concreto’ e que conduz a decisões judiciais imprevisíveis e particulares, com sério comprometimento à certeza, previsibilidade, coerência e generalidade na aplicação do Direito é igualmente bem respondida pela união entre ponderação e argumentação. Efetivamente, se o estabelecimento da relação de precedência está condicionado às circunstâncias do caso concreto, então as particularidades específicas e próprias consideradas pelo tomador da decisão são decisivas. Essa é uma razão que joga a favor e não contra a ponderação, pois o ponderar não autoriza que sejam produzidas decisões de qualquer tipo e completamente divorciadas de um todo coerente sobre o sentido da Constituição. Se a ponderação exige a consideração das circunstâncias do caso concreto para a determinação da relação de precedência entre os princípios em colisão, isso não significa comprometimento da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. A coerência do ordenamento jurídico todo é assegurada pelas regras da argumentação racional”. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Regras da ponderação racional. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direitos*



Dworkin diferencia os casos fáceis dos difíceis numa perspectiva voltada à hermenêutica da compreensão – interpretação – aplicação (fusão de horizontes – *applicatio*), e não com o objetivo de reduzir a problemática. A discricionariedade tem dois sentidos “fracos” e um sentido considerado “forte”, o qual é o objeto do estudo de Dworkin, salientando que, na resolução dos casos “difíceis”, criou a figura do juiz “Hércules”, com poderes sobre-humanos, com capacidades especiais para a resolução de tais casos. “Hércules”, na verdade, é uma metáfora (Streck) ou uma ficção (Kaufmann), figura que não pode ser lida de forma solipsista, sob pena de corromper a própria teoria de Dworkin<sup>371</sup>.

No âmbito da teoria constitucional contemporânea, a diferença entre texto e norma tem sido alvo de intensas reflexões doutrinárias, atingindo a seara jurisprudencial.

Do texto (estático) à norma (dinâmica) medeia um importante processo de produção de sentido, fruto da interpretação, na esteira do reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, em suas múltiplas dimensões.

Por sua vez, a concretização da norma constitucional reclama uma hermenêutica disposta a lançar luzes sobre o “não-dito”, a partir de uma adequada pré-compreensão, a qual está vinculada à tradição da comunidade, no decorrer do tempo e da história. A Constituição, desse modo, possui uma inequívoca dimensão temporal, apontando para o futuro (prospectividade), mediante o cumprimento das promessas da modernidade estampadas no “texto”, conquanto nem sempre incidam normativamente sobre a vida. Parcela da doutrina sustenta a “derrotabilidade” da regra ou ponderação de regras, nos casos em que a solução a ser alcançada no caso concreto possa resultar em uma “incidência inconstitucional”.

Cumprindo indagar: quais os limites à jurisdição no processo de atribuição de sentido, ao admitir-se eventual “derrota” de regras?

A jurisdição é uma função de garantia e não de governo (Ferrajoli), de caráter contramajoritário, máxime na implementação dos direitos fundamentais sociais. Tal premissa é fundamental para a compreensão do papel do STF na função de guardião da Constituição, nomeadamente diante da resolução dos casos de repercussão política, buscando a construção de uma esfera de autonomia do Direito.

---

*fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 173.

<sup>371</sup> Tal é a leitura de Francisco Motta, salientando que, com apoio em Dworkin, o Direito possui uma dimensão interpretativa, refutando, desse modo, a “tese da demonstrabilidade”, segundo a qual não se pode “demonstrar” que uma proposição é verdadeira. Aduz Motta que “é possível construir verdades que não sejam matemáticas, mas hermenêuticas (e nem por isso ‘menos’ verdadeiras)”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 81.

A título ilustrativo, mister é sublinhar que a tese da “derrotabilidade” ou da ponderação de regras foi acolhida pelo Ministro Marco Aurélio em voto proferido acerca da concessão de benefício assistencial à pessoa com deficiência, cuja renda ultrapassa a importância de 1/4 do salário mínimo, havendo o afastamento da referida regra para o caso, consoante se depreende da fundamentação (RE 567.985. Rel. Min. Marco Aurélio).

A questão de fundo, todavia, remete à discussão em torno dos precedentes do Supremo no tocante à aplicação ou não do texto: ora a Corte assenta a regra, como na decisão que reputou válida a Lei da Anistia, em detrimento do necessário controle de convencionalidade frente à Convenção Americana de Direitos Humanos (a esse respeito, vale lembrar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Guerrilha do Araguaia”, que condenou o Estado Brasileiro em face dos desaparecimentos forçados ocorridos no regime militar); ora admite o seu afastamento, a exemplo da regra (constitucional) do artigo 52, X, sob o argumento da “mutação constitucional” do sistema de controle de constitucionalidade (abstrativização ou objetivação do controle difuso).

Nessa senda, o acolhimento da “derrotabilidade” ou ponderação de regras enseja o afastamento do texto em determinados casos, sob a alegação de incidência inconstitucional, como se a norma pudesse ter uma existência autônoma ou divorciada do texto. Ora, não há texto sem norma, assim como não há norma sem texto; do contrário, abrir-se-ia um amplo espaço para arbitrariedades interpretativas, sob o manto da “discricionariedade judicial”. As decisões consistentes na interpretação conforme ou, ainda, na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, são valiosas possibilidades hermenêuticas de controle difuso de constitucionalidade, que comprovam a (des)necessidade da ponderação de regras como metódica dos direitos fundamentais e resolução dos casos concretos.

A regra e o princípio devem ser compreendidos a partir de uma diferença ontológica (Streck), entre o ôntico (regra) e o ontológico (princípio). A regra é porosa e não cobre todas as situações compartilhadas da vida cotidiana. Os princípios constitucionais instituem o *mundo prático no direito*, não são mandados de otimização, tampouco valores, operando um fechamento interpretativo da hermenêutica contra a discricionariedade judicial. Não há regra sem princípio e não há princípio sem regra, ou, dito de outro modo, o “princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio”<sup>372</sup>.

---

<sup>372</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68-70.

O exemplo da “derrotabilidade” de regras serve para destacar o risco à própria democracia constitucional em face da “delegação legislativa” ao poder contramajoritário, mediante uma interpretação sem “freios” ou limites – “regra da regra” ou “norma sem texto”? –, desencadeando um ativismo judicial que enfraquece a autonomia do Direito. Afinal, a jurisdição, como função de garantia, se torna legítima pelo respeito à tradição, à coerência e à integridade das decisões interpretativas, à luz dos argumentos de princípio e não de política.

Depreende-se, pois, que não há um princípio para cada caso, mas sim, uma totalidade de princípios, sendo que toda decisão deve estar fundamentada na comunidade de princípios (Dworkin), os quais manifestam um caráter de transcendentalidade. Há, assim, uma diferença ontológica entre regra e princípio, e não uma distinção, como quer Alexy, e o “seu acontecimento sempre se dá numa unidade que é a antecipação de sentido”<sup>373</sup>.

#### 4.3 O PROBLEMA DO FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO FEDERALISMO BRASILEIRO

O tema dos direitos sociais reclama um olhar hermenêutico a partir da problemática do financiamento no âmbito da federação brasileira, sobretudo em face distorções provocadas pela Desvinculação de Receitas da União (DRU), além do pagamento dos juros da dívida, em detrimento das políticas públicas de direitos sociais.

Com efeito, Bercovici e Massoneto apontam para um fenômeno do constitucionalismo brasileiro: a denominada “Constituição Dirigente invertida”, com a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. Segundo os autores, “a fragmentação da ordem econômico-financeira evidencia a agonia do antigo paradigma frente à expansão financeira do capital no sistema mundial”. Afirmam que no Brasil pós-1988 houve um isolamento da Constituição financeira em relação à Constituição econômica, em decorrência das políticas de ajuste fiscal. Desse modo, a Constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais “é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ‘ingovernabilidade’”. Tem-se, pois, a Constituição dirigente invertida, ou seja, “a Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal, é vista com algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional”. De modo que a Constituição dirigente invertida é a “verdadeira

---

<sup>373</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 223.

Constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado Brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada”<sup>374</sup>.

Por sua vez, a estratégia consistente na Desvinculação das Receitas da União (DRU), via emenda constitucional, possibilita à União desvincular o financiamento de direitos sociais com a tributação, canalizando o dispêndio de recursos públicos para áreas não fundamentais, isto é, o pagamento do serviço da dívida, em prejuízo dos programas sociais e econômicos. A título de ilustração, a desvinculação com a saúde pode atingir até 20% dos recursos, sendo que tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição para elevar a desvinculação para 30%.

A dívida pública nacional configura grave obstáculo à realização dos direitos sociais, sendo que “se fizermos uma leve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública veremos que existe uma *reserva do possível geral* no Brasil”, de modo que a “realização dos direitos fundamentais deve encarar os graves desajustes no sistema tributário, com a desvinculação das receitas de contribuições sociais”<sup>375</sup> (grifo do autor).

A saúde pública na Constituição de 1988, em sua redação original, estabeleceu percentuais mínimos aos Municípios e aos Estados, sendo que, em relação à União, tal matéria ficou pendente de regulamentação. Com o advento da Emenda Constitucional n.º 29/2000, ainda não foram explicitados os percentuais mínimos afetos à União, tampouco com a Lei Complementar 141/2012.

Com a Emenda Constitucional n.º 86/2015, denominada de Emenda do “Orçamento Impositivo”, houve uma gradação anual de percentuais mínimos em matéria de saúde pública,

---

<sup>374</sup> BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 45, 2004. p. 80, 86-7. Salientam os autores que a “ordem econômica intervencionista e dirigente da Constituição de 1988 é isolada de seus instrumentos financeiros, cuja efetividade é medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a insana proposta de emenda constitucional instituindo o déficit nominal zero são meios de excluir o orçamento da deliberação pública, garantindo metas de política monetária muitas vezes impostas de fora e em favor de interesses econômicos privados, que desejam uma garantia sem risco para seus investimentos ou para sua especulação financeira. A implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficou restrita, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado. A Constituição financeira de 1988 foi, desse modo, ‘blindada’”. As alternativas a este quadro consistiriam na ampliação do “controle democrático sobre os recursos públicos, buscando eliminar a influência do poder econômico privado”, com base na lição de Plotkin e Scheurman, além de “levar a sério o princípio constitucional de busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF de 1988), que torna possível a vinculação entre as Constituições financeira e econômica”. *Ibid.*, p. 86-8.

<sup>375</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 202 e 207.

mas o problema é que, em face do cenário de crise econômica e de práticas corruptivas, o “piso” pode acabar transmutando-se em “teto”.

Tal cenário gera distorções e agrava as desigualdades sociais regionais, malferindo um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, havendo, na atualidade, uma espécie de guerra fiscal de despesa entre os Estados Federados. Noutras palavras, o federalismo não é cooperativo, mas sim, competitivo, sendo que despesas com saneamento básico e previdência, vez por outra, são lançadas em relatórios governamentais como se vinculadas à saúde pública, em prejuízo das pessoas vulneráveis, justamente as que mais necessitam do funcionamento adequado do Sistema Único de Saúde<sup>376</sup>.

Em relação ao tema das desigualdades regionais, a ausência de uma política nacional de desenvolvimento encontra na guerra fiscal o seu exemplo mais eloquente, o que corresponde à falta de cooperação no federalismo brasileiro, em razão da inoperância da União (Governo Federal e Congresso Nacional). Daí que o problema da descentralização ocorrida pós Constituição de 1988 é a falta de planejamento e cooperação entre os entes federados e a União, isto é, a “falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto”<sup>377</sup>.

Como refere Pinto, “a ‘judicialização da saúde’, como tem sido mais comumente chamada, trata-se de fenômeno, em alguma medida, vinculado à instabilidade de financiamento do SUS”. A face judicial do problema do atendimento do SUS gera debates em duas linhas: a) a que defende a judicialização como meio necessário para o controle da inércia

---

<sup>376</sup> Como afirma Limberger, a “administração pública brasileira é herdeira de uma forte burocracia latina com características de patrimonialismo e de pessoalidade, aí já colidindo de frente com o princípio da impessoalidade e da efetividade. [...] O Executivo que deveria investir percentuais, por vezes não o aplica de forma séria. Como causa do não funcionamento da demanda as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para os casos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando este aspecto da pessoalidade. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva no qual se vê o juiz, diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concebido determinado medicamento, sem atenção ao contexto global, tornando-o ainda mais caótico [...]. Assim, no caso da saúde o alerta que se instaura é no sentido de que o deslocamento do foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o legislativo e a sua implementação pelo executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o Judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração”. LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas de saúde e burocratização: o (des)caminho trilhado para efetividade do direito à saúde – um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 171 e 173.

<sup>377</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 189. Para o autor, o artigo 3º da Constituição constitui um parâmetro para a interpretação constitucional, configurando um “programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro, inclusive as políticas públicas, medidas administrativas e decisões judiciais, conformarem-se, formal e materialmente, ao programa inscrito no texto constitucional”. *Ibid.*, p. 299.

dos órgãos administrativos e legislativos; b) a que compreende a medida como ingerência que redefine as prioridades de alocação de recursos públicos da política pública de saúde, em prejuízo da justiça distributiva<sup>378</sup>.

A autora sustenta diferenças entre os arranjos normativos do direito à educação e do direito à saúde, afirmando que o custeio do SUS com tratamento diferenciado à União possibilita um tratamento proporcionalmente regressivo, o que decorre da circunstância histórico-política da edição da Emenda Constitucional 29/2000, de instabilidade fiscal e crise econômica. Refere que “a estrutura constitucional de financiamento mínimo da política pública de saúde é menos estável temporal e institucionalmente que a estrutura da política pública de educação”<sup>379</sup>.

Ainda, ressalta que o impasse decorrente do financiamento da política pública de saúde deve ser analisado com base nos seguintes vetores: a) estabilização ou regressividade proporcional da forma do cálculo do valor devido pela União como montante mínimo de ações e serviços públicos em saúde; b) controle da inclusão de despesas outras (financeiras) no *quantum* devido de despesas mínimas em saúde; c) falta de critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais<sup>380</sup>.

Com o objetivo de gerar receitas, sem reparti-las e sem aplicá-las devidamente nos setores constitucionalmente previstos, a União adotou as seguintes estratégias: a) reconhecimento da necessidade de se buscar o equilíbrio fiscal por meio do aumento de receita tributária, além do contingenciamento de despesas; b) descarte da hipótese do aumento de impostos, porque tal incremento de receitas se sujeita às regras de repartição constitucional; c) proposta de arrecadação de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico como opção à majoração dos impostos; e d) superação do problema da

---

<sup>378</sup> PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 132-3.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 131. Afirma a doutrinadora que tal ocorre, entre outros aspectos, “porque não houve uma equilibrada correlação de forças políticas capaz de assegurar uma distribuição clara dos custos federativos no financiamento do SUS. Tampouco foi favorável a circunstância histórica de emergência da norma peculiar instituidora desse financiamento (em pleno refluxo da crise cambial de 1999). Daí decorreu um arranjo mais programático que operativo e, por isso mesmo, mais suscetível à instabilidade da necessidade de ulterior norma regulamentadora e às vicissitudes em sua alteração mais facilitada que a alteração da norma constitucional”. Destaca, entre outros, a mitigação da DRU e o ensino obrigatório dos 4 aos 17 anos de idade, ao passo que, na saúde, todavia, “a tematização normativa em prol da inclusão de novos patamares qualitativos de ação governamental (como garantia obrigatória da política pública em si) tem resvalado majoritariamente para discussões judiciais, em vez de retroalimentar sistemicamente seu processo de planejamento político-legislativo”. *Ibid.*, p. 131-2.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p. 187.

destinação vinculada das contribuições do artigo 149 da Constituição da República Brasileira de 1988, com a instituição da desvinculação de receitas<sup>381</sup>. Sobre o tema do financiamento da saúde, a autora refere que:

[...] é preciso reafirmar que há um dever de progressividade no financiamento do SUS e que o princípio da vedação de retrocesso determina também ser vedada a estagnação fiscal do arranjo protetivo do direito à saúde. A política pública de saúde precisa de ações coletivas que questionem a raiz do problema e não pode se deixar levar apenas pela judicialização do setor havida pelas inúmeras e relativamente míopes ações individuais.

O Judiciário, nesse sentido, apenas seria o sinal último do acúmulo de impasses oriundos da inadimplência orçamentária dos poderes Executivo e Legislativo da União para com o sistema. As ações individuais, desse modo, dariam vazão – como válvula de escape necessária e até útil – às pressões tópicas e retardariam o dever de sistematizar a política pública de saúde como direito coletivo e como responsabilidade de todos os entes da federação.

O dever da União de conferir progressividade à política pública da saúde parece estar circunscrito, assim, ao perverso tripé de pressão por avanços no atendimento varejista do Judiciário, responsabilização direta limitada aos agentes municipais e estaduais e redução proporcional dos recursos federais no volume total de recursos disponíveis para o SUS. Esse é o círculo vicioso no qual a área da saúde ingressou no nível federal e que tem se reproduzido ainda mais perversamente nos níveis estadual e municipal [...]<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 201-2. Assevera a autora que “o círculo vicioso que se denunciou há pouco envolve não só um conflito de finalidades ‘públicas’ no manejo das receitas tributárias, como também implica ‘flexibilizar’ – em burla à discriminação constitucional de competências e, por isso, desarrazoadamente – o sistema constitucional de partilha de receitas entre os entes da federação e a sistemática tributária de garantia de financiamento de direitos fundamentais inscrita no art. 149 da Constituição de 1988”. Ao criticar a instituição e a prorrogação da desvinculação de receitas da União (DRU), aponta que “o que se tem feito com tais mecanismos de desvinculação de receitas é reduzir as disponibilidades orçamentário-financeiras que capacitam o Estado a garantir direitos sociais que, por sua relevância, tiveram garantia constitucional de financiamento, sejam pela via da receita vinculada, seja pela via do patamar mínimo de gasto”. *Ibid.*, p. 203 e 206. Há uma guerra fiscal de despesa, em face da “regressividade do gasto federal no setor e da insuficiente regulamentação do § 3º do artigo 198, com a redação dada pela Emenda nº 29/2000. Diante desse cenário, revela-se, cada vez mais, como progressivamente inconstitucional a discriminação de critérios em favor da União fixada inicialmente no art. 77 do ADCT e mantida no art. 5º da LC nº 141/2012”, motivo pelo qual sugere que a União promova a correção não apenas pelo patamar do ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB, mas sim, pela variação nominal da Receita Corrente Líquida. A disparidade de critério “retira da saúde dezenas de bilhões de reais, apenas porque a União não tem qualquer obrigação de fazer acompanhar o seu patamar de gasto mínimo como crescimento da sua receita. Quem mais arrecada, inclusive por meio de contribuições sociais, é proporcionalmente quem tem menos aplicado no SUS. Os municípios, de outro lado, ficam reféns de um sistema de financiamento precário e acabam por suportar a sobrecarga fiscal oriunda da omissão dissimulada da União de dar progressividade ao sistema. Quanto aos estados, eles têm sido cada vez mais pressionados por ações judiciais e por pressões setoriais, sem, contudo, ter a mesma capacidade econômico-financeira da União”. *Ibid.*, p. 204-6, 220.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 220-1. A autora defende, em suma, a ideia de gasto mínimo material, para além do gasto mínimo formal, ou seja, não se limitando ao mero cumprimento de vinculação formal e quantitativa das despesas mínimas com os direitos fundamentais à saúde e à educação. O gasto mínimo substantivo ou material leva em conta o cumprimento das obrigações constitucionais e legais de fazer, bem como o controle dos resultados ao

Há um subfinanciamento da saúde em nível federal, conforme pesquisa do IPEA, o que leva os Municípios e os Estados a uma maior participação nos repasses constitucionais. O SUS está enfrentando um período de crise na atual quadra da história, uma vez que há previsão de um corte de 12 bilhões de reais na área da saúde (11% do orçamento), com o risco de hospitais fecharem as portas no Estado do Rio Grande do Sul, a exemplo do Hospital Vila Nova, em Porto Alegre.

Segundo informações repassadas por Mara Borba Minotto, Diretora do Departamento de Tratamento Penal da SUSEPE, há sérios problemas de tuberculose no sistema prisional (Presídio Central), atingindo as imediações do Bairro Partenon, na capital do Estado. Há 32 leitos clínicos no Hospital Vila Nova, 18 leitos para desintoxicação e 3 leitos no Hospital Conceição para atendimentos de média e alta complexidade<sup>383</sup>.

O SUS é regido pela distribuição de responsabilidades, pela descentralização do serviço e pela hierarquização, sendo que a Programação Pactuada Integrada (PPI) não foi implementada no Rio Grande do Sul. É preciso fazer o PPI e manter o co-financiamento, diante da falta de recursos suficientes.

Ainda em matéria de saúde, o artigo 196 da Constituição prevê que se trata de um direito de todos e um dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas, a fim de assegurar o acesso universal e igualitário.

Já o artigo 198 da CF/88 acolheu a ideia de subsidiariedade, em face da descentralização, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e a participação da comunidade.

A Lei n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), em seu artigo 2º, regulamentou o direito de acesso à saúde, sendo que o artigo 36 estabelece as disposições de caráter financeiro. O artigo 2º, § 2º, contempla a responsabilidade do indivíduo, sendo que o objetivo do diploma legal é justamente assegurar a igualdade da assistência à saúde, com a previsão de princípios e diretrizes do SUS (artigo 7º LOS).

A Lei n.º 8.142 prevê a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde como instrumentos de participação comunitária, cumprindo destacar o Decreto n.º 7.508/2011, contemplando o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (artigo 11).

---

longo do tempo, em atenção à progressividade e à vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais.

<sup>383</sup> Cf. palestra proferida no evento “O Ministério Público e a concretização do direito à saúde”, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS, no mês de julho de 2015.



Do ponto de vista sistêmico, um dos principais entraves é a utilização da porta de urgência/emergência para o acesso ao sistema, sendo que a porta de entrada é a atenção primária, responsável pela resolutividade de 85% dos problemas de saúde da população<sup>384</sup>. A Portaria n.º 2.488/2011 regulamenta a Política Nacional de Saúde e a Estratégia de Saúde da Família. A seu turno, a Lei n.º 9.263/96 cuida das políticas públicas de Planejamento Familiar.

O financiamento dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, a questão orçamentária e a ausência de uma compreensão sistêmica do direito à saúde, ou seja, de que o direito do cidadão é o que está na política pública, agravam o quadro da saúde na federação brasileira. Inúmeras pessoas morrem de diarreia, tuberculose e pneumonia, em especial as crianças de tenra idade, doenças que são tratáveis<sup>385</sup>, ressaltando-se que, segundo os dados da Procuradoria-Geral do Estado do RS, em torno de 64% do orçamento é gerido pelo Judiciário apenas no campo de medicamentos, diante da excessiva judicialização da saúde<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> Cf. palestra proferida pelo Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos, Dr. Mauro Souza, no evento “O Ministério Público e a concretização do direito à saúde”, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, no mês de julho de 2015. A *British Medical Journal*, em editorial publicado em 29 de novembro de 2010, destacou a importância do Programa de Saúde da Família no Brasil, mormente o atendimento à saúde primária, razão pela qual um olhar hermenêutico sobre a atenção básica e o direito à saúde como direito à política pública definida pelo Estado são fundamentais para a análise do tema do financiamento dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.bmj.com/content/341/bmj.c4945.full>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

<sup>385</sup> A partir de dados colhidos sobre a (in)efetividade do direito à saúde, com um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul, Limberger aponta a redução dos investimentos em saúde e saneamento, sendo que, em 1992, “a rede geral de esgoto no RS era de 12,25% de economias atendidas, passando para apenas 14,77% após 14 anos, crescimento de 0,17% ao ano no período. Em 1995, a população atendida com esgoto no RS era de 9%, sendo que a média nacional era de 25%”. Além disso, aponta para a mortalidade infantil, neonatal e pós-neonatal no Estado do RS, alertando para o gigantismo e a deficiência das estruturas burocráticas do SUS. LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas de saúde e burocratização: o (des)caminho trilhado para efetividade do direito à saúde – um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 173-6.

<sup>386</sup> A partir de pesquisa realizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período de janeiro a junho de 2013, Krause observa que o Judiciário não levou em conta, em matéria de judicialização da saúde, a previsão ou não do medicamento na política pública de assistência farmacêutica, sendo ignorado o critério objetivo da medicina com base em evidências (protocolos clínicos). Segundo a autora, a absolutização do direito à saúde prejudica uma compreensão coletiva da matéria. KRAUSE, Priscila Tahisa. A absolutização do direito à saúde – uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul frente às decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-75-AUTORA-PRISCILA-TAHISA-KRAUSE.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015. No mesmo sentido, Morais e Nascimento salientam que a “fórmula includente do Estado Social vem substituída por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que aqueles outros – os *excluídos* – não têm chance de assegurarem-se contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais já, agora, de caráter subsidiário”. Sublinham os autores que, no caso do Brasil, “nas inúmeras demandas postas em juízo buscando a prestação de remédios ou tratamentos específicos, o que, malgrado o seu feito de realização da garantia constitucional, reflete um viés eminentemente individual de acesso ao *bem* – saúde – constitucional, sobretudo, se verificado em uma situação de dificuldade de realização do próprio *acesso à justiça*, o que vem precedido do inevitável *acesso ao direito*”. MORAIS, José Luiz Bolzan de;

#### 4.4 DIREITOS SOCIAIS COMO TRUNFOS E AS ESFERAS DO “INDECIDÍVEL”: POR UMA CONCEPÇÃO REPUBLICANA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (OU DE FUNÇÕES)

Há dois sentidos possíveis para designar as *funções de Estado*: como fim, tarefa ou incumbência, correspondendo à determinada necessidade coletiva ou zona da vida social; e como atividade com características próprias, da passagem a ação, modelo de comportamento<sup>387</sup>.

No primeiro sentido, a função do Estado traduz um “enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder”, ou seja, a função “não tem apenas que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o **Estado enquanto comunidade**” (grifo nosso). Já no segundo sentido, a função consiste nos atos e nas atividades que o Estado desenvolve, noutras palavras, “uma manifestação específica do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder”. Num ou noutro sentido, há um elemento finalístico: na função como tarefa, de modo direto, e, indiretamente, na função como atividade<sup>388</sup>.

A tarefa é um “fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material”. A função enquanto atividade “não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a actividade existe por si mesma”<sup>389</sup>.

Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, sustenta que cada “pessoa beneficia de uma inviolabilidade que decorre da justiça, a qual nem sequer em benefício do bem-estar da sociedade como um todo poderá ser eliminado”<sup>390</sup>. Percebe-se uma crítica contundente à filosofia utilitarista, a qual se alicerça na maximização do prazer e na minimização da dor, em rota de conflito com a proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente as leituras

NASCIMENTO, Valéria Ribeiro do. O direito à saúde e os ‘limites’ do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, n. 2, jul./dez. p. 261, 2007. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/467/409>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

<sup>387</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 230.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>390</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001. p. 27. O autor se contrapõe ao utilitarismo clássico, o qual tem como ideia central a de que a “sociedade está bem ordenada e, portanto, é justa quando as suas instituições principais estão ordenadas de forma a conseguir a maior soma líquida de satisfação, obtida por adição dos resultados de todos os sujeitos que nela participam”. *Ibid.*, p. 41.

propostas por Dworkin (Teoria Integrativa do Direito) e Ferrajoli (Constitucionalismo Garantista).

Tal leitura deontológica aplica-se na esfera dos direitos sociais, os quais podem ser compreendidos como “trunfos”, tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin<sup>391</sup>, voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos *lato sensu*. Segundo Novais<sup>392</sup>:

Qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. **Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundivivência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria.** (grifo nosso)

Tal concepção aponta para a (necessária) rediscussão do modelo democrático representativo, com reflexos no processo de tomada de decisão, seja na esfera administrativa ou no horizonte do processo judicial. Exige a observância pelos participantes da cena democrática, terceiros ou órgãos públicos, a observância dos direitos fundamentais, individuais, sociais ou coletivos, ainda que contra as “maiorias”, haja vista que a democracia não se limita à satisfação dos interesses deliberados por uma vontade expressa em decorrência de um grupo de pessoas em número superior. Ora, fosse assim e instituiríamos em solo pátrio as penas cruéis, a exemplo da tortura e os tratamentos degradantes aos agentes em cumprimento de penas privativas de liberdade, até mesmo autorizando a eliminação de incontáveis vidas.

No âmbito dos direitos sociais, os trunfos remetem às decisões do gestor, as quais são delimitadas pela margem de conformação constitucionalmente prevista, não podendo, por exemplo, gozar de legitimidade democrática a construção de um estádio de futebol, quando

<sup>391</sup> Dworkin sustenta que “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Introdução, XV.

<sup>392</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 58-9.

crianças não dispõem de um atendimento mínimo de saúde, com a disponibilização de leitos em hospitais. Tampouco gastos em publicidades, festas e eventos similares podem suplantar as despesas com as políticas públicas na área de educação, a exemplo da construção de creches, ampliação e qualificação do atendimento às crianças e aos adolescentes nos ensinos infantil, fundamental e médio.

A metáfora dos trunfos pressupõe uma tensão entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito, entre a maioria política e os direitos fundamentais, excluindo determinadas razões que pretendam justificar as restrições meramente na força do número, no argumento da maioria. Ademais, a natureza dos trunfos permite evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais por intermédio do “Estado ponderador”. Reflete, ainda, a necessidade de retirada dos direitos da disponibilidade dos poderes políticos constituídos<sup>393</sup>.

Vale dizer que os direitos econômicos, sociais e culturais fixam limites à discricionariedade estatal na decisão de suas políticas públicas. Nesse sentido, se a assunção de obrigações nesse âmbito estabelece um catálogo de prioridades que o Estado se comprometeu a assumir, a constatação da omissão de cumprimento deve dar lugar a uma declaração de que o dito descumprimento viola o direito em questão. Por sua vez, quanto mais delimitada resulte a discussão “política” ou “técnica” acerca das prioridades e da implementação das políticas públicas, maior será a possibilidade de êxito do caso. Ademais, quando está em jogo a saúde de pessoas vulneráveis, como crianças, gestantes, enfermos, idosos, entre outras, as necessidades de tutela urgente postergam eventuais objeções baseadas na exigência probatória ou na complexidade técnica da questão<sup>394</sup>.

Reportando-se ao cenário brasileiro, os debates no Legislativo em torno da redução da maioria penal de 18 anos para 16 anos (Proposta de Emenda à Constituição n.º 171/1993), além da precarização das relações trabalhistas, com o incremento do desemprego e as demissões em massa, além da terceirização da prestação de serviços (Projeto de Lei n.º 4.330/2004), lançam um importante desafio em torno dos direitos fundamentais e à sua concepção de trunfo.

No “admirável mundo novo”, de Aldous Huxley, o avanço do progresso científico, o efficientismo e a busca da maior satisfação possível levaram ao paulatino processo de

---

<sup>393</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 324-5. Todavia, o referido autor admite a metodologia da ponderação, ou seja, uma reserva geral imanente de ponderação, diante da inevitável colisão entre direitos fundamentais, aspecto com o qual ousamos divergir do ilustre professor lusitano, a partir das lições de doutrinadores como Dworkin, Ferrajoli e Streck.

<sup>394</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 134-7.

“alienação” dos seres humanos. Isso porquanto a lógica consumista pautada pela maximização do prazer e pela minimização do sofrimento provocou um deslocamento do papel do Estado.

Dito de outro modo, o Estado “Big Brother”, de perfil totalitário, alvo da previsão de George Orwell, em sua obra “1984”<sup>395</sup>, cede espaço à configuração de um “novo” Estado, cujo controle, segundo Huxley, é exercido mediante a informação (ou o excesso de informação), a busca incessante pela diversão, o (des)interesse pela verdade, a manipulação da vontade, etc., de modo a proporcionar a estabilização das estruturas de poder.

Na “sociedade do espetáculo” (Debord), a massificação dos espaços de construção democrática e de decisão tem afastado os cidadãos dos temas importantes da cidadania brasileira em troca do carnaval e das propagandas de cerveja e de recursos da era digital (“tablets”, celulares, entre outros).

Sob o prisma jurídico, cumpre indagar: Qual o lugar do juízo de prognose legislativa no âmbito das restrições aos direitos fundamentais?

Ora, no constitucionalismo contemporâneo os deveres de proteção, os quais implicam na observância, por parte do Estado, da proteção suficiente dos direitos fundamentais, estão interligados com as prognoses por parte do legislador.

A liberdade de conformação do legislador não é absoluta, encontrando limites formais e materiais ao poder de reforma constitucional. O vício de inconstitucionalidade, segundo a doutrina alemã, recepcionada, entre nós, por Gilmar Mendes e Lenio Streck, decorre também da falta de prognose legislativa em matéria de direitos fundamentais.

A criminalidade que mais atenta contra os direitos fundamentais é justamente a dos poderes organizados, seja por intermédio da atuação estatal, seja em função da atuação de particulares. Ademais, o investimento em políticas públicas consistentes em programas de cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto é medida que se impõe para o controle da criminalidade juvenil, com importantes reflexos na diminuição da reincidência<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>396</sup> Sobre a temática do ato infracional e da reincidência, vale destacar, entre outros, o precioso estudo da Assistente Social Sílvia Tejadas, da Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público. Em suma, a PEC da redução da maioria penal é manifestamente inconstitucional, diante da falta de prognose legislativa quanto à propalada contenção da criminalidade, cuja discussão reclama, inexoravelmente, o contributo não só de especialistas como também da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (Häberle). No mesmo sentido, não há uma prognose legislativa quanto ao real impacto da “terceirização” nas relações de trabalho, nos termos do Projeto de Lei n.º 4.330/2004, a sinalizar para um quadro de precarização e de violação dos direitos trabalhistas, em nítida ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social (analisado no capítulo seguinte). Além disso, significa parcela dos acidentes de trabalho ocorre em tal

É preciso, pois, superar a razão cínica que procura manter o Povo como mera figura de retórica (Povo-Ícone), em prol de uma autêntica concepção de Povo, com autor e destinatário das prestações positivas do Estado (Müller). Tal pressuposto é imprescindível para verificar que as propostas em questão não são “admiráveis” e que o “mundo novo” que elas proporcionam consiste justamente em um retrocesso histórico, em face do qual a sociedade civil organizada não pode se calar<sup>397</sup>.

#### 4.4.1 A crise do estado social e o Ministério Público como instituição de garantia

O Estado Social parte da experiência de que a sociedade deixada total ou parcialmente aos seus instrumentos de autorregulação conduz à pura irracionalidade e que somente a ação do Estado torna-se possível pelo desenvolvimento das técnicas administrativas, econômicas, de programação de decisão, entre outras, pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social não controlado<sup>398</sup>.

Para o Estado Social de Direito, a “liberdade *possível* – e, portanto, *necessária* – do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de liberdade* – de liberdade de *facto* [...]”<sup>399</sup> (grifo do autor).

A força normativa dos princípios e a constitucionalização do Direito se alicerçam na democracia substancial, caracterizada pela distinção entre os planos de vigência e validade. Enquanto a vigência diz respeito à mera normatização das condutas humanas, a validade

---

modalidade de prestação de serviços, recorte da realidade social que não pode ser ignorado na produção legislativa.

<sup>397</sup> Enfim, como advertiu Deus ao Diabo, no conto “A Igreja do Diabo”, de Machado de Assis: “[...] Tudo o que dizes ou digas está dito e redito pelos moralistas do mundo. É assunto gasto; e se não tens força, nem originalidade para renovar um assunto gasto, melhor é que te cales e te retires [...]”. MACHADO DE ASSIS, John Gledson. *50 Contos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 185.

<sup>398</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2005. p. 22-3. O autor refere que os “limites da capacidade de estruturação da ordem social são, sem embargo, discutíveis e, em resumo, podem manifestar-se nas seguintes posições: 1) o Estado social tem como função assegurar os fundamentos básicos do *status quo* econômico e social adaptando-o às exigências do tempo atual e excluindo permanentemente os distúrbios para seu bom funcionamento, de modo que em essência está destinado a garantir o sistema de interesses da sociedade atual, é dizer, da sociedade neocapitalista; 2) o Estado social significa uma correção não superficial, senão de fundo; não fatorial (parcial) senão sistemática (total) do *status quo*, cujo efeito acumulativo conduz a uma estrutura e estratificação sociais novas, e concretamente até um socialismo democrático”. Assinala, ainda, que o Estado Social democrático e livre não nega os valores liberais (liberdade, propriedade individual, igualdade, etc.), senão que “pretende fazê-los mais efetivos dando-lhes uma base e um conteúdo material e partindo do suposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, mas sim dos dois termos em implicação recíproca de tal modo que não pode realizar-se um sem o outro”. *Ibid.*, p. 23, 26. (Tradução nossa).

<sup>399</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 39.

exige a obediência à Constituição. Tal como sustenta a teoria garantista de Ferrajoli, é possível um diploma normativo, em que pese vigente no ordenamento jurídico, estar acoimado de invalidade, situação que fulmina a sua aplicação judicial.

Em sua obra *Principia Iuris*, Ferrajoli afirma que a crise da democracia formal compromete a democracia substancial, destacando que toda redução, de direito ou de fato, do exercício das liberdades fundamentais e da satisfação dos direitos sociais, traz consigo o risco de se resolver na redução à passividade política, na reclusão das pessoas em suas esferas privadas e na depressão do espírito público. Alude ao fato de que, frente ao lugar comum do conflito entre direitos fundamentais, se confirma, ao contrário, a tese da complementaridade, de tal modo que todos os direitos fundamentais se sustentam reciprocamente. Assim, não é concebível uma efetiva autonomia no exercício dos direitos políticos sem a garantia dos direitos de liberdade, nem exercício efetivo das liberdades fundamentais sem a satisfação dos direitos sociais, desde os relativos à subsistência e à saúde, aos referidos à educação e à informação. Por conseguinte, não existe contraposição entre os diversos tipos de direitos fundamentais<sup>400</sup>.

Da democracia substancial emana a concepção de que o ser humano deve ser tratado como livre e igual pelos demais integrantes da comunidade. Os princípios da liberdade e da igualdade têm como pressuposto incondicional o respeito à vida digna e à autodeterminação da pessoa, em suas relações tecidas na vida comunitária. Trata-se, pois, do direito ao desenvolvimento humano e à inclusão social, o qual depende de prestações positivas do Estado, na concretude da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Um dos principais problemas contemporâneos consiste na necessidade de se empreender uma resposta estatal efetiva em face da corrupção e da crise do Estado Social<sup>401</sup>. O Estado Social somente poderá desempenhar suas tarefas de socialidade se se verificarem as seguintes condições:

---

<sup>400</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. (v. 2), p. 412-3.

<sup>401</sup> Segundo García-Pelayo, a complexidade desorganizada do Estado é uma tendência, ante a crise ou o risco da dissolução do Estado como forma histórica concreta para dar passo, de modo relativamente imperceptível, até outro *status* político, que não virá por um ato drástico, mas pelo efeito acumulativo de uma série de ações e omissões parciais, ainda, que por óbvio, possa conservar o nome do Estado do mesmo modo. Sugere o autor que o crescimento econômico deixará de ser uma realidade simplesmente econômica para subordinar-se à atividade política e que a nova situação econômica mundial contribuirá para uma maior politização das decisões econômicas. Defende, pois, uma revalorização do Estado não tanto como agente de grupos quando como organização verdadeiramente representativa da sociedade nacional, assinalando que “sempre as grandes crises históricas tem sido a condição para o fortalecimento do Estado”, sendo que nele “corresponderá uma responsabilidade de primeira ordem para os partidos políticos, tanto para na formulação da ideia concreta do Estado, como na busca de apoio para atualizações”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2005. p. 192-6.

- 1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica em um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária;
- 2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- 3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda;
- 4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado<sup>402</sup>.

Avizinha-se, entre nós, um período de sérias restrições de direitos sociais – constituindo exemplos a redução de gastos em programas sociais, a adoção de medidas provisórias com regras em torno do seguro-desemprego e das pensões, o debate no Legislativo em torno da figura da “terceirização” (com o risco da precarização) nas relações de trabalho –, de modo que é preciso reforçar os vínculos e os limites dos poderes públicos e privados.

No campo dos bens coletivos, a crise da água (e da energia elétrica), estendendo-se sobre a região sudeste do Brasil e se disseminando paulatinamente, coloca em xeque, para além da escassez dos recursos hídricos, o direito fundamental à boa governança. A título de ilustração, o Estado do Rio Grande do Sul vem descumprindo historicamente o percentual mínimo de 12% do orçamento destinado para a saúde, conforme previsão constitucional (Emenda Constitucional 29/2000), quadro que implica em prejuízos ao funcionamento do serviço público de saúde, em detrimento dos usuários do SUS.

Diante disso, questiona-se: Como é possível evitar o desmantelamento do Estado Social no Brasil?

As garantias jurídicas (primárias e secundárias) implicam na construção das balizas da democracia através dos direitos, como lembra Ferrajoli, em suas múltiplas dimensões, havendo uma complementaridade entre eles, de tal modo que os direitos fundamentais se sustentam reciprocamente. Dito de outro modo, há uma diferença ontológica (e não uma cisão estrutural) entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, razão pela qual o défice de fruição dos direitos políticos no Brasil está imbricado com a carência de universalização das prestações sociais e dos serviços públicos.

No que toca ao orçamento, é preciso dizer que as dotações orçamentárias por vezes não são aplicadas na sua integralidade, ocasionando um esvaziamento contramajoritário das políticas públicas em razão da noção de orçamento autorizativo. O desenvolvimento de

---

<sup>402</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A governança do terceiro capitalismo e a constituição social*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Stvdia Iuridica, 2006. p. 147.



controles social e jurisdicional sobre o orçamento, diante das vinculações constitucionais, é de fundamental importância para a implementação do regime de garantias primárias e secundárias.

Dentre as instituições de garantia, destaca-se o Ministério Público, em razão do perfil constitucional vocacionado à defesa dos direitos fundamentais sociais, como *ombudsman* ou na condução de investigações civis e no ajuizamento de ações civis públicas, funções institucionais previstas no artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988. As atribuições afetas à Instituição do Ministério Público, densificadas na Constituição Federal de 1988, diferenciam-se das funções de governo, sendo que sua legitimidade radica na observância da legalidade democrática e dos direitos fundamentais<sup>403</sup>.

A seu turno, as instituições e funções do governo têm legitimação decorrente da vontade da maioria, materializada no sufrágio universal. Todavia, o *accountability* eleitoral tem se revelado insuficiente para a concretização de uma democracia constitucional (Ferrajoli), haja vista que o Estado Constitucional de Direito reclama uma concepção de democracia em parceria (*the partnership conception*), como afirma Dworkin. Daí a necessidade do desenvolvimento de mecanismos de participação democrática, não apenas no âmbito político, mas também na esfera jurisdicional.

As funções de garantia, diferentemente das funções de governo, se inserem nas esferas do indecidível que (direitos individuais) e do indecidível que não (direitos sociais), imunes, pois, à ingerência ou à omissão estatal. A humanidade não espera apenas um prato de comida na mesa, mas sim, a efetiva implementação das prestações positivas voltadas à concretização da justiça material, sem tergiversações que impeçam a plena justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais na atual quadra da história.

A universalização dos direitos sociais é um dos principais desafios do agir ministerial, diante das alegações em torno da “reserva do possível” e da “discricionariedade”, as quais merecem uma filtragem na perspectiva dos princípios da humanidade e da responsabilidade

---

<sup>403</sup> As funções de garantia são as funções públicas consistentes em garantias primárias e secundárias, sendo que a validade dos atos depende da aplicação substancial das normas jurídicas, com a observância dos direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 825. Entre nós, Frischeisen ressalta o papel do Ministério Público como órgão de mediação entre a sociedade civil e a Administração, o qual vem crescendo na medida em que aquela vê no Ministério Público uma instituição independente e autônoma que “pode negociar em patamar de igualdade com a Administração ou com os Entes Privados – que eventualmente prestam serviços públicos ou têm obrigação de atender a determinada política pública – e agir em Juízo, ultrapassando os obstáculos existentes (como custas, honorários advocatícios, preparo técnico para deduzir e defender o direito desrespeitado), o que muito dificilmente ocorre com entidades da Sociedade Civil organizada, em especial aquelas dedicadas à defesa dos direitos sociais”. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 113.

como vetores hermenêuticos. O modelo de vinculações constitucionais orçamentárias, a exemplo do que previsto na Constituição da República Brasileira em relação à saúde e à educação, representa a possibilidade de indução de políticas públicas prioritárias, sem margem para juízos de conveniência e oportunidade.

Mister é a construção de espaços de solução de conflitos no terreno extrajudicial, sendo que a atuação propositiva do Ministério Público, com a realização de audiências públicas e a firmatura de Termos de Ajustamento de Conduta, tem viabilizado a concretização de direitos sociais, em especial nos casos de vulnerabilidade (mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, políticas públicas de atendimento materno-infantil, pessoas em situação de rua, etc.).

Comparato sustenta que o objeto dos direitos sociais, econômicos e culturais é uma política pública, acenando para a importância da atuação do Ministério Público, tanto na tutela dos direitos subjetivos públicos quanto na exigência em juízo do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área, o que passa pelo exame do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual<sup>404</sup>.

A garantia dos direitos fundamentais em tempos de crise do Estado Social impõe a leitura moral da Constituição (Dworkin), tendo como horizonte interpretativo a redução das desigualdades sociais, aliás, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A moralidade política e a responsabilidade promovem uma compreensão adequada dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial – conforme já visto no primeiro capítulo, aquele contingencial por natureza, ao passo que este reflete a utilização de argumentos políticos, econômicos e/ou morais em uma leitura comportamental da atividade jurisdicional –, ou seja, como mero ato de vontade discricionária do julgador.

A eficácia dos direitos sociais depende da superação de critérios de eleição discricionária e paternalista, mediante a universalização das prestações fáticas e dos serviços públicos, mormente em períodos de crise, com a reafirmação da independência das instituições democráticas, em especial do Ministério Público Brasileiro, como Instituição de Garantia de Direitos Fundamentais<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 40, p. 73, 78 e ss, 2011. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214/1147>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>405</sup> A esse respeito, vale destacar as iniciativas do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nas Comarcas de Lajeado, Carazinho e Cruz Alta, sendo que, no último caso, o diálogo institucional estabelecido pelo Ministério Público contribuiu para evitar o fechamento do hemocentro na cidade.

#### 4.5 JUDICIAL REVIEW E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES EM FACE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O debate em torno dos limites da revisão judicial da legislação tem contribuído com uma perspectiva crítica renovada, sobretudo no âmbito da Ciência Política e do Direito Constitucional, diante do monopólio da última palavra, conferido à jurisdição em matéria de interpretação da Constituição. E o tema adquire relevo, designadamente, em face da omissão inconstitucional.

O raciocínio hermenêutico que anima a discussão parte da premissa segundo a qual é possível o controle jurisdicional de políticas públicas, dentro da ideia de *responsabilidade hermenêutica*, em uma convergência teórica entre a leitura moral da Constituição (Dworkin) e o Garantismo Jurídico (Ferrajoli), mediante a identificação de certos parâmetros constitucionais: a) a política pública constitucionalmente prevista; b) a vinculação entre a política pública e os direitos fundamentais; c) a omissão inconstitucional legislativa, reputando-se a legitimidade democrática das *decisões ou sentenças aditivas*; d) em se tratando de omissão inconstitucional administrativa, impõe-se, como decorrência do direito fundamental à governança responsável, a sindicabilidade das decisões alocativas do Poder Público à luz das prioridades constitucionais.

De início, vale lembrar que a querela em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional deita suas raízes no *Federalista n° 78*<sup>406</sup>, no sentido da possibilidade de os juízes declararem a invalidade de leis contrárias à Constituição. A referida tese foi acolhida pelo Juiz Marshall, no julgamento *Marbury v. Madison* (1803), proclamando a supremacia da Constituição e o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, em que pese sofra críticas por ser apontado como um instituto antidemocrático, transferindo aos juízes o poder de derrubar decisões dos representantes do povo, criou raízes e disseminou-se pelo mundo<sup>407</sup>.

Na Europa, o controle jurisdicional de constitucionalidade teve impulso em razão do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, avançando consideravelmente na segunda metade

<sup>406</sup> “[...] não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russel, 2003. p. 471.

<sup>407</sup> SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 101.

do século XX (pós-guerra). Deve-se à Kelsen a defesa da jurisdição constitucional como garantia de observância das normas jurídicas, em debate com Schmitt, o qual sustentava que a defesa da Constituição não competia ao Judiciário, mas ao poder político. Enquanto Kelsen descreveu o Tribunal Constitucional como uma espécie de “legislador negativo”, Schmitt assinala que a função judicial consiste em julgar segundo as leis e não julgar as leis<sup>408</sup>.

Partindo da relevância em torno do debate entre Kelsen e Schmitt, Fioravanti afirma que as constituições da segunda metade do século XX representaram o intento de recompor “a grande fratura entre democracia e constitucionalismo” e que, na fórmula contemporânea da *democracia constitucional*, parecer estar contida a aspiração de um *justo equilíbrio* entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e o mesmo papel do legislador e do governo, e ideia dos *limites da política* mediante a força normativa da Constituição e do controle de constitucionalidade<sup>409</sup>.

Alexander Bickel sintetizou o assunto em sua frase – “a dificuldade contramajoritária” –, referindo que a “revisão judicial é uma força contramajoritária em nosso sistema” e que, “quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo [...], isso frustra a decisão dos representantes da atual população de aqui e agora [...]”<sup>410</sup>.

A tese da supremacia dos Tribunais Constitucionais no que se refere à interpretação constitucional tem sido contrastada em função do princípio democrático, nomeadamente em face de desacordos razoáveis sobre direitos no plano das relações sociais.

É importante esclarecer do que trata o “princípio democrático”, uma vez que, a depender da concepção de democracia que se adote, o *judicial review* pode ser uma ameaça democrática. Ainda que não se concorde com o argumento, cumpre deixar claro o que significaria para quem vê a oposição entre direitos e democracia, o “princípio democrático”.

Tushnet sustenta que a interpretação da Constituição deve ir para além das Cortes rumo ao Povo, propondo uma espécie de constitucionalismo popular. Desse modo, afasta a ideia do monopólio judicial da interpretação constitucional, diante da possibilidade do controle democrático exercido pela sociedade.

Destaca-se, na atualidade, o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin no trato da temática da revisão judicial da legislação, aquele sustentando a primazia do Legislativo,

<sup>408</sup> MARÍA BANDIERI, Luis. Justicia Constitucional y democracia: un mal casamiento? *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 356.

<sup>409</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. 2. reimp. Madrid: Trotta, 2011. p. 163-4.

<sup>410</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-7. O autor salienta as “virtudes passivas” no âmbito da jurisdição constitucional, de modo a respeitar a separação de poderes e a representação democrática.

bem como a conciliação entre a soberania popular e os direitos individuais, enquanto este asseverando a importância do *judicial review* em uma democracia constitucional.

Waldron<sup>411</sup> questiona se os juízes deveriam ter a autoridade para derrubar a legislação quando eles julgam que os direitos individuais foram violados. Afirma que a revisão judicial da legislação é antidemocrática, pois viola o poder de decisão conferido às maiorias políticas, eleitas pelo sufrágio popular, em favor do poder judicial contramajoritário. Sustenta que a guarda da Constituição é uma função política – e não judicial –, razão pela qual opõe severas críticas à ideia da supremacia judicial. Segundo o referido autor, os casos envolvendo desacordos razoáveis sobre direitos devem ser apreciados pelo poder legislativo – e não pelo poder judicial –, diante da representatividade decorrente da vontade da maioria.

A mais importante diferença é entre o que Waldron denomina de revisão judicial em sentido “forte” e em sentido “fraco”. No sistema de revisão judicial “forte”, as cortes têm a autoridade para deixar de aplicar um estatuto em um caso particular ou modificar os efeitos de um diploma normativo ao fazer sua aplicação conforme os direitos individuais. Tal autoridade está presente em algumas cortes europeias, enquanto as cortes americanas não têm essa aparência, mas o efeito real de sua autoridade não é reduzido. Já no sistema de revisão judicial “fraca”, por contraste, as cortes podem sindicatizar a legislação em conformidade com os direitos individuais, mas elas não podem deixar de aplicá-la ou moderar a sua aplicação, simplesmente porque os direitos seriam diferentemente violados. No Reino Unido, as cortes podem revisar um estatuto mediante uma declaração de incompatibilidade com um dos direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>412</sup>.

Afirma a existência de quatro pressupostos sobre os quais imagina uma sociedade: 1) instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio adulto universal; 2) um conjunto de instituições judiciais, ainda em razoável funcionamento, instituído de maneira não representativa, com o papel de julgar as divergências individuais e assegurar o Estado de Direito; 3) um comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de seus agentes públicos com a

---

<sup>411</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006. p. 1348. No mesmo sentido crítico em relação ao *judicial review*, ver TUSHNET, Mark. Against judicial review. *Harvard Law School: Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, p. 9-20. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1368857](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857)>. Acesso em: 31 ago. 2015. Tushnet afirma, em matéria de direitos sociais, a existência de dois modelos jurisdicionais: a) “forte”, com a possibilidade de adoção de medidas coercitivas por parte do poder judicial; b) “fraco” ou “suave”, a partir da viabilidade de medidas dialógicas ou concertadas entre o Judiciário e a Administração Pública para a concretização de direitos sociais. Cf. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 196 e ss em especial.

<sup>412</sup> WALDRON, op. cit., p. 1354-5.

ideia de direitos individuais e minoritários; e 4) um persistente, substancial e razoável desacordo sobre direitos, entre os membros da sociedade<sup>413</sup>.

Desacordos sobre direitos são razoáveis e as pessoas podem divergir sobre direitos enquanto ainda levam os direitos a sério, sendo o processo legislativo, ordinariamente, o *locus* adequado para isso. Por outro lado, ressalva que há circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas de corrupção política, legados de racismo e outras formas de prejuízo endêmico – em relação às quais admite a necessidade do *judicial review*<sup>414</sup>.

A ideia em torno da dignidade da legislação, na linha de Waldron, permite afirmar que se constitui no “fundamento da sua autoridade e o seu direito de ser respeitada por nós têm muita relação com o tipo de *conquista* que é”. O respeito pela legislação vem a ser, em parte, o “tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna”. Infere que “a decisão majoritária é o único processo decisório compatível com o igual respeito nesse sentido *necessariamente* empobrecido”<sup>415</sup>.

Já Dworkin refere que, quando nós compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral da constituição política não é antidemocrática, mas, ao contrário, é praticamente indispensável à democracia. A democracia não insiste que os juízes tenham a última palavra, mas não insiste que eles não a tenham<sup>416</sup>. A leitura moral reconhece a existência dos desacordos sobre os direitos – mas não afasta a responsabilidade política dos juízes –, salientando que os princípios da Constituição, em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos a buscarem ideais políticos e jurídicos: os governos devem tratar qualquer sujeito sob o seu domínio com igual status moral e político; devem tratá-los com igual consideração e respeito às liberdades individuais<sup>417</sup>.

A interpretação constitucional é disciplinada, sob a leitura moral, através do requerimento de integridade constitucional, sendo que os juízes não devem ler suas próprias convicções dentro da Constituição. Eles não devem ler uma cláusula moral abstrata como

---

<sup>413</sup> WALDRON, Jeremy. “The core of the case against judicial review”. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006. p. 1360.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 1406.

<sup>415</sup> *Id.* *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 190 e 197. Nessa linha de raciocínio, o autor discorda da ideia substantiva de democracia, pois, em seu entender, “recolocar a substância no processo irá necessariamente privilegiar uma opinião controvertida sobre o que o respeito acarreta e, portanto, deixar de respeitar as outras”. *Ibid.*, p. 197.

<sup>416</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 7.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 8.

expressão de qualquer julgamento moral particular, mas sim buscar consistência em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional pretérita feita por outros juízes. Devem se integrar como partes com os outros, no passado e no futuro, que conjuntamente elaboram uma moralidade constitucional coerente, e ter atenção para ver como sua contribuição se ajusta com o restante<sup>418</sup>.

Em um estudo voltado à concepção de democracia, Dworkin destaca as visões da democracia majoritária e em parceria. De acordo com a visão majoritária, a democracia é o governo através da decisão da maioria, isto é, em consonância com a decisão de um grande número de pessoas, expressada nas eleições com o sufrágio universal. Esclarece que não há garantias de que a maioria decidirá com equanimidade; suas decisões podem ser injustas para as minorias, cujos interesses a maioria sistematicamente ignore. Já de acordo com a visão da democracia como parceria, contudo, a democracia significa que o governo das pessoas tenha cada um como parte integrante de um empreendimento político coletivo, então as decisões da maioria são democráticas apenas quando certas condições são observadas para a proteção dos interesses de cada cidadão como integrante do empreendimento político<sup>419</sup>.

A concepção majoritária da democracia procura ser puramente procedimental e independente de outras dimensões de moralidade política, o que significa que uma decisão é democrática mesmo que seja muito injusta. Mas a concepção de parceria não faz com que a democracia seja independente do resto da moralidade política; nessa concepção, nós precisamos de uma teoria da igual parceria para decidir o que é ou não é uma decisão democrática, e nós precisamos consultar ideias sobre justiça, igualdade e liberdade em ordem a construir uma teoria. Logo, na concepção de parceria, a democracia é um substantivo e não meramente um procedimento<sup>420</sup>.

É possível afirmar, a partir do debate entre Waldron e Dworkin, que ambos os autores estão preocupados com as imbricações entre a democracia e os direitos individuais, ou seja, a democracia e os direitos individuais são compatíveis entre si<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 10-1.

<sup>419</sup> Id. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 131.

<sup>420</sup> Ibid., p. 134.

<sup>421</sup> A esse respeito, afirma Francisco Motta, em sua tese de doutoramento sobre Ronald Dworkin e a decisão jurídica democrática: "A rigor, Waldron e Dworkin demonstram não só uma preocupação comum com a preservação da democracia e dos direitos individuais, mas ainda outra: a de que os juízes não simplesmente substituam os legisladores". E sublinha que o "instituto da revisão judicial da legislação será legítimo na medida em que aprimore a legitimidade política como um todo, ou seja, na medida em que torne mais provável que a comunidade dê consequência a valores como a igualdade e a liberdade. O *judicial review* não

Por outro lado, a ideia da democracia e a defesa dos direitos fundamentais por intermédio da jurisdição aproximam a Teoria Integrativa, de Dworkin, da concepção do Constitucionalismo Garantista, de Ferrajoli, que pressupõe que a concretização da democracia através dos direitos fundamentais, além da distinção já analisada entre Instituições e funções de governo e de garantia.

Não se trata, então, de arbitrar politicamente um desacordo básico sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, mas, sim, decidir juridicamente o “problema constitucional de eventual contradição entre a decisão, política, da maioria, e os limites jurídicos que a Constituição do Estado de Direito lhe impõe”. Daí que, em torno dessa questão competencial, se direitos fundamentais “são trunfos contra a maioria, não poderia ser essa mesma maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer essa qualidade”<sup>422</sup>.

Entre nós, em uma perspectiva da dignidade da legislação a partir do contributo teórico de Kant, Mello afirma a legitimidade da jurisdição constitucional, sustentando, todavia, que “em uma república constitucional o exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis deve ser sempre e necessariamente limitado, a fim de respeitar na maior medida possível a autonomia pública dos cidadãos”. Noutras palavras, afasta-se da ideia da “supremacia judicial na interpretação e na concretização dos princípios fundamentais das constituições”<sup>423</sup>.

Reportando-se ao caso brasileiro, é preciso referir que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra em matéria constitucional, como se depreende do artigo 102 da Constituição Federal, ao passo que, em assuntos infraconstitucionais, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir os conflitos correlatos. Tal cenário, por sua vez, não impede a possibilidade da formatação de diálogos institucionais entre as Cortes e o Legislativo, sendo que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal lançam mão da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou sem pronúncia de nulidade, da modulação temporal em sede de controle de constitucionalidade, entre outras técnicas hermenêuticas de concretização de direitos fundamentais.

---

é universalmente necessário para o sucesso de uma comunidade política democrática – mas também dele não decorre, em si, uma perda de autogoverno. Tudo depende, em última análise, do *acerto* das decisões que forem tomadas”. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014. p. 91 e 93.

<sup>422</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 47-8.

<sup>423</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 174.



É possível afirmar uma ampliação do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, sendo editadas diversas súmulas vinculantes, além de temas com repercussão geral. Além disso, a eficácia expansiva ou a objetivação do controle difuso de constitucionalidade – em razão do julgamento da Reclamação 4335-5 –, além da eficácia vinculante dos motivos determinantes – conforme as decisões do Supremo Tribunal Federal nas Reclamações 7048 e 2363 –, trouxeram significativas alterações na fiscalização judicial da constitucionalidade.

Em pesquisa realizada pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em recorte temático voltado às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), inferiu-se que apenas metade das decisões analisadas dizia respeito a direitos fundamentais, sendo que a maioria cuidava de questões de competência entre Estados da Federação<sup>424</sup>.

A seu turno, a perda da normatividade dos direitos fundamentais ou da sua carga deontológica, em virtude da leitura axiológica dos princípios, mediante uma reaproximação tardia com a jurisprudência dos valores, coloca em xeque as expectativas comunitárias em torno da proteção e da promoção dos direitos. A normatividade dos direitos sociais não se amolda à visão de que os princípios são valores, em razão da vinculatividade da Constituição. Se um dos objetivos da República é a diminuição das desigualdades sociais, é preciso reivindicar a responsabilidade política e social do sistema de Justiça. Em tal seara, merece relevo a distinção entre argumentos de política e de princípio, na linha de Dworkin, sendo que os direitos fundamentais são trunfos contra maiorias governamentais, não se submetendo, pois, ao jugo de escolhas ou de vontades políticas.

Wróblewski<sup>425</sup> apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os

---

<sup>424</sup> COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Costa. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em: 17 ago. 2015. Aliás, como bem observa Abboud, o aumento do efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores, também no direito brasileiro, “não teve o condão de reduzir a quantidade de processos submetidos a julgamento perante o STF, ao menos até o presente momento”, asseverando que “muito pouco contribuirá para nossa democracia, a redução de processos sem que concomitantemente também ocorra gradativa melhora qualitativa nas decisões judiciais a ser refletida em motivações judiciais mais alentadas que examinem o contexto fático-jurídico da lide [...]”. ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 467-8.

<sup>425</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985. p. 94-5. Segundo Freitas, a interpretação constitucional configura um “*processo tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear”. FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 354.

órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, em face de um problema a resolver, não se aplica, apenas, “a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor”. Por isso, afirma, “há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”<sup>426</sup>.

Mormente no processo de implementação de políticas públicas, diante do caráter prestacional dos direitos sociais, demandando um agir positivo por parte do Poder Público, na maioria dos casos. Cumpre ressaltar a vinculatividade dos percentuais mínimos em saúde e educação previstos na Constituição Federal, ou seja, uma “esfera do indecidível que não” (Ferrajoli) ou “trunfo” (Dworkin), vinculando as decisões adotadas pelos entes públicos, inclusive o Poder Judiciário<sup>427</sup>.

A verdade hermenêutica aponta para o desvelamento do ente “Constituição”<sup>428</sup>, sendo que os limites previstos na Lei Maior em matéria de saúde e educação, por exemplo, sinalizam ao administrador a visibilidade das promessas cuja concretização deve ser tarefa de todo intérprete comprometido com a efetividade e a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nessa senda, a crítica de Krell, no sentido de que a “eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a

<sup>426</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. CXI.

<sup>427</sup> É possível o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o qual tem por objeto as finalidades expressas e implícitas de uma política pública, além dos meios empregados para o atingimento dos fins. A título de exemplo, a adoção de política estadual ou municipal de saúde desvinculada do sistema nacional único, em contrariedade à previsão do artigo 198 da Constituição Federal. A democracia se institucionaliza “ao longo de um incessante e penoso processo trabalho de modelagem das instituições políticas, em defesa da dignidade humana”. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, abr./jun. 1998. p. 46-8.

<sup>428</sup> Para Heidegger, “a verdade veio à tona para nós inicialmente em sua determinação genérica como desvelamento do ente. Desse modo, de uma maneira que ainda não está determinada, ela advém ao ente. Daí se depreende que a verdade é provavelmente determinada de alguma maneira pelo ente mesmo. No entanto, sabemos agora que os entes são diversos de acordo com o seu modo de ser. Daí surgiu a questão de saber se, conforme a sua essência, a verdade também não variaria por fim sempre segundo o modo de ser daquilo de que ela é desvelamento, desencobrimento. Assim, se nos apresenta a tarefa de tornar inicialmente compreensível de que maneira os entes são diversos em vista de seu modo de ser, a fim de deduzir daí como a verdade do ente também se altera em razão desses diversos modos de ser”. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 94-5.

não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público”, ressaltando que, no sistema jurídico pátrio “não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos na lei orçamentária”, o que implica no fato de que “muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como *imposição*, mas simples *autorização* para gastar dinheiro nas respectivas áreas”. Defende, pois, o entendimento de que, em caso de omissão no processo político (Legislativo/Executivo) de implementação de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário intervir para a “realização desses fins sociais através da correção da prestação de serviços básicos”<sup>429</sup>.

Depreende-se que as omissões inconstitucionais lançam um desafio sobre a teoria do Direito<sup>430</sup>, sendo que a ideia da *Responsabilidade Hermenêutica* promove uma releitura do princípio da Separação de Poderes, a partir de sua trajetória evolutiva de limitação ou contenção do poder absoluto do Estado (*checks and balances*), a sufocar o cidadão na livre condução de suas atividades no decorrer da vida. Invocá-lo para escusar a omissão administrativa e a inércia governamental no atendimento às políticas públicas não se afigura a solução mais ajustada à compreensão constitucional contemporânea. Tampouco há se falar em ativismo judicial, mas sim, em um substancialismo que está em consonância com a Constituição dirigente e compromissória, a qual informa e conforma os Poderes Constituídos e Instituições. O potencial de transformação social da Lei Maior é inequívoco e sua dimensão material conduz à hermenêutica que melhor prestigie os direitos fundamentais, afastando-se da abstração das promessas governamentais para “tocar o chão” dos problemas das pessoas.

Ora, o controle jurisdicional de políticas públicas, máxime diante da implementação dos direitos sociais, leva à sindicabilidade das categorias “suspeitas”, isto é, que distorcem o princípio da separação de poderes, utilizado como um argumento de retórica para fragilizar a autonomia do Direito. Por sua vez, o cumprimento da Constituição não pode ficar na

<sup>429</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 31, 100-1.

<sup>430</sup> Segundo Canotilho, em sua obra sobre a Constituição Dirigente, afirma que há uma “*omissão constitucional violadora de direitos fundamentais* quando um direito for constitucionalmente garantido e a sua efectivação for prescrita através de uma imposição constitucional concreta”. Assinala o autor que, quando um direito social constitucionalmente garantido, “tiver já obtido um certo nível de realização legal é possível conceber-se uma *acção judicial contra o retrocesso ou desigualdade*”. Por sua vez, o princípio da igualdade constitui a “pedra de toque da directividade constitucional. Ao exigir *aplicação igual de direito igual*, o princípio da igualdade pressupõe a necessidade de criação de uma *igualdade de oportunidades* através do legislador”. Assim, a constituição dirigente “*não substitui a política, mas torna-se premissa material da política*”, de maneira que a constitucionalização programática não significa a “*juridicização do governar*; o que evita é a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 481-8.

pendência de razões utilitaristas ou de “cofres cheios”, porquanto ao gestor não é dado realizar “escolhas discricionárias” que contrariem as prioridades constitucionais, como a saúde e a educação, entre outras. A autonomia municipal não é um “cheque em branco” para omissões inconstitucionais e lesivas aos direitos fundamentais<sup>431</sup>.

Do caráter programático das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais, na dependência de uma normatização ulterior pelo legislador infraconstitucional, na atual quadra da história sopram os ventos no sentido da concretização e da implementação direta da Lei Maior, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*. Um dos exemplos acerca dessa virada jurisprudencial é justamente a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal no que toca ao mandado de injunção, passando da teoria abstrata à teoria concretista, em julgamento relativo à greve dos servidores públicos<sup>432</sup>.

Vale destacar o emprego das *sentenças com efeitos aditivos*, as quais podem ser definidas, em sentido lato, como decisões positivas de inconstitucionalidade cujo conteúdo implique “tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição”<sup>433</sup> (grifo do autor). A decisão aditiva tem por objetivo “reprimir omissões legislativas (parciais) inconstitucionais, violações do princípio da igualdade ou discriminações não autorizadas constitucionalmente,

---

<sup>431</sup> Como “não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Além da definição genérica *em que* gastar, é preciso ainda decidir *como* gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseje alcançar. Essas escolhas, portanto, recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”. Assim, “**a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos**”, defendendo a autora que as políticas públicas de direitos fundamentais podem sofrer controle jurídico e jurisdicional, sem prejuízo de outros, em se tratando dos seguintes objetos: “(i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; (iv) o atingimento ou não das metas fiscais pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117, 146 (grifo nosso).

<sup>432</sup> Para uma análise do referido julgamento (MI 670-9-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007), bem como a evolução jurisprudencial no que tange ao mandado de injunção, na perspectiva da dispensabilidade da *interpositio legislatoris* para a concretização judicial dos direitos sociais, leia-se a importante análise de Cadermatori e Strapazzon, sustentando que a legitimidade da democracia decorre, sobretudo, da responsividade às expectativas normativas decorrentes de um ordenamento constitucional compromissório. CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Sistema garantista e protagonismo judicial*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207, 219 e ss.

<sup>433</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 364.

remedir vazios provocados pela mera anulação de normas”<sup>434</sup>. Assim, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória tem os seguintes pressupostos

- i) Que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional como fundamento para a reparação imediata e com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada por aquele órgão;
- ii) Que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia “self executing”;
- iii) Que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria;
- iv) Que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou dessa norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico<sup>435</sup>.

É válido afirmar, com Streck, a existência de uma dupla mudança paradigmática que permite compreender as várias sentenças produzidas pelos Tribunais após o Estado Democrático e Social de Direito: a) a *viragem linguística*, que rompe com a hermenêutica clássica, de caráter reprodutivo, e, com isso, abrindo espaço para correntes hermenêuticas concretizantes, as quais ultrapassam as interpretações que apostavam ora na existência de sentidos unívocos, ora na subjetividade do intérprete; b) a falência do modelo liberal de direito e a revolução copernicana (J. Miranda) produzida pelo novo constitucionalismo. Afirma o autor, com apoio em Rui Medeiros, enquanto na época liberal, bastava cassar a lei, no período do Estado Social, “em que se reconhece que a própria omissão de medidas

<sup>434</sup> ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

<sup>435</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 394. Em suma, é reclamada uma solução constitucionalmente obrigatória, ou seja, que o efeito aditivo seja decorrência da obrigatória aplicação do texto constitucional (a doutrina italiana “*a rime obligate*”), sem discricionariedade judicial. Os argumentos favoráveis às sentenças aditivas são: a) *necessidade de concretizar a Constituição tendo em vista a reparação imediata de omissões e de lacunas cuja subsistência se revele ofensiva para a esfera dos direitos e garantias fundamentais*; b) *conservação relativa dos atos*; c) *preenchimento de vazios e lacunas técnicas e axiológicas mediante soluções integrativas lógicas ou critérios obrigatoriamente determinados pela Constituição*; d) *consolidação da prática jurisprudencial*. Já as objeções ou posições contrárias ressaltam os seguintes aspectos: a) *usurpação de poder*; b) *incompetência para integrar vazios normativos e lacunas e emprestar a essa integração força obrigatória geral*; c) *subversão de um princípio de preferência pelo legislador e exercício derivado da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão através de um processo de fiscalização de inconstitucionalidade por ação*; d) *custos financeiros das decisões aditivas de prestação e violação do princípio do equilíbrio orçamental*. Blanco de Moraes adota posição no sentido da *admissibilidade limitada de sentenças com efeitos aditivos*, alertando para os riscos um consequencialismo aditivo da Justiça Constitucional, diante de eventuais convicções judiciais subjetivas com prejuízos à separação de poderes e ao princípio democrático-representativo. *Ibid.*, p. 409-18.

soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção ativa do Tribunal Constitucional (e dos demais órgãos do Poder Judiciário)<sup>436</sup>.

Por sua vez, decidir os casos que envolvem políticas públicas (ou a ausência delas) não deve implicar uma substituição do administrador ou do legislador pela figura do juiz no processo de tomada de decisão (*ativismo judicial*), mas sim, assinalar a omissão inconstitucional e lesiva a direitos fundamentais, instando os poderes constituídos para que cumpram suas funções.

Em estudo sobre a judicialização da política pública de assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, Chieffi e Barata, tendo como campo de pesquisa as ações judiciais cadastradas de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006, movidas por pacientes que, no processo judicial, informaram residir na cidade de São Paulo e receberam medicamentos por meio de processos contra o Estado (SES-SP), assinalam o seguinte:

Foram solicitados 954 itens diferentes de medicamentos, dos quais 28 (3%) não estavam disponíveis para venda no mercado nacional e 77% não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. Dos itens fornecidos pelo SUS (23% do total de itens), 120 (13%) pertenciam ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Analizados os dados referentes aos itens de medicamentos que geraram mais de trinta processos levados em consideração neste estudo, encontraram-se 42, dos quais 4 (10%) não estavam disponíveis para venda no mercado nacional e 26 (62%) não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. Dos itens fornecidos pelo SUS, 5 (12%) faziam parte do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

[...] Com relação ao local de prescrição, 48% dos pacientes possuíam receitas médicas de estabelecimentos da rede do SUS; 47%, do sistema complementar; e em 4% dos atendimentos não foi possível classificar a origem da receita.

Segundo a classificação do local de moradia do paciente informado no processo pelo IPVS, 16% dos solicitantes pertenciam ao estrato 1; 35%, ao estrato 2; e 22%, ao estrato 3 [...] <sup>437</sup>.

<sup>436</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 771-2. O autor refere que “enquanto para eliminar um limite normativo e restabelecer uma liberdade basta(va) invalidar o texto normativo em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Urgia, pois, a criação de um modelo de justiça adequado aos novos paradigmas de Estado e de direito. Falharam as teses que tenta(va)m pôr os Tribunais em uma atividade contemplativa. Enfim, o alargamento (e o redimensionamento) das funções dos Tribunais (mormente os Tribunais Constitucionais) constituiu-se em uma resposta à própria crise das instituições democráticas”. *Ibid.*, p. 772.

<sup>437</sup> CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 25, v. 8, p. 1841-2, 1839-49, ago. 2009. Referem as pesquisadoras que “os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS. Essas ações têm consequências orçamentárias importantes, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde. Consequentemente, as demandas judiciais prejudicam essas políticas, impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de

Em um seminário promovido entre o Supremo Tribunal Federal e a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza), sobre a proteção dos direitos econômicos e sociais em tempos de crise econômica e qual a função dos juízes, realizado em Ouro Preto, Brasil, entre 5 e 6 de maio de 2014, a autocontenção judicial e o ativismo judicial estavam no centro dos debates e emergiu como um traço comum, em particular quando se analisam as técnicas jurídicas que os magistrados podem usar e seu papel no que diz respeito ao princípio da separação dos poderes. O impacto da crise econômica sobre grupos desfavorecidos e vulneráveis, incluindo crianças, mulheres, populações indígenas e pessoas idosas, bem como o aumento resultante das desigualdades, também foram considerados.

Dois aspectos foram enfatizados: a ausência de um modelo único para a proteção dos direitos econômicos e sociais e as complexidades que afetam os direitos. Contudo, o acesso à justiça desses direitos é a chave para o seu reconhecimento e adequada proteção, sendo que os juízes, ordinários ou constitucionais, estão submetidos a um duplo desafio: respeitar o quadro legislativo e constitucional, ao conseguir, simultaneamente, a proteção dos direitos que são efetivos e exequíveis. Os órgãos internacionais de direitos humanos constituem importantes ferramentas nas mãos do Judiciário, podendo os juízes utilizar o controle de convencionalidade a fim de reforçar a proteção dos direitos econômicos e sociais internacionalmente reconhecidos na esfera doméstica<sup>438</sup>.

Assim, a revisão judicial de políticas públicas deve ter em mente não apenas a crítica da capacidade institucional do Judiciário, mas também as críticas à capacidade institucional das demais instituições (Executivo e Legislativo), em uma análise comparativa<sup>439</sup>. A questão central, em suma, “não é se pode ou não haver controle judicial, mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial”<sup>440</sup>.

---

interferir no planejamento das ações de saúde”. Destacaram, ainda, com base nos dados da pesquisa, que “a parcela da população atendida por demandas judiciais tem em média melhores condições sócio-econômicas, residindo em áreas com baixa ou sem nenhuma vulnerabilidade social”, sendo que “73% dos processos foram provenientes de pacientes residentes nos três estratos de menor vulnerabilidade social do Município de São Paulo, Brasil”.

<sup>438</sup> Protecting economic and social rights in times of economic crisis: what role for the judges? Ouro Preto, 5-6 maio 2014. Synopsis. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) in co-operation with the Supreme Court of Brazil. Strasbourg, 2 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA\(2014\)002syn-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA(2014)002syn-e)>. Acesso em: 29 jul. 2015.

<sup>439</sup> Nesse sentido, BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 102.

<sup>440</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

No caso português, Sampaio procura destringir os diferentes tipos de intervenção judicial em matéria de políticas públicas de direitos sociais: a) decisões jurisdicionais que invalidam políticas públicas por contrariarem parâmetros jurídicos; b) decisões que impõem a implementação de políticas públicas definidas pelas instâncias políticas e não executadas pelo aparato burocrático do Poder Público; c) decisões que obrigam a desenhar e a implementar políticas públicas; d) decisões que reconfiguram aspectos parciais das políticas públicas; e) decisões que impõem a reformulação de procedimentos para a implementação de políticas públicas, os espaços de participação e os níveis de informação pública disponível. Quanto aos remédios jurisdicionais, o autor lista os seguintes: a) remédios declarativos; b) emissão de ordens detalhadas e completas para o cumprimento de prestações e serviços; c) emissão de instruções gerais de definição de políticas públicas ou cursos de ação ao Executivo e ao Legislativo, além de um sistema de supervisão; d) emissão de instruções gerais para a definição de políticas mediante um procedimento de diálogo ou intercâmbio de informação para qualificar o processo de implementação dessa política<sup>441</sup>.

Entre nós, Brum propõe uma teoria para o controle judicial de políticas públicas, tendo em mira os limites da interpretação em virtude da problemática da discricionariedade judicial. Com base em MacCormick e Dworkin, sustenta que os parâmetros das consequências, da coerência (integridade) e da consistência devem balizar o processo de tomada de decisão judicial, lançando como justificativa a isonomia formal e a universalizabilidade<sup>442</sup>.

A seu turno, traçando uma relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais, Fonte identifica a existência de (1) políticas públicas *essenciais*, referentes ao mínimo existencial (direito às prestações necessárias à manutenção da vida, direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, direção à educação básica e acesso à

---

<sup>441</sup> SAMPAIO, Jorge da Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 657. Segundo o autor, o importante é “melhorar a *colaboração interinstitucional* entre a justiça constitucional e, principalmente, o poder legislativo”. Refere, também, com apoio na doutrina de Reis Novais, a necessidade da utilização dos princípios constitucionais estruturantes da República como parâmetros de fiscalização judicial das políticas públicas de direitos sociais (proibição do excesso, proibição da insuficiência, dignidade da pessoa humana, razoabilidade), mediante *justificação constitucional* e *razões fortes*, ou seja, o legislador ordinário que pretenda restringir um direito social, através de política pública contrária, “se faça valer de uma justificação constitucional para o efeito, e, bem assim, que não implemente políticas públicas que restrinjam de forma *desnecessária, desadequada, desproporcional* ou *desrazoável* qualquer que seja o direito fundamental, seja o direito à liberdade de expressão, o direito à segurança social ou o direito à habitação”. *Ibid.*, p. 464 e 649.

<sup>442</sup> BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 91 e ss.



justiça); e de (2) políticas públicas *não essenciais*, relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais<sup>443</sup>.

Na sequência, a investigação adentra em seu núcleo fundamental, com o desenvolvimento de uma *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*, seus fundamentos, dimensões e parâmetros constitucionais de concretização dos direitos sociais e das correlatas políticas públicas, com relevo para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do ativismo judicial à integridade da decisão jurídica democrática.

---

<sup>443</sup> No que tange às políticas públicas *essenciais*, os parâmetros de controle sugeridos pelo autor são o princípio da proibição da proteção deficitária e o princípio da vedação do retrocesso, ao passo que, em relação às demais políticas, os critérios propostos são a isonomia, a eficiência, a economicidade e a transparência. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, em especial p. 199 e ss.

## 5 UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE: DIREITOS SOCIAIS E DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Os limites entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática radicam fundamentalmente na análise sobre como os juízes decidem os casos. Daí a razão da proposta teórica lançada na presente tese, qual seja, uma *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*, a qual é um constructo de natureza político-normativa, que parte de uma concepção de democracia constitucional, justificando um esquema interpretativo, sobretudo a partir da análise da justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A decisão jurídica democrática tem dupla dimensão – procedimental e substancial –, além de determinados parâmetros interpretativos voltados à concretização judicial dos direitos sociais e das políticas públicas.

### 5.1 COMO SE DECIDEM OS CASOS?

A questão acerca sobre como se decidem os casos, tratada por Dworkin em sua construção teórica integrativa, leva em conta alguns critérios, tais como a coerência e a integridade, comparando o Direito como uma espécie de romance em cadeia (*chain novel*), no qual o juiz deve levar em conta os precedentes dos juízes que já se pronunciaram, a lei, o Direito, e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance.

Dworkin<sup>444</sup> tece críticas às correntes doutrinárias do convencionalismo e do pragmatismo, apontando suas insuficiências na construção de uma teoria do Direito.

Na perspectiva do convencionalismo, o Direito é aquilo que realmente é, e não o que os juízes pensam ser. Referida corrente faz o Direito depender de convenções sociais distintas, designadas convenções jurídicas, ou seja, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaboração das leis e de que maneira.

Já o pragmatismo baseia-se na negativa de que as pessoas tenham quaisquer direitos, contrapondo os direitos das pessoas àquilo que seria pior para a comunidade, ou seja, em face dos interesses da maioria, apenas porque uma legislação estabeleceu, ou porque juízes decidiram que outras pessoas teriam tal direito. O principal defensor do pragmatismo, na atualidade, é Richard Posner, juiz nos Estados Unidos e o propulsor da corrente Direito e Economia. Assevera ser inevitável que casos semelhantes acabem por ser tratados

---

<sup>444</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 141-2, 186.

frequentemente de forma inconsistente não somente porque diferentes juízes farão um balanceamento diferente das consequências, segundo o seu temperamento, formação, experiência e ideologia que conformem suas pré-concepções e, com isso, sua resposta aos argumentos e às provas, senão também porque juízes diferentes apreciam consequências diferentes. O pragmatismo aceita que uma decisão seja razoável à luz dos interesses conflitantes no caso em questão, ainda que uma decisão razoável não seja necessariamente uma decisão “correta”<sup>445</sup>.

A seu turno, a coerência pressupõe a análise ampla do Direito e a sua reconstrução histórico-institucional, de modo que os casos futuros tenham um tratamento semelhante aos casos enfrentados pelos juízes, dentro da cadeia interpretativa. É uma relação de conexão entre a decisão judicial e o próprio Direito.

Para além da coerência, a integridade<sup>446</sup> obriga que os juízes levem em conta os princípios tais como a justiça, a equanimidade ou o “jogo limpo” (*fairness*), o devido processo legal para a tomada de decisão, a qual, além de ser coerente com a sua história institucional, deve ser justa. Além disso, deve o juiz observar a comunidade de princípios, de modo a afastar um indesejável subjetivismo no ato de julgar.

Já a perspectiva do romance em cadeia (*chain novel*) compara o juiz a uma espécie de romancista, que deve dar prosseguimento a uma obra coletiva, razão pela qual não pode desprezar o contributo dos juízes que o antecederam, na análise dos precedentes, da lei e do Direito. Nesse ponto, lembra Eros Grau<sup>447</sup> que o Direito é alográfico, ressaltando a diferença entre texto e norma, entre o autor e o intérprete.

A hermenêutica acentua ao intérprete-aplicador o “dever de prestar contas do seu trabalho interpretativo, o qual, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável”, uma vez que não se coaduna com o princípio do Estado Democrático de Direito a figura do

---

<sup>445</sup> POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 278-9.

<sup>446</sup> Dworkin refere que “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade, o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

<sup>447</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 82-3.

“oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima da lei e dos critérios usuais de interpretação”<sup>448</sup>.

A construção de uma *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*, tendo seu referencial teórico na fenomenologia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, no horizonte delineado pela viragem ontológico-linguística (Heidegger-Gadamer), com os aportes da *Teoria Integrativa do Direito* (Dworkin), do *Garantismo Jurídico* (Ferrajoli) e da *Crítica Hermenêutica do Direito* (Streck), demanda uma análise das dimensões da decisão jurídica democrática de concretização de direitos sociais, para além dos problemas apontados em relação ao ativismo judicial. Após um breve apanhado da experiência do Direito Internacional e do Direito Estrangeiro, a pesquisa pauta-se pela análise de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais, passando-se ao núcleo da tese: a *Responsabilidade Hermenêutica como Garantia Decisória*.

## 5.2 POR UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA RESPONSABILIDADE

Para uma compreensão hermeneuticamente adequada em torno da Constituição e, mais precisamente, dos limites e das possibilidades de intervenção judicial na esfera dos direitos sociais, é preciso construir-se uma teoria política normativa, ou seja, uma determinada concepção de democracia constitucional, sendo que a teoria deve justificar um esquema interpretativo em torno de decisões judiciais concretas<sup>449</sup>.

Tendo em vista a recepção, no cenário pátrio, do modelo do neoconstitucionalismo, designadamente em face da onipresença dos princípios e dos problemas decorrentes do ativismo judicial, mostra-se necessária a adoção de uma hermenêutica integrativa. Tomando como base as imbricações entre as perspectivas da tradição e da integridade (Gadamer/Dworkin), com apoio na *Crítica Hermenêutica do Direito* (Streck), além do debate com o *Constitucionalismo Garantista* (Ferrajoli), a *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade* (ou *Responsabilidade Hermenêutica*) objetiva construir parâmetros para a produção democrática de decisões jurídicas de concretização judicial dos direitos sociais (e das políticas públicas de direitos sociais). Levar a sério a tradição, a coerência, a integridade,

---

<sup>448</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2002. p. 68-9.

<sup>449</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 470 e 473.

o romance em cadeia (*chain novel*), a leitura moral da Constituição e do Direito, enfim, uma teoria da decisão judicial, a fim de controlar o poder contramajoritário.

A seu turno, a concepção de discricionariedade dos juízes na resolução dos casos significa, em plena era dos direitos fundamentais e da democracia constitucional, delegar ao poder contramajoritário a produção do Direito, quadro que pode resultar em um “governo dos juízes”, em prejuízo das expectativas normativas da comunidade em torno da concretização da Constituição. Na percepção de Perez Luño, “desvincular a decisão judicial de sua prévia fundamentação racional equivale a converter a vontade do juiz em voluntarismo; sua decisão em decisionismo”. Aponta, ainda, para o fato de que “no afã de subtrair o ato de vontade em que a decisão do juiz consiste de qualquer pressuposto e fundamento lógico corre-se o risco de desembocar no extremo contrário, portanto no extremismo: o do arbítrio judicial”<sup>450</sup>.

As falácias interpretativas da desintegração e da hiperintegração constitucional também contribuem para corromper a autonomia do Direito: a primeira conduz a uma leitura das cláusulas constitucionais de maneira desvinculada do todo, em uma compreensão distorcida da Lei Maior; já a segunda se baseia em uma visão singular que ignora que o todo contém partes distintas, partes que, em determinados casos, ao longo da história, foram amplamente separadas, favorecidas e opostas em grupos muito díspares, refletindo premissas distintas e, por vezes, radicalmente incompatíveis<sup>451</sup>.

A saúde, a educação, a moradia digna, entre outros direitos fundamentais sociais, não podem depender da sorte ou do acaso que decorrem do ponto de vista ou da “consciência do justo” por parte do julgador, em nítida afronta ao ideal de integridade e à leitura moral do Direito. Os direitos sociais concretizam, pois, a obrigação estatal de controlar os “riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais”, constituindo, “junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade”<sup>452</sup>.

O princípio moral da responsabilidade de “melhorar o que nós podemos melhorar e não somente as desvantagens que nós mesmos tenhamos criado e pelas quais somos responsáveis”, tem como tarefa a proteção fundamental prioritária, o que significa, em matéria

---

<sup>450</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

<sup>451</sup> TRIBE, Laurence H; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1992. p. 19-20.

<sup>452</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 212.

de direitos sociais, “a compreensão de desvantagens involuntárias e a assistência para os involuntariamente necessitados de ajuda”<sup>453</sup>.

A pré-compreensão, a fusão de horizontes, a consciência histórico-efetual e a tradição são importantes recursos hermenêuticos que criam barreiras ao discricionarismo judicial, cujo sustentáculo é antitético ao componente democrático dos direitos fundamentais. Não bastasse isso, a concepção integradora da democracia faz com que os direitos sociais não dependam da vontade das “maiorias”, em regra, subservientes aos destinos das disputas eleitorais e ao sabor dos acontecimentos político-partidários.

Por outro lado, é preciso ressaltar que o problema dos direitos sociais está associado aos limites, de tal modo que requerem que “as autoridades públicas, incluindo o legislador, se esforcem por os garantir em ‘medida razoável’ através da ordenação de ‘programas’ ou ‘políticas’ de implementação desses direitos e garantias jusfundamentais”, donde se infere que “a liberdade exige a presença do Estado e não a sua ausência”<sup>454</sup>.

O estudo das dimensões da decisão jurídica convida à reflexão dos limites e das possibilidades emancipatórias do órgão decisório, nomeadamente o juiz, a fim de concretizar o sentido transformador da Constituição.

A esse respeito, é preciso dizer que a Constituição tem de ser vista como uma realidade viva e dinâmica, a palmilhar na caminhada uma intensa busca da efetivação dos direitos humanos e fundamentais, em especial os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Desse modo, o decisionismo judicial ou o *bypass* constitucional são antitéticos frente à democracia no processo jurisdicional.

A superação dos pré-juízos inautênticos ou ilegítimos nas lides individuais ou coletivas, estampados na máxima do crescimento econômico a qualquer custo, é condição para a autonomia do Direito e para a efetividade de suas normas.

---

<sup>453</sup> GOSEPATH, Stephan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 79. Assinala, ainda, ao discorrer sobre o princípio da proteção fundamental prioritária, que “a ideia de direitos humanos sociais é – assim foi resumida na tese aqui defendida – justificada e constituída como a mais plausível, através da aplicação da ideia de justiça mínima social global. Os direitos humanos sociais são, com isso, entendidos como igual pretensão de toda pessoa à proteção mínima global social justa, a qual serve para a compensação de prejuízos relevantes moralmente. Os direitos humanos sociais devem assim garantir uma proteção fundamental, que é prioritária, porque eles devem possibilitar a todos realizar, em medida suficiente, as funções e capacidade geralmente reconhecidas como valiosas, e assim viver a própria vida de modo digno, autodeterminado e livre”. *Ibid.*, p. 79-80.

<sup>454</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 212.

Vale destacar a sua função promocional do processo jurisdicional democrático, de modo que se apresenta frágil o argumento calcado no costume ou na adequação social da conduta para se promover a derrogação de normas protetivas.

Há, pois, um direito fundamental à *resposta correta*, do ponto de vista da hermenêutica, o qual se apresenta como elemento essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, concepção que se ajusta ao devido processo legal, em sentido formal e substancial, às técnicas de tutela jurisdicional e ao dever fundamental de proteção, amparado na tradição, na coerência e na integridade do conteúdo que emana do ato decisório.

As decisões jurídicas são pluridimensionais, devendo estar amparadas em consistente fundamentação racional, sob os influxos da fenomenologia hermenêutica e dos vetores anteriormente sinalados, numa resistência em face das maiorias conjunturais, forjadas, não raras vezes, ao talante de interesses financeiros ou eleitorais, haja vista a pressão dos denominados poderes privados. Entendimento diverso implicaria na convalidação de um decisionismo manifestamente inconstitucional, frustrando as expectativas legítimas dos cidadãos e a própria essência da jurisdição na salvaguarda dos direitos fundamentais.

A suspensão dos pré-juízos inautênticos, ancorados num individualismo cego e unilateral, em uma lógica efficientista e utilitarista (*Law and Economics*), bem como no caráter programático dos direitos sociais (modelo de fundamentação “Ângelo II”, de *Medida por Medida*, em um ativismo às avessas, de caráter nitidamente conservador), é essencial para o “acontecer” da Constituição e da sua substancialidade, em atenção à dignidade humana e à busca de uma sociedade justa e solidária nos caminhos do porvir.

Por conseguinte, o tempo dos direitos sociais segue outra perspectiva: a que decorre da visão dos trunfos e da ideia da responsabilidade hermenêutica como virtude e como garantia decisória, de modo a vincular os poderes, inclusive do Judiciário, no que toca ao cumprimento da Constituição em seus princípios fundamentais e estruturantes. A necessidade de uma teoria da decisão jurídica democrática demanda uma compreensão de suas dimensões procedimental e substancial, em uma reconstrução hermenêutica dos direitos sociais, econômicos e culturais.

### 5.3 AS DIMENSÕES DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA

O desenvolvimento da concepção de resposta constitucionalmente adequada implica a existência de dimensões, tanto no sentido procedimental, quanto na perspectiva material ou substancial.

Nessa linha de raciocínio, a decisão jurídica democrática joga uma alternativa teórica ao problema da discricionariedade interpretativa, cujos efeitos se alastram às esferas de poder instituído. Daí se falar em deveres fundamentais de administrar, legislar e julgar em conformidade com a Constituição.

O princípio do Estado de Direito, consoante a lição de Machado, “surge historicamente por contraposição ao Estado Absoluto, no qual prevalecia a chamada ‘Razão de Estado’ sobre os direitos e liberdades dos cidadãos. Hoje deve dizer-se que esse princípio não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer *poderes sociais de facto*. Assim, poderá afirmar-se que o Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”<sup>455</sup>.

Daí se falar no dever estatal de proteção, haja vista que a concepção de Estado-prestador, associado aos direitos sociais, “abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva”<sup>456</sup>. Surge, pois, o princípio de “proibição do défice”, nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um “nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*”<sup>457</sup>.

É preciso “verificar *se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados*”, em virtude da aplicação do princípio da proibição de insuficiência, aplicável não apenas no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas, também, “nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito”<sup>458</sup> (grifo do autor).

Não há liberdade de conformação absoluta do legislador, de tal modo que o dever de integridade legislativa<sup>459</sup> constitui baliza fundamental no exame da constitucionalidade ou da

<sup>455</sup> MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

<sup>456</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 148-9.

<sup>458</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 123-4.

<sup>459</sup> Sobre o tema da dimensão de integridade da legislação, remete-se à leitura de HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridade*. Curitiba: Jurá, 2012. Refere ao autor que, no âmbito da legislação, “entre princípios e políticas, pode dizer-se, há tão somente uma ‘diferença ontológica’, nos termos de que trata a Hermenêutica. Em resumo, o legislador tem o dever de legislar e está com sua



inconstitucionalidade das leis. As omissões legislativas inconstitucionais, parciais ou totais, reclamam a intervenção da jurisdição constitucional, no sentido de que os direitos e garantias fundamentais sejam efetivamente concretizados no mundo da vida dos atores sociais.

Vale referir, ainda, o necessário juízo de prognose legislativa, como elemento fundamental para a aferição da mácula de inconstitucionalidade, porquanto deve o legislador realizar uma previsão, a partir de elementos sensíveis ou fenomênicos, com base em dados estatísticos e outros elementos científicos, em torno dos possíveis prejuízos decorrentes da modificação legislativa. A esse respeito, a reforma constitucional que institui a figura do “Orçamento Impositivo”, ao vincular o orçamento da União às emendas parlamentares, padece de vício de inconstitucionalidade por manifesta ofensa ao dever de prognose legislativa e ao princípio da separação de poderes.

Em matéria administrativa, o dever de administrar está associado ao direito fundamental a uma administração pública responsável, conforme já assinalado alhures. Outrossim, é válido referir que as omissões lesivas aos direitos fundamentais sociais levam ao malferimento do dever de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, abrindo espaço para a colmatação das lacunas por intermédio da justiça constitucional<sup>460</sup>.

Já o dever de integridade da decisão judicial leva à constatação de que o Judiciário não pode ser o “superego da sociedade”, como aponta Ingeborg Maus<sup>461</sup>, em crítica à atuação do

liberdade de conformação limitada pela Constituição, pelos princípios de moralidade política que ela consagra [...]. No plano legislativo, portanto, a produção da lei é uma síntese hermenêutica: tem por base eventos, problemas sociais a resolver. Este é um dos ‘textos’ que o legislador deve interpretar. Mais que isso, a produção da lei tem por base o texto da Constituição, que também acontece como um evento. A resposta correta que ele, o legislador, deve dar não é a mesma do juiz, mas não deixa de ser uma resposta correta com um necessário grau de generalização eleito que não pode ser arbitrário”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridade*. Curitiba: Jurá, 2012. p. 288. (Tradução nossa).

<sup>460</sup> A esse respeito, observa Abboud que “não há opção para o Judiciário, Legislativo e Executivo em assegurar direito à saúde, educação básica e demais direitos fundamentais. Diante de um quadro de inércia da Administração, não há discricionariedade que impeça a concretização desses direitos fundamentais pelo Judiciário. O que não equivale a dizer que todo e qualquer direito pode ser buscado pelo Judiciário. Por exemplo, é plenamente legítima a implantação via Judiciário de política pública que assegure a todos os habitantes de um município ou estado o direito à educação fundamental gratuita, o que não significa que seja possível pleitear a concretização de política pública que assegure a todos os mesmos estudantes do direito de cursar de forma gratuita o curso de medicina”. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169-70. O autor propõe uma concepção pautada na ideia de “Administração Pública paritária (para a par com o cidadão)”, a qual é “conformada e informada por dois aspectos: a intensificação da subordinação à lei da Administração, designadamente a exigência de um fundamento legal específico para cada uma das suas decisões, e a integração dos cidadãos particulares na Constituição e no ordenamento do Estado, pela via do reconhecimento de direitos fundamentais diretamente aplicáveis”, sendo que as posições do indivíduo e do Estado “*juridicizam-se*: o Estado e o indivíduo apresentam-se um perante o outro como titulares de direitos e deveres recíprocos”. *Ibid*, p. 261.

<sup>461</sup> A transformação da Constituição em uma “‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”. MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Tradução de Martonio Lima e Paulo

Tribunal Constitucional Alemão, sobretudo a partir da jurisprudência dos valores. Os juízes devem julgar com base em princípios e não em políticas, no mercado ou em valores, sob pena de a autonomia do Direito se diluir na política, na economia ou na moral.

Assumem relevo as ideias de policentrismo e comparticipação decisória, à luz do princípio do contraditório, o qual “permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos)”. A decisão não pode mais ser vista como a corporificação da “vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual”, razão pela qual deve buscar “legitimidade **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados”, dentro do espaço público, a aplicar a normatividade posta sem “inovações solitárias e voluntarísticas”<sup>462</sup>.

### **5.3.1 A dimensão procedimental e a idoneidade dos diálogos institucional e interconstitucional**

A dimensão procedimental aponta para a (necessária) rediscussão do modelo democrático, com reflexos na tomada de decisão, seja na esfera administrativa ou no horizonte do processo judicial.

Com efeito, a democracia dos modernos é o Estado na luta contra o abuso do poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído. O defeito da democracia representativa, no cotejo com a democracia direta, consiste na “tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos”<sup>463</sup>.

Na seara dos direitos sociais, onde se verifica a complexidade dos temas tratados e a interdisciplinaridade, a decisão jurídica não pode ser tomada pelo juiz solipsista, mas sim, num contexto mais amplo. A hermenêutica deve ser participativa e dialógica, interagindo com os atores sociais para a busca da boa resposta ou da resposta correta, isto é, adequada à

---

Albuquerque. *Revista Novos Estudos*. CEBRAP, n. 58, p. 200 [s. d.]. Disponível em: <[http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.

<sup>462</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 237-8.

<sup>463</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 73.

Constituição e aos seus princípios. A esse respeito, Wittgenstein já afirmava que a linguagem é pública; logo, os sentidos não são propriedade dos juízes<sup>464</sup>.

A participação comunitária reflete a teoria de Häberle, para o qual “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato”<sup>465</sup>. Noutras palavras, a interpretação da Constituição não é tarefa exclusiva dos juízes ou dos demais juristas, mas sim, da comunidade, ou seja, dos personagens que serão diretamente afetados pela construção do sentido da norma jurídica.

Daí que a participação pode ser efetivada por intermédio de audiências públicas<sup>466</sup>, a exemplo das discussões envolvendo o direito à saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Juiz, por exemplo, dentro do sistema de tutela coletiva, valendo-se do diálogo normativo entre os artigos 1º, inciso II e parágrafo único (princípio da cidadania e da

---

<sup>464</sup> Para Wittgenstein, a linguagem pode ser vista como uma “velha cidade: uma rede de ruelas, praças, casas velhas e novas, e casas com remendos de épocas diferentes; e isto tudo circundado por uma grande quantidade de novos bairros, com ruas retas e regulares e com casas uniformes”. Representar uma linguagem “equivale a representar uma forma de vida”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 7. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012 p. 23.

<sup>465</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 40.

<sup>466</sup> A título de ilustração, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, por intermédio da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Torres/RS, com base no Inquérito Civil 00914.00003/2012, promoveu audiência pública no intuito de apurar a insuficiência das políticas públicas destinadas as mulheres que sofrem violência doméstica e familiar. A audiência foi realizada no dia 06.08.2012, na Casa de Cultura do Município de Torres, tendo como pauta os expedientes policiais em andamento, a celeridade das medidas protetivas, bem como as providências adotadas pelo Poder Público para o atendimento das mulheres vítimas de violência doméstica. Na oportunidade, foram colhidos depoimentos de inúmeros participantes, em especial, de casos de violência de gênero, contando com expressiva participação de autoridades municipais, polícia militar, organizações não governamentais, professores, assistentes sociais, agentes comunitários de saúde, visitadoras do Programa Primeira Infância Melhor (PIM), além da sociedade civil organizada. Foram identificadas deficiências nas políticas públicas em razão da ausência de centro de referência e de casa-abrigo para as vítimas de violência doméstica. Na Ação Civil Pública n.º 072/1.12.0004196-3 (2ª Vara Cível da Comarca de Torres/RS), o Ministério Público pleiteou a condenação do Município de Torres e do Estado do Rio Grande do Sul em obrigação de fazer, consistente na criação de um Centro de Referência e de uma Casa-Abrigo para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, com a disponibilização de uma equipe multidisciplinar para atendimento da vítima e do agressor. Vale trazer a colação trechos da inicial: “O processo de violência doméstica é complexo e deve ser compreendido de uma maneira contextualizada e não por partes ou em tiras, sob pena de significativos prejuízos a proteção judicial da mulher. Das injúrias, dos atos de constrangimento moral e violência psicológica, o agressor acaba partindo para a adoção de um comportamento violento e agressivo, com espancamentos, torturas e culminando com o homicídio da mulher, não raras vezes na presença dos próprios filhos do casal. Pergunta-se: *de que maneira é possível tornar efetiva a Lei Maria da Penha se as mulheres vítimas de violência doméstica não dispõem de políticas públicas básicas para o acompanhamento e o tratamento das causas que motivaram o agir do agressor? De maneira mais específica, aonde a mulher espancada e torturada pelo companheiro/marido vai encontrar abrigo para se refugiar, após o registro policial? [...]*”. Cf. STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Vinicius de Melo. *Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Coord. Heloisa Estellita. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, v. 111, p. 344-6 (p. 333-57), nov./dez. 2014. A sentença de primeiro grau foi no sentido da parcial procedência dos pedidos, a fim de condenar os requeridos à construção de uma casa-abrigo para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 7 jul. 2015.

soberania popular) e 196 da Constituição Federal (direito fundamental à saúde), além do artigo 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, e do artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), determinar a realização de uma *audiência pública* para escutar a população diretamente atingida em virtude da construção de um Hospital, por exemplo, ou a ampliação de leitos para internação.

O espaço público é um dos conceitos da teoria do Estado que traz em seu bojo um campo hermenêutico privilegiado do exercício das liberdades e da cidadania, de modo a superar os vícios decorrentes da representação política, a qual está em crise<sup>467</sup>. Vale referir que a Constituição prevê formas de participação no processo de tomada de decisão, como se depreende do plebiscito, do referendo e a iniciativa popular (artigo 14).

Curial é sublinhar, na esteira de Habermas, que o Direito rege as relações jurídicas entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente no mundo da vida. A função do Direito é a de assegurar as estruturas do agir comunicativo, sendo que o descumprimento da norma implica em deslealdade comunicativa, pela negação do reconhecimento intersubjetivo<sup>468</sup>.

O processo devido somente se aperfeiçoa em razão da responsabilidade ética dos envolvidos na construção da resposta adequada à Constituição, com a garantia democrática (endoprocessual) de influência e participação das partes no contraditório judicial.

A democracia compõe uma estrutura envolvendo a participação, a responsabilidade e a independência moral dos cidadãos (Dworkin). Entre nós, Bucci sugere a criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de “diálogos institucionais” que “permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação e das políticas públicas”<sup>469</sup>. Ressalta a necessidade de se traçar uma linha divisória entre a suficiência do cumprimento e o estado de desídia ou omissão que “dispara o processo de responsabilização por descumprimento”, advertindo para a existência de um

---

<sup>467</sup> Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 278.

<sup>468</sup> A teoria do agir comunicativo, consoante Habermas, tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade, através da coordenação da ação e da manutenção de ordens sociais. Refere que o mundo da vida configura-se como “uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, (v. 1), p. 25 e ss.

<sup>469</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

“empacotamento” dos temas afetos tradicionalmente à seara política por regras e procedimentos jurídicos e por considerações econômicas e fiscais. Segundo a autora:

Ilustrativa desse dilema são as ações que postulam direito a vagas em creches, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que deferiu a postulação dos autores em favor do atendimento ao pleito pela criação de creches pela municipalidade. O argumento da decisão jurisdicional repousa sobre o caráter obrigatório da disposição constitucional. Mas, em que pese seu caráter mandatório, a decisão concreta, naquilo que tange ao interesse das crianças e de seus pais, é remetida novamente à primeira instância, dependendo da execução da decisão e seus incidentes – nem poderia ser de outra forma. E os incidentes da execução, a despeito dos mecanismos processuais coercitivos – até mesmo a sanção penal por descumprimento de determinação judicial –, estarão condicionados à elaboração do projeto de lei orçamentária pelo Poder Executivo, aprovação da lei orçamentária pelo Poder Legislativo, devolução da matéria ao Executivo para execução do orçamento, empenho de recursos, abertura de licitação, realização do processo licitatório, superação da fase de possível contestação judicial do processo licitatório por interessados potenciais ou atuais, início da obra e assim por diante. Há um longo percurso intraestatal da ação até que o resultado esperado – no caso, a frequência à creche pelas crianças – veja a luz. Os percalços e insucessos na ação administrativa, involuntários ou provocados, são incontáveis<sup>470</sup>.

A prática dialógica tem como objetivos a garantia de direitos, o balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática, a construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos, além de constituir instrumento destinado à prevenção da prática judicial ativista. Nessa linha de raciocínio, afirma-se que “as teorias dialógicas colocam-se numa posição intermediária, que busca conciliar o princípio da supremacia do Judiciário com uma leitura que reconhece o papel do Legislativo na ordem política [...]”<sup>471</sup>.

<sup>470</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199. A autora reforça, pois, a necessidade dos diálogos institucionais entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, como uma forma de desbloqueio dos problemas atinentes à concretização judicial dos direitos sociais, através de uma concepção processual das políticas públicas. Isso porquanto, na prática, a concessão judicial de medidas liminares em ações individuais relativas à obrigação de fazer, consistente na disponibilização de vagas em escolas infantis, tem contribuído para a quebra da igualdade e da universalização do direito à educação infantil, designadamente em relação às crianças que aguardam em listas de espera na esfera administrativa.

<sup>471</sup> SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102. Os autores sustentam que a “forja de relações de cooperação na construção do constitucionalismo – internas ao Estado, ou ainda tendo em conta outros centros de poder além das fronteiras nacionais – apresenta-se a pedra de toque na atualidade. Disto decorre reconhecer que nenhum dos sujeitos constitucionais de poder revela-se, por si só, apto a solucionar os grandes dissensos quanto a direitos; impõe-se construir alternativas que permitam a contribuição de outras esferas – seja de poder político organizado, da sociedade, ou de fontes externas do Estado Nacional”. Partem da premissa segundo a qual a supremacia “deve recair sobre direitos, e não sobre uma ou outra estrutura de poder – já que em última análise, em tempos de Estado Democrático de Direito, todas as estruturas cratológicas têm de prestar idêntica reverência à centralidade da pessoa”. *Ibid.*, p. 32-3.

Para Fazzalari, o processo é um procedimento em contraditório, cuja estrutura consistente na participação dos destinatários dos efeitos do provimento jurisdicional, na simétrica paridade das suas posições, na mútua implicação das suas atividades e na relevância das mesmas para o autor do provimento<sup>472</sup>. A importância da contribuição de Fazzalari decorre do fato de que sua doutrina promove o deslocamento do polo de tensão da jurisdição para o processo jurisdicional.

Sem embargo disso, sua concepção está voltada para uma concepção de processo como estrutura estática, sendo que a preocupação contemporânea está relacionada aos efeitos endoprocessuais da democracia, ou seja, é preciso ter em mente que a marcha do processo deve retirar o foco do protagonismo judicial (solipsismo) rumo ao diálogo jurídico entretido entre as partes e o julgador. A “comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”<sup>473</sup>.

Da mera bilateralidade da audiência, é mister avançar para garantir o contraditório dinâmico, compreendido como garantia de paridade de armas e a possibilidade de influência no conteúdo da decisão jurídica e no desenvolvimento processual. O contraditório envolve o direito a uma cientificação regular durante o procedimento, o direito à prova, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imparcial<sup>474</sup>.

Em uma perspectiva dinâmica e evolutiva do contraditório, o mesmo passa a ser a “garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo”. Tal aspecto permite que a decisão se torne “visível e apta ao controle social-jurisdicional [...]”<sup>475</sup>.

Por isso, uma teoria da decisão jurídica democrática deve ser “produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral* [...]; por outro lado, a decisão deve estar

---

<sup>472</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-20.

<sup>473</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 215.

<sup>474</sup> *Ibid.*, p. 226 e 230.

<sup>475</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de ‘como discricionariedade não combina com a democracia’: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19.

fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude”<sup>476</sup>.

A aplicação do modelo de participação dialógica no âmbito dos direitos sociais possibilita o debate em torno da decisão jurídica democrática de concretização das prestações fáticas de incumbência do Poder Público. Nesse sentido, vale destacar o constitucionalismo transformador decorrente das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Africano nos casos *TAC* e *Grootboom*, as quais serão adiante analisadas.

É válido afirmar, com Held, a ocorrência de um cenário de “progressiva concentração do poder e a debilidade dos estados frente aos processos e forças do mercado. Nesse contexto, se corre o risco de que a política democrática se reduza para adaptar-se aos mercados globais”. Daí a necessidade de se debater um modelo de “democracia cosmopolita”, que implicaria o “desenvolvimento da capacidade administrativa e os recursos políticos independentes nos níveis regional e mundial”, como um “complemento necessário de dita capacidade e ditos recursos nos âmbitos local e nacional”. Sustenta a criação de novas instituições que provejam “bens públicos globais”, regulem os mercados mundiais, aprofundem as responsabilidades, protejam o meio ambiente e melhoram urgentemente as “injustiças sociais que matam milhares de homens, mulheres e crianças cada dia”<sup>477</sup>.

Já no plano da interconstitucionalidade, Canotilho observa que o fenômeno em tela estuda as “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”, enfrentando o “intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas”<sup>478</sup>.

Entre nós, Marcelo Neves desenvolve a ideia de transconstitucionalismo, caracterizado pelo “constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se

---

<sup>476</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014. p. 275.

<sup>477</sup> HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução de Maria Hernández Díaz. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 427 e 435. (Tradução nossa). Afirma o autor que “o modelo cosmopolita de democracia assume a ampliação de uma série de direitos e obrigações – civis, políticos, econômicos e sociais – que permitam configurar e delimitar a tomada democrática de decisões [...]. Isso exige sua consagração no marco de constituições e parlamentos (nos níveis nacional, regional e global), e que se amplie a influência dos tribunais internacionais para que grupos e indivíduos disponham de meios efetivos para demandar as autoridades políticas pela violação dos direitos fundamentais, tanto dentro como fora das associações políticas”. *Ibid.*, p. 431. (Tradução nossa).

<sup>478</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266-8. Esclarece o autor que a ideia em torno da interconstitucionalidade foi avançada por F. Lucas Pires na obra *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1998.

apresentam simultaneamente a diversas ordens”<sup>479</sup>, sendo que a busca de “pontes de transição”, mediante uma racionalidade transversal, é de fundamental relevo.

Os diálogos transconstitucionais operam tanto no que toca às Cortes Constitucionais e os Tribunais Regionais de Direitos Humanos, como entre os Tribunais Constitucionais entre si, revelando que os direitos humanos e fundamentais, em determinados contextos, possuem uma gramática comum e que transcende os limites territoriais dos Estados. Pressupõem a ocorrência de uma “dupla contingência” entre o *ego* e o *alter* das ordens jurídicas, tomando como ponto de partida os “problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens”<sup>480</sup>.

Por sua vez, a questão envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano internacional foi analisada na política de preços das empresas farmacêuticas multinacionais, a qual ofende os direitos dos pacientes portadores de HIV, consoante decidiu a Comissão de Competição sul-africana no caso *Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer*. A discussão em tela envolveu, ainda, problemas relacionados à imbricação entre ordens de regulação<sup>481</sup>. Caso similar foi analisado no Brasil sobre a “quebra de patente de medicamentos para fornecimento a pacientes portadores do vírus HIV”, o que reforça a ideia de que os direitos fundamentais também se aplicam no âmbito privado, donde se pode inferir que o “espaço de juridificação dos direitos fundamentais (vida, saúde, etc.) não é mais pertencente única e exclusivamente ao Estado”<sup>482</sup>.

É tempo, pois, de se propugnar o diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, e os princípios e normas de direitos fundamentais que decorrem dos Tratados ratificados pelo ordenamento jurídico pátrio, com *status* constitucional<sup>483</sup> ou, no mínimo, de supralegalidade, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no tocante às incorporações havidas em data pretérita à promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

---

<sup>479</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p. 266-7.

<sup>482</sup> SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e Constituições. In: SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 38. O autor salienta que a afirmação dos direitos fundamentais em espaços não-estatais, como na questão dos medicamentos para o HIV, decorre da ideia de “globalização policêntrica”, a qual, associada ao “dilema da racionalização” (pensar a Constituição como “unidade de diferença”) e ao “*creeping constitutionalization*” (espécie de “baixa constitucionalidade” de Lenio Streck ou “alopoiese” de Marcelo Neves), formam uma “nova racionalidade constitucional”, sustentada pela “noção de multiplicidade de Constituições Civas”, propugnada por Gunther Teubner. *Ibid.*, p. 38-40.

<sup>483</sup> Tal entendimento é sufragado, dentre outros doutrinadores, por Piovesan, a qual afirma que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004 são normas materialmente constitucionais. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.



É possível defender uma perspectiva comum envolvendo os direitos humanos para além dos limites dos Estados, a exemplo do direito à saúde. Isso porquanto a saúde importa não apenas aos cidadãos de um determinado território, mas também aos imigrantes, aos estrangeiros, aos apátridas enfim, de modo a se concretizar o *direito a ter direitos*<sup>484</sup>, condição humana fundamental. Um diálogo com a experiência dos tribunais nacionais e dos tribunais regionais de direitos humanos é medida de especial relevo em tempos de miséria, desnutrição e falta de saneamento básico em comunidades inteiras.

Assim, *a dimensão procedimental releva os diálogos interconstitucional e institucional, bem como a garantia da participação moral da “comunidade de intérpretes” (Häberle), que se materializa no respeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório dinâmico – participação e policentrismo – como limites hermenêuticos à atividade do intérprete.*

### **5.3.2 A dimensão jurídico-política: os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. Da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente**

Um breve recorte social permite desvelar que o Estado Brasileiro tem enfrentando sérios problemas no atendimento das condições existenciais mínimas para uma vida digna, como se depreende da precariedade dos hospitais e presídios, do tempo de espera de crianças e idosos por leitos hospitalares, internações e cirurgias, da insuficiência de políticas públicas de moradia e de mobilidade urbana, etc.

Tal cenário encontra eco nas tensões entre o Direito e a Política, sendo perceptível o déficit de concretização dos direitos sociais. As relações entretecidas entre o jurídico e o político, não raras vezes, têm revelado que as vestes do formalismo legalista e do apego aos conceitos abstratos em torno da “discricionariedade” e do “mérito administrativo”, sem a

---

<sup>484</sup> Para assegurar que o “dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. A experiência totalitária é, portanto, comprobatória, no plano empírico, da relevância da cidadania e da liberdade pública enquanto condição de possibilidade, no plano jusfilosófico de asserção da igualdade, uma vez que a sua carência fez com que surgissem milhões de pessoas que haviam perdido seus direitos e que não puderam recuperá-los devido à situação política do mundo, que tornou supérfluos os expulsos da trindade Estado-Povo-Território”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 153-4.

necessária contextualização factual, podem fragilizar a autonomia do Direito no espaço da Política.

Por outro lado, vale a advertência de Hirschl no sentido de que o impacto da constitucionalização na criação do significado e proteção dos direitos sociais nas esferas socioeconômicas mais frágeis da sociedade capitalista, acaba sendo, muitas vezes, superestimado. Isso porquanto, segundo o autor, a interpretação judicial dos direitos constitucionais parece possuir uma capacidade limitada para avançar noções progressivas de justiça distributiva e máreas como o emprego, saúde, habitação e educação – as quais requerem maior intervenção do Estado e maior redistribuição de recursos públicos. Contudo, assinala que, na medida em que há uma preocupação com as liberdades negativas, especialmente às de livre associação com a proteção da privacidade e da autonomia pessoal, igualdade formal, atividade econômica, movimento e propriedade – todas as quais requerem que o Estado se abstenha de interferir nas esferas privada e econômica – a interpretação judicial dos direitos sociais é inclinada a ser mais generosa, logo, tem o potencial para plantar as sementes da mudança social<sup>485</sup>.

Pergunta-se: qual o lugar da Constituição e, mais especificamente, da dignidade humana nas imbricações entre o Direito e a Política?

A Constituição é o acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, sendo que as previsões constitucionais de percentuais mínimos são elementos estruturantes da matriz adotada pelo constituinte, ao estabelecer vinculações ao legislador e ao administrador. Noutras palavras, há o dever de legislar e de administrar em consonância com as expectativas comunitárias que decorrem da efetividade da Constituição, as quais não podem ser diluídas ou permanecer no vácuo das promessas.

O princípio do Estado de Direito, na atual quadra, “não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer *poderes sociais de facto*”. Assim, poderá afirmar-se que “o Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”<sup>486</sup>.

Daí se falar no dever estatal de proteção, haja vista que a concepção de Estado-prestador, associado aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo

---

<sup>485</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 148.

<sup>486</sup> MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efetiva<sup>487</sup>. Surge, pois, o princípio de “proibição do défice”, nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar “um nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*”<sup>488</sup>.

Para além de questionar as estruturas do poder e a vinculação aos direitos humanos e fundamentais, a interpretação da Constituição deve apontar, na intersubjetividade e mediante a adoção dos “jogos de linguagem” (Wittgenstein) que a construção jurídica não pode se fiar na “vontade” do intérprete, a qual precisa ser desvelada pela compreensão dos “caminhos da floresta” (Heidegger) do texto constitucional.

Daí que a resposta adequada à Constituição traz em seu bojo a necessidade de uma (re)discussão do princípio da separação de poderes, no que tange à sindicabilidade do “mérito” administrativo e a exigibilidade das políticas públicas. Há deveres fundamentais por parte dos Poderes Constituídos e Instituições, que se desdobram em uma tríplice vertente: dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção dos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, o dever de respeito diz respeito às restrições constitucionais impostas ao Estado no sentido de resguardar os direitos fundamentais, máxime os de cariz individual (liberdade, propriedade, entre outros). Por sua vez, o dever de proteção encerra a adoção de providências do ente público no sentido de tutelar os direitos dos cidadãos das violações perpetradas, seja pelo Estado ou mesmo por particulares. Ainda, o dever de promoção carrega consigo a função prestacional ao Estado Democrático de Direito, mediada pela adoção de políticas públicas consistentes e que correspondem à contrapartida estatal aos impostos pagos.

Diante disso, pergunta-se: é possível a implementação dos deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos sociais a partir da ideia de discricionariedade ou de escolha?

A resposta é negativa!

Ora, o controle jurisdicional de políticas públicas tem apoio em arestos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, designadamente em matéria de educação infantil e saúde, na perspectiva da teoria do mínimo existencial. Por outro lado, os casos envolvendo direitos sociais no âmbito dos Tribunais Superiores, designadamente no STF, têm um inequívoco recorte de direito subjetivo individual, em sua expressiva maioria (conforme

---

<sup>487</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 148-9.

será estudado no capítulo subsequente), quadro que merece uma reflexão crítica diante da igualdade e da universalização dos direitos sociais.

A separação de poderes não pode implicar no descumprimento da Constituição; caso contrário, estar-se-ia adentrando em um terreno movediço, de modo a se validar uma contradição autofágica que pode minar a própria autonomia do Direito frente à política. Daí se impõe a instituição de um sistema de garantias de implementação e de estratégias de exigibilidade forte (bloqueio de valores, suspensão dos gastos com publicidade e festas, *contempt of court*, etc.) e/ou dialogadas (monitoramento da execução judicial de políticas públicas de direitos fundamentais).

Na doutrina portuguesa, Reis Novais procura alicerçar uma teoria jurídica dos direitos sociais a partir da ideia da unidade dogmática entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais. Vale referir que a Constituição da República Portuguesa, de 1976, estabelece um regime dual entre os direitos individuais e os direitos sociais, de tal modo que a tese da unidade dogmática é relevante para afirmar a fundamentalidade dos direitos sociais, o que implica na admissão da respectiva justiciabilidade. Assinala que há três grandes diferenças no mundo dos direitos fundamentais, relativas: a) à opção normativa do legislador constituinte (regra ou princípio); b) à natureza do dever estatal correlativo, ou seja, associado ao respeito, à proteção ou à promoção do direito fundamental; c) à estrutura negativa ou positiva do direito fundamental<sup>489</sup>. Tais diferenciações são, na visão do autor, dogmaticamente decisivas, haja vista que é em função delas que variam “os graus de vinculatividade jurídica, os padrões de controlo constitucional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder político democrático ou ao poder judicial”<sup>490</sup>.

Aos direitos a proteção ou ao cumprimento dos correlatos deveres estatais de proteção, incide uma *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, a conferir aos órgãos do poder político uma prerrogativa de avaliação somente infirmável e contrastável pelo poder judicial “quando há lesão do direito fundamental desprotegido ou insuficientemente protegido por facto de o poder público em omissão ter violado o princípio da proibição do défice”<sup>491</sup>.

Enquanto os deveres de proteção se realizam, nomeadamente, através de prestações normativas, os deveres de promoção se traduzem em regra na necessidade de prestações fáticas, o que representa um custo financeiro a depender das disponibilidades financeiras do

---

<sup>489</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 268-9.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 277.

ente estatal. Em relação a estes incide a chamada “reserva do financeiramente possível”, destacando que não se trata de “algo artificialmente construído pela doutrina, mas um condicionamento real, objectivo, que afecta intrinsecamente o conteúdo normativo de alguns direitos fundamentais”. Tal circunstância não afasta a “qualidade jusfundamental da garantia em causa, mas atenua significativamente as possibilidades de controlo judicial das acções e, sobretudo, das omissões que o poder público justifique com base em tal condicionamento”<sup>492</sup>.

Assume relevo o princípio da proibição da protecção insuficiente dos direitos fundamentais, razão pela qual é necessário investigar se a protecção do direito infraconstitucional é adequada e apropriada, não se tratando de medir a insuficiência da protecção ou a omissão do legislador, como explica Canaris, mas sim, de verificar se a “*protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados*”<sup>493</sup> (grifo do autor).

Entre nós, ao debruçar-se sobre o tema do direito fundamental ao ambiente, Gavião Filho refere que:

[...] se o direito fundamental ao ambiente, conforme as circunstâncias de um determinado caso concreto, exige um determinado comportamento administrativo e isso não ocorre, resultando violação ao direito fundamental, a função jurisdicional pode ser chamada a atuar sem que tal configure violação ao princípio da divisão dos poderes [...] Deve-se compreender que a função jurisdicional não cria políticas ambientais, mas apenas impõe aquelas estabelecidas na Constituição ou na lei...<sup>494</sup>.

A seu turno, não há possibilidade de o intérprete da Constituição produzir normas “*livremente, no exercício de discricionariedade*”, porquanto “estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios*, que interprete”<sup>495</sup> (grifo do autor). Afinal – e Gadamer é fundamental para se entender essa problemática<sup>496</sup> –, a tarefa da interpretação é a de concretizar a lei, em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. O referido autor tece críticas à eventual arbitrariedade do juiz, ao destacar que

<sup>492</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 278-9.

<sup>493</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 123.

<sup>494</sup> GAVIÃO FILHO, Anísio Pires. *O direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 193.

<sup>495</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 209.

<sup>496</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 432-3.

[...] A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.

A universalização dos direitos sociais implica na responsabilidade compartilhada entre os entes públicos e a sociedade, sendo que a omissão inconstitucional (total ou parcial) tem sido um dos principais desafios à fiscalização judicial em matéria de políticas públicas. A concessão de prestações positivas deve priorizar as pessoas necessitadas, em situação de pobreza, diante das fronteiras entre o mínimo existencial e a “reserva do possível”, a qual deve ser comprovada pelo Poder Público no caso concreto. Não se deve confundir a insuficiência de recursos financeiros com a sua indevida alocação pelo Estado, com o emprego de verbas públicas em festas, eventos e publicidade em prejuízo da satisfação do mínimo existencial para uma vida digna, sobretudo em esferas tão sensíveis quanto às dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

A quebra de expectativas legítimas em face da insuficiência das prestações materiais por parte do ente público, em se tratando de omissão lesiva inconstitucional, possibilita um realinhamento da doutrina da responsabilidade civil, não havendo mais espaço para perquirir a “culpa” na seara administrativa<sup>497</sup>.

Há um direito humano à proteção fundamental prioritária (Gosepath), que passa inexoravelmente pela universalização do acesso aos direitos sociais. O déficit estatal possibilita o manejo de ações civis públicas, inclusive na esfera indenizatória, nomeadamente em se tratando dos direitos à saúde, ao saneamento básico, à educação, entre outros.

*Assim, a dimensão jurídico-política permite inferir que os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais implicam em posições jurídico-subjetivas por parte dos cidadãos, sendo que o princípio da proibição da proteção insuficiente assume importante papel na condição de vetor hermenêutico.*

---

<sup>497</sup> Tome-se o exemplo de famílias que padecem sem água e energia elétrica, quadro que sinaliza a identidade de problemas e a necessidade de uma desconstrução de arcaicos paradigmas que (ainda) permeiam o discurso jurídico. Dizer que a água é um bem fundamental parece óbvio, em que pese a “dureza” do cotidiano, que teima em “trair” o Direito vigente pelo Direito “vivente” (Ferrajoli).

### 5.3.3 A dimensão temporal: direitos sociais são cláusulas pétreas? A proibição do retrocesso e o dever de progressividade dos direitos sociais

Discorrer sobre o tempo demanda uma compreensão dos seus efeitos na própria constituição do ser humano, diante da sua ínsita característica de finitude, como já assentou Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*. A finitude humana aproxima o ser das coisas em si (“as coisas elas mesmas”), da faticidade da existência compartilhada (“ser-com”), em virtude da temporalidade das relações tecidas na intersubjetividade.

O Direito, na perspectiva de François Ost, ao explorar as relações entre a Ciência Jurídica e o tempo, apresenta quatro categorias, quais sejam, a memória o perdão, a promessa e o questionamento.

A memória liga o Direito ao passado, em especial à tradição; o perdão, a seu turno, desliga o passado, trazendo a lume a produção de um novo sentido normativo; a promessa liga o Direito ao futuro, sendo que a Constituição é a promessa que a nação faz a si própria acerca dos princípios e regras fundamentais à convivência harmônica; e o questionamento, por sua vez, desliga o futuro na perspectiva de configuração de um espaço de crítica, nomeadamente em face da sua contingencialidade<sup>498</sup>.

É preciso uma postura crítica diante da leitura da história do Direito sob o prisma da continuidade, pois as relações entre o Direito e a história são traçadas pela descontinuidade, como lembra Lima Lopes, diante das transições e rupturas paradigmáticas que imprimem uma releitura do Direito à luz do seu tempo<sup>499</sup>.

A história dos conceitos está na raiz filosófica da vinculação entre a experiência e a expectativa<sup>500</sup>. Noutras palavras, conceitos como o de capitalismo, socialismo, esquerda, direita, Constituição, Estado, entre outros, situam-se no horizonte temporal da evolução da sociedade, em seus retrocessos e avanços, merecendo destaque que a experiência e a expectativa estão imbricadas mutuamente. Nessa linha de raciocínio, quanto maior é a experiência, menor é a expectativa, sendo que o hiato entre o Direito e a *applicatio* sofre inequívocas variações à luz da exploração da dimensão temporal.

Tempo e princípio são dimensões que se articulam na construção da decisão jurídica democrática, a qual deve promover um diálogo intersubjetivo na esteira da hermenêutica filosófica, além da crítica às ideologias liberalizantes centradas no mito fatalista do dado.

<sup>498</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 45 e ss.

<sup>499</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

<sup>500</sup> KOSELLEK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. p. 108-9, 324-5.

Um dos principais paradoxos do Direito é justamente o de regular os fatos juridicamente relevantes para o futuro, a partir de instrumentos normativos do pretérito. E tal aspecto diz respeito ao tempo do processo de concretização judicial dos direitos sociais, designadamente nas situações de crise do Estado Social.

Abre-se, pois, o debate em torno dos direitos sociais como cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República Brasileira. Os limites ao poder constituinte de reforma (ou poder constituinte derivado) alcançam os direitos sociais?

Há divergência quanto à abrangência das cláusulas pétreas aos direitos sociais, uma vez que a previsão constitucional alude aos direitos e garantias individuais. Argumenta-se, ainda, que uma leitura desse viés impediria eventuais reformas nas áreas trabalhista, previdenciária e de assistência social, promovendo uma espécie de petrificação do texto constitucional em face do contexto da realidade circundante.

Assiste razão a Sarlet quando refere que a Constituição brasileira não promove uma diferença ou cisão estrutural entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, opondo-se a uma interpretação restritiva da abrangência do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Entende que o princípio do Estado Social, bem como os direitos sociais, “íntegram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição”, de tal forma que “não é possível extrair da nossa Carta Magna um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais [...]”. A eventual abolição dos direitos sociais “acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das ‘cláusulas pétreas’”. Sublinha, ainda, que apenas uma “efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação”<sup>501</sup>.

Por seu turno, apresenta significativo relevo na dimensão temporal da decisão jurídica dos direitos sociais o princípio da proibição do retrocesso social. Para Canotilho<sup>502</sup>, o referido princípio pode formular-se assim:

---

<sup>501</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 442-3, 445-6.

<sup>502</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 339-40.



o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança nacional', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.

Na sua feição ecológica, visa atribuir juridicidade à aquisição, pela comunidade, de um determinado patamar de proteção ambiental, de tal modo que se veda um tratamento deficitário em tal matéria, pois, em última análise, está em jogo a própria qualidade de vida dos cidadãos.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão que determinou a demolição de um prédio de nove andares, na cidade de São Paulo, em área onde somente se admitem residências unifamiliares, valendo-se, dentre outros fundamentos, do princípio do retrocesso ambiental.

Nesse sentido, citam-se trechos do voto do Ministro Herman Benjamin (Relator):

[...] Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de *inequívoco interesse público*, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual. (Recurso Especial n.º 302906, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-8-2010).

Consoante Krell<sup>503</sup>, acerca da aplicação do princípio da proibição do retrocesso:

A referida vedação jurídico-constitucional da pretendida diminuição da proteção do litoral encontra respaldo também no princípio da 'proibição do retrocesso', hoje progressivamente aceito entre os constitucionalistas

<sup>503</sup> KRELL, Andreas. A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil. In: DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008. p. 281-3.

nacionais e estrangeiros, que veta que o poder estatal tome medidas legais ou administrativas que diminuam o nível de proteção uma vez alcançado de um direito fundamental, seja ele de segunda ou terceira ‘geração’ (ou ‘dimensão’).

[...]

Negar a incidência da ‘proibição do retrocesso’ significaria, em última análise, admitir que o legislador municipal, a despeito de estar inquestionavelmente vinculado ao direito fundamental ao ambiente equilibrado e às normas constitucionais sobre o desenvolvimento urbano sustentável e a proteção do litoral, dispõe do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa das Constituições federal e estadual.

Assim, a supressão da limitação da altura dos prédios no litoral pode representar a revogação pura e simples de normas locais protetivas anteriores, pela qual o legislador municipal esvaziou o comando constitucional do art. 225, § 4º, CF ‘exatamente como se dispusesse contra ele diretamente’.

A questão central reside justamente sobre o reconhecimento e o alcance do princípio da proibição do retrocesso social.

Com efeito, um passar d’olhos em torno da experiência do Direito Estrangeiro permite apontar que o princípio da proibição do retrocesso social deriva da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, em face dos direitos adquiridos e do direito de propriedade. Cumprindo ressaltar, nessa toada, que a Lei Fundamental de Bohn não contempla expressamente os direitos sociais, cenário que contribuiu para o modelo pretoriano a partir dos princípios do Estado Social e da dignidade humana.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu a incidência da proibição de retrocesso no Acórdão n.º 39, de 1984, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma determinada lei que revogara expressiva parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, diante da previsão constitucional do direito à saúde (artigo 64 da Constituição da República Portuguesa).

Em realidade, os direitos sociais trazem à discussão um *problema quantitativo*<sup>504</sup>: quantos meios de subsistência, quanta instrução, quanto trabalho, que habitação? No limite,

---

<sup>504</sup> QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 115. Entre nós, Sarlet afirma que a proibição do retrocesso não pode ser tida como uma “blindagem absoluta contra alguma restrição (redução) de determinados níveis de proteção social”, definindo alguns critérios para aferição do alcance possível (necessário) do princípio da proibição do retrocesso: a) preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais; b) observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial; c) hierarquização a ser procedida em cada caso concreto, optando-se pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana; d) justificativa de porte constitucional da medida restritiva; e) respeito ao princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais; f) condicionamento do conteúdo do mínimo existencial por “circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa”; g) segurança jurídica e proteção da confiança; h) proporcionalidade – como proibição do excesso e proteção da insuficiência – e isonomia. SARLET, Ingo

um problema de delimitação, ou seja, como traçar os limites de um “direito subjetivo”, sem violar o “princípio da igualdade”?

Registre-se a reviravolta jurisprudencial promovida pelo Tribunal Constitucional Português, denominada “jurisprudência da crise”, em face da situação de necessidade econômica que acarretou em medidas voltadas ao corte de aposentadorias e pensões. A Corte não mais referiu o princípio da proibição do retrocesso social, adotando o princípio da proteção da confiança legítima como critério hermenêutico para o controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais sociais.

A proteção da confiança legítima conduz a uma margem de ação estrutural favorável ao legislador, mas não significa “total insindicabilidade das opções legislativas quer quanto à concretização do ‘direito fundamental social’ implicado quer quanto à realização das respectivas ‘políticas públicas’ de direitos fundamentais sociais”. A proibição de retrocesso “determina, de um lado, que uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”. Noutras palavras, eventual derrogação “não pode restringir o ‘conteúdo essencial’ dos direitos fundamentais já consagrados em lei”<sup>505</sup>.

Já a cláusula de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais sinaliza para uma importante dimensão temporal e prospectiva das prestações positivas do Poder Público. A infidelidade governamental e a inobservância da vontade constituinte reclamam a pré-compreensão do processo como direito fundamental do cidadão, e nele inserido o direito ao meio executivo mais adequado. A democracia substancial não admite retrocessos inautênticos alicerçados em razões “suspeitas”, que suprimem a função promocional dos direitos prestacionais, os quais sucumbem diante de eventual vontade política do gestor de gastar o dinheiro público com festas e eventos, entre outras despesas que não são prioritárias.

Assumem relevo, por sua vez, os princípios da precaução e da prevenção em matéria ambiental. A precaução relaciona-se com os prováveis riscos decorrentes das incertezas científicas<sup>506</sup>, ao passo que a prevenção decorre da probabilidade de riscos num terreno onde há estudos ou pesquisas que apontam nesse caminho. De qualquer modo, tais princípios

---

Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 469-76.

<sup>505</sup> QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 117.

<sup>506</sup> A efetivação do princípio da precaução “não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata de precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”. MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 66.

apontam para um campo de probabilidades, exigindo uma ruptura epistemológica com o modelo liberal-individualista de comprovação do dano com realidade empírica.

A proteção das gerações futuras reclama uma decisão jurídica que tenha em conta o dever de segurança e a democracia transgeracional como balizadores fundamentais da construção democrática da fundamentação do processo jurisdicional<sup>507</sup>.

O tempo da decisão inclina-se para processos deliberativos nos quais a lógica do risco e da probabilidade conduzem o julgador à (re)visitação da vetusta teoria do ônus da prova (artigo 333 do Código de Processo Civil), de tal modo a se admitir a inversão ou, ainda, a aplicação da teoria da carga dinâmica, competindo à parte em melhores condições desincumbir-se da comprovação factual. A distribuição da carga probatória tem de levar em conta o tempo a ser despendido para a recuperação de áreas ambientais degradadas.

*Logo, a dimensão temporal atua como importante elemento hermenêutico, sendo que os direitos sociais são cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. O princípio da vedação do retrocesso social tem dupla função: atua como limite das restrições e possui um caráter propositivo, no sentido da progressividade dos direitos sociais.*

#### **5.3.4 A dimensão socioeconômica e os “custos dos direitos”: o mínimo existencial, a reserva do possível e seus limites à luz da crítica hermenêutica**

A dimensão socioeconômica da decisão jurídica democrática tem como pano de fundo a redução das desigualdades, aliás, um dos objetivos fundamentais da República, estabelecendo, por exemplo, a obrigatoriedade de o Poder Público viabilizar a remoção de famílias situadas em áreas de risco, tais como topos de morro, reassentando-as em moradias em condições dignas, sob pena de responsabilização objetiva diante de eventual inércia na adoção de medidas preventivas.

---

<sup>507</sup> Em matéria penal, os princípios constitucionais da ofensividade, da culpa e da subsidiariedade não podem ser olvidados pelo intérprete, exercendo o Direito Penal do Ambiente, para expressiva corrente doutrinária, certa função promocional ou propulsora, mediante a construção de tipos de perigo abstrato, sob pena de se legitimar, por exemplo, o corte de árvores e a prática de queimadas com fundamento na adequação social da conduta, com a descriminalização de condutas ao ambiente. Por outro lado, há um setor da doutrina que entende que o Direito Penal não tem qualquer função na defesa das gerações futuras, diante do seu cunho liberal e das garantias que visam à tutela do indivíduo, razão pela qual teria legitimidade tão-somente para a proteção das gerações atuais. Na doutrina portuguesa, Figueiredo Dias afirma que deve recusar-se uma acentuação funcionalista como uma radicalização da perspectiva liberal e individualista. Observa a necessidade da redescoberta do axioma onto-antropológico na esfera penal, eis que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 184-5.

Calha recordar Aristóteles<sup>508</sup>, em sua compreensão em torno da ideia de igualdade, atualizada por Ruy Barbosa, no sentido de que a igualdade em sentido material significa tratar desigualmente os desiguais, *na medida em que se desigualam*.

Sustein e Holmes<sup>509</sup>, em obra voltada à análise dos custos dos direitos, afirmam que tanto os direitos individuais quanto os direitos positivos apresentam custos, razão pela qual apontam para a futilidade da dicotomia (direitos negativos vs. direitos positivos), de modo que o parâmetro distingue estes direitos não é um critério viável juridicamente para estabelecer as margens do controle judicial.

A realização de uma eleição, por exemplo, implica em despesas com a organização dos procedimentos, envolvendo mesários, juízes e promotores eleitorais, além de um aparato mínimo de segurança. Percebe-se, pois, os custos que envolvem a realização de eleições seguras e transparentes, em especial nas democracias dos países de modernidade tardia ou periféricos, como o Brasil.

Dentre os direitos sociais, a saúde como direito fundamental e que confere ao cidadão, como participante do Estado, uma posição jurídico-prestacional, precisa ser levada a sério, diante do inequívoco déficit de concretização dos direitos fundamentais. Evidente que a solução consensual pode (e deve) ser tentada, mas o consenso não significa a verdade, e não pode em momento algum implicar em renúncia a direitos fundamentais.

Há, pois, uma “exceção constitucional” que impede o acontecer da Constituição em toda a sua fundamentalidade, máxime no que toca ao direito à saúde e à sua concretização por parte do intérprete-observador. Ora, se há um eventual excesso de judicialização das demandas relativas à saúde, de outro lado não se pode olvidar a omissão administrativa, a violação do dever de proteção por parte do Estado, em especial no que se refere às prioridades constitucionais<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007. p. 152.

<sup>509</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Carl. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 37 e ss.

<sup>510</sup> Figueiredo afirma que é “no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstaculizar o reconhecimento de direitos a prestações estatais. É intuitivo que esse obstáculo não possa ser invocado como razão absoluta para o desenvolvimento e atendimento dos direitos sociais. Mas também não podemos nos fixar nas (meras) alegações – useiras e vezeiras – de ausência de recursos, discurso monocórdio do Poder Público. As perguntas que podem e devem ser feitas são as seguintes: Qual o motivo que levou à alegada escassez? Ele é real? Há espaço jurídico para questionar as prioridades adotadas pelo Governo? A Constituição (ou a lei) estabeleceu algum tipo de prioridade material naquela determinada matéria ou assunto em litígio”. FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – uma visão geral”. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. p. 52.

O desenvolvimento deve ser visto como liberdade<sup>511</sup>, ou seja, propugnar a ampliação das liberdades humanas por intermédio da eficácia dos direitos fundamentais sociais, de tal maneira que não há liberdade onde os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais quedarem apenas na retórica dos discursos eleitorais.

Por sua vez, um dos temas deveras controvertido é o que diz respeito à acentuada carga tributária no Brasil, em especial o pagamento de impostos.

A repartição constitucional das receitas tributárias partiu de um modelo que reclama uma inadiável reforma, porquanto concentra na União a maior parte da arrecadação, sendo discutível sob a ótica do princípio federativo.

O atual paradigma acolhido no cenário jurídico-político nacional traz consigo algumas perplexidades no que toca ao dever de pagar impostos. Afinal, porque as pessoas não querem pagar impostos?

Na perspectiva dos bens coletivos, sobressai a figura do *free rider* (“viajante sem bilhete”), ou seja, o agente que se aproveita do esforço alheio e que aufere vantagens com tal prática. Tal figura é explorada nas esferas da filosofia moral e da economia, deitando suas raízes no ideal aristotélico da justiça distributiva.

Por outro lado, a temática pode ser vista mediante a adoção de diferentes ângulos, destacando-se que, entre nós, (ainda) não houve a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, previsto na Constituição Federal, quiçá uma tradição inautêntica alicerçada no estamento e no patrimonialismo apontados por Faoro.

Aliás, um importante indicativo da proporcionalidade, na perspectiva da proteção suficiente, é a comparação “entre o nível de exações tributárias e o nível de prestações sociais e outros indicadores sociais”, valendo-se dos índices de desenvolvimento humano (IDH/UNESCO) e de necessidades básicas insatisfeitas (NBI/CEPAL). Assim, “*quanto maior for a desproporção entre o índice de exação e os indicadores de qualidade de vida, maior o indicativo de que a proporcionalidade em sentido estrito encontra-se desatendida*”, o que implica em uma “*situação de inconstitucionalidade por descumprir o Estado de seu dever de proporcionalidade na promoção da proteção suficiente*”<sup>512</sup> (grifo do autor).

<sup>511</sup> Conforme Amartya Sen, o desenvolvimento deve ser compreendido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, tendo como perspectiva a sua consideração como um fim primordial e o principal meio do desenvolvimento. Assinala que “as liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc.”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 55.

<sup>512</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, (v. 1), p. 287. Por outro lado, em uma tese intermediária, Lopes conclui que a

A despeito do caráter econômico de qualquer direito, positivo ou negativo, é preciso uma ruptura com certo prejuízo de viés ideológico, típico da concepção do Estado mínimo, no sentido de que a reserva do possível configuraria um obstáculo intransponível à eficácia dos direitos sociais, em tempos de crise e de escassez financeira. Há, de fato, a necessidade de decisões alocativas diante de recursos escassos, em atenção aos princípios da igualdade e da justiça distributiva, sendo que o Judiciário vem “tentando resolver as questões que lhe são postas com as fórmulas, com o instrumental próprio para resolver os microconflitos”. Se os atores principais das decisões alocativas são o Executivo e o Legislativo, tal não significa dizer que “não haja papel para o Judiciário, que tudo dependa de políticas públicas, como advogam aqueles que ainda se pautam pela dicotomia entre direitos da liberdade, de feições negativas, e direitos sociais, de feições positivas”<sup>513</sup>.

Dáí se extrai a relevância de uma interpretação constitucionalmente adequada do conceito de reserva do possível, com a utilização de elementos tais como a progressividade e do máximo dos recursos *economicamente disponíveis* como parâmetros para distinguir a omissão estatal justificada em relação à inércia deliberada, tal como assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n.º 45/2004<sup>514</sup>. O eventual impacto da reserva do possível pode ser neutralizado ou minimizado, mediante o controle (inclusive jurisdicional) das “decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos

---

reserva do possível é legítima “para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Ela já não será uma defesa tão facilmente acatável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos também não quero dizer que o julgamento seja fácil, mas afirmo que é possível julgar, e então sim a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível”. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da ‘reserva do possível’”. SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193.

<sup>513</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 135, 147, 173 e 207. O autor entende que “havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”. *Ibid.*, p. 208. Diverge-se, todavia, da posição do autor ao remeter à solução judicatória um juízo de ponderação, diante dos riscos decorrentes do decisionismo e do ativismo judicial, conforme já explicitado.

<sup>514</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, (v. 1), p. 347. O autor destaca que o “fio condutor do estudo pode ser considerado, portanto a evidenciação do caráter comprometido ideologicamente da atual compreensão da ‘reserva do possível’ e de uma possível – e mesmo provável, poder-se-ia afirmar – infiltração do pensamento neoliberal no âmbito dos direitos e garantias fundamentais através de tal compreensão e do discurso teórico com base nele sustentado”. Propugna, então, um “*conceito constitucionalmente adequado* de reserva do possível, no qual esta desempenhe, nos moldes do delineado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que se firmou a partir do BVerfGE 33,303, o papel de *teto* das prestações sociais devidas pelo Estado, contrapondo o piso, que reputamos ser o *mínimo existencial* – o qual deve representar, por sua vez, nada menos do que o necessário à erradicação da miséria, nos termos da Constituição Federal”. *Ibid.*, p. 343 e 347.

alocados no âmbito do processo político”, incidindo, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em face de “qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de ‘políticas públicas’, seja decorrente da falta destas”<sup>515</sup>.

Houve a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, que prevê que os Municípios deverão custear 15% do valor arrecadado em programas de saúde, ao passo que compete ao Estado o investimento de 12% da receita. A Lei Complementar 141/2012 mencionou que a União aplicaria, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB. Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 86/2015 (“Emenda do Orçamento Impositivo”), o percentual de 15% deverá ser alcançado de maneira gradual, sendo 13,2% em 2016; 13,7% em 2017; 14,1% em 2018; 14,5% em 2019 e apenas em 2020 será aplicado o percentual de 15% da receita corrente líquida em ações e serviços de saúde de forma plena (artigo 2º da EC/ 86). Há, pois, uma assimetria entre aquilo que se arrecada e os investimentos em políticas públicas, em áreas fundamentais como educação e saúde, entre outras<sup>516</sup>.

O controle de políticas públicas exercido pelos Tribunais de Contas demanda maior aperfeiçoamento, ao passo que o controle jurisdicional atua de modo excepcional, ou seja, nas situações onde restou configurada a conduta lesiva, em regra, a omissão administrativa no que toca à concretização dos direitos fundamentais sociais. Impõe-se uma maior vinculação no que toca aos gastos públicos mediante a ampliação dos percentuais constitucionais, sobretudo em relação às políticas públicas de direitos fundamentais sociais.

Em matéria de educação, crianças aguardam por um expressivo período de tempo em listas de espera o direito de acesso à creche ou à pré-escola, oportunidade em que poderão estabelecer o convívio e a socialização essenciais ao desenvolvimento psicossocial e ao processo de aprendizagem.

Na esfera da saúde, v.g., a situação revela, com nitidez solar, a importância de um controle efetivo das políticas públicas, independentemente da esfera governamental, diante da falta de médicos, vagas em hospitais, equipamentos, UTIs neonatal e pediátrica, dentre outros aspectos fundamental à garantia do aludido direito fundamental.

---

<sup>515</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35-6.

<sup>516</sup> Nesse sentido, ver a crítica de SCAFF, Fernando Facury. *Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileiro-ec-86>>. Acesso em: 30 maio 2015.



No que toca à segurança pública, direito tão fundamental quanto os demais direitos previstos constitucionalmente, a caótica situação dos presídios tem proporcionado interpretações judiciais que destoam da Lei de Execuções Penais, como no que diz respeito à concessão de prisão domiciliar aos apenados do regime semiaberto.

Na doutrina, argumenta-se em torno da necessidade de o Poder Público tutelar o mínimo existencial, assegurando aos cidadãos acesso aos bens vitais para uma vida digna (saneamento ambiental, água potável, tratamento de esgoto, etc.). O mínimo existencial compõe o núcleo essencial do direito fundamental, insuscetível, portanto, de restrição por parte do intérprete, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana<sup>517</sup>.

A garantia do mínimo existencial<sup>518</sup> integra o que se designou de “trunfos” contra a maioria, sendo algo subtraído, em alguma medida, à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador, apontando, também, para uma aproximação entre procedimentalismo e substancialismo, em especial “quando em causa as condições mínimas para uma vida condigna”<sup>519</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, em um caso relativo ao direito fundamental à educação infantil e o acesso à creche aos menores de zero a seis anos de idade, assentou o seguinte:

[...] Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

<sup>517</sup> A “noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 457. Diversamente, Lobo Torres entende que a “jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial”, negando o caráter de fundamentalidade aos demais direitos sociais. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-1.

<sup>518</sup> Com a ressalva de que não se pode cingir o direito ao mínimo existencial a um rol taxativo, diante das variações de natureza espaço-temporal, Barcellos afirma: “Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde pública, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288.

<sup>519</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 259-60.

É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-lhes em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria [...].

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

**O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social [...] <sup>520</sup> (grifos nossos).**

Dá a importância de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, que corresponda “às modernas exigências ‘promocionais’ do direito, captando a lei constitucional na sua dimensão de *instrumento de direcção social*”<sup>521</sup>.

Impõe-se a construção de uma teoria constitucional dirigente adequada aos países de modernidade tardia, a exemplo do Brasil, no qual o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) não existiu no mundo da vida das pessoas<sup>522</sup>.

É curial, pois, a incidência da teoria da constituição dirigente, máxime no espaço sociopolítico brasileiro, na tomada de decisão, por exemplo, na esfera do Direito do Ambiente, sob pena de vingar a argumentação neoliberal ancorada na tese do crescimento econômico a qualquer custo, em prejuízo das justas expectativas legítimas dos cidadãos em torno da preservação do meio ambiente.

<sup>520</sup> Recurso Especial 1185474, Segunda Tuma do STJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20-4-2010.

<sup>521</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 156. Não obstante o autor tenha revisto o entendimento em relação a ideia de Constituição dirigente, conforme anuncia em seu prefácio à 2ª edição da referida obra, vale referir que, ao ser indagado sobre a realidade brasileira, em simpósio realizado sobre o tema, pondera Canotilho no sentido de que “[...] quando alguns atacam o estado social e a ideia de socialidade do estado, a ideia de direitos econômicos, sociais e culturais, muitas vezes não sabem do que falam. Quando atacam estas premissas da socialidade em nome de maior eficácia, de maior eficiência, estão a pôr em causa uma outra luta, a luta contra essa outra violência que é a pobreza [...]”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30.

<sup>522</sup> Uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma *teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 135.

Tal se revela pela concretização do paradigma da sustentabilidade no processo decisório, pautando-se por uma “*racionalidade dialógica, pluralista e democrática*”, contendo metas que supõem “políticas públicas qualificadas e propiciatórias à universalização do bem-estar físico e psíquico”<sup>523</sup>.

Por sua vez, a questão orçamentária, assimilada, não raras vezes, como uma “caixa de pandora” pelos integrantes da comunidade, lança uma reflexão acerca da autonomia do Direito frente à política e à economia, além da inércia administrativa no que tange à concretização dos direitos.

É tempo de indagar: a peça orçamentária é vinculativa ou configura mero ornamento ao alvedrio do gestor?

A lei orçamentária não se constitui em mera carta de intenções, vinculando, pois, o administrador na consecução de políticas públicas constitucionais, dirigindo e coordenando a atuação do ente público. Se há um dever fundamental de pagar impostos, conforme sustenta a doutrina, na linha do solidarismo e da tutela de bens coletivos, não pode o gestor relegar a satisfação do mínimo existencial para uma vida digna a um plano secundário, pena de omissão inconstitucional.

Emerge, pois, um novo paradigma, a partir de discontinuidades ou rupturas com as concepções clássicas que diferenciam os atos administrativos vinculados dos discricionários, apostando na intangibilidade do “mérito” administrativo, num dualismo metafísico que não resiste ao “choque de realidade” promovido pela vinculatividade dos direitos fundamentais.

É mister a (des)construção do imaginário coletivo centrado no “senso comum teórico dos juristas”, o qual vem a ser, conforme Warat<sup>524</sup>, “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, um neologismo que tem por função “mencionar a dimensão ideológica das verdade jurídicas”. Isso porque os juristas contam com um emaranhado de costumes utilizados como verdades de princípios para a ocultação do componente político da investigação de verdades, espaço no qual se canonizam certas imagens e crenças, de modo indissociável da história do poder.

A reserva do possível e a separação de poderes devem ser compreendidas no horizonte dos problemas de países periféricos, como o Brasil, a exemplo do desemprego, da falta de moradia digna, da falta de leitos em hospitais e vagas em escolas, dentre outras questões que

---

<sup>523</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 233.

<sup>524</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 13 e 15.

reclamam uma intervenção dos tribunais, diante da insuficiência da prestação concreta de serviços públicos<sup>525</sup>.

Para Sarlet, a reserva do possível tem uma dimensão tríplice, abrangendo a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionada à distribuição de receitas e às competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, além da problemática da proporcionalidade da prestação, na perspectiva da sua exigibilidade e também da sua razoabilidade<sup>526</sup>.

Os custos dos bens coletivos e a reserva do possível, na perspectiva da teoria econômica, têm levado à construção doutrinária de uma verdadeira barreira à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, alicerçada na *Law and Economics*, a partir de um discurso eficientista e utilitarista, que corre o sério risco de instrumentalizar o ser humano, desconsiderando a natureza de trunfo dos direitos sociais<sup>527</sup>.

Para além dos custos dos direitos, é preciso atentar-se aos custos da omissão de sua garantia, o que permite construir uma teoria de resistência de modo a desmascarar determinados lugares comuns, a exemplo da ideia de que a realização dos direitos sociais estaria comprometida em países mais pobres. Segundo Ferrajoli, sobre o gasto social como inversão pública produtiva:

[...] as instituições políticas, começando pelo Estado, não são sociedades comerciais com fins de lucro. [...] Seus objetivos, cuja realização satisfaz sua razão social, são os estabelecidos por seus estatutos, é dizer, pelas constituições: são, nas democracias constitucionais, a garantia da paz e dos

<sup>525</sup> Na doutrina, há quem afirme, inclusive, que a reserva do possível no Brasil é fruto de um Direito Constitucional comparado equivocadamente: ver KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 56. A teoria da “reserva do possível” merece acentuadas reservas, as quais se impõem, inclusive, diante de recente portaria n.º 75/2012, do Ministro da Fazenda, que estabelece a “não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)”. Tal ato normativo está eivado de manifesto vício de inconstitucionalidade material, por ofensa ao princípio republicano.

<sup>526</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 296.

<sup>527</sup> Em um tom crítico, Rosa sustenta que “o discurso neoliberal promove a aparente neutralização da ordem econômica, via discurso único, baseado no desenvolvimento econômico, devidamente acoplado pelos pressupostos epistemológicos frágeis da *Law and Economics*. O desvelamento do condicionante neoliberal acaba por deixar evidenciado que não se pode acolher irrefletidamente os pressupostos e finalidades da AED. O discurso da *Law and Economics* procura controlar as possibilidades de enunciação das pretensões de verdade para, em nome da neutralidade e objetividade econômicas, censurar, pelo critério da ‘maximização da riqueza’ (lugar do mito, lógico), a efetivação do ‘Estado Democrático de Direito’”. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 137.

direitos vitais – políticos, civis, de liberdade e sociais – constitucionalmente estabelecidos.

[...] Por isso é absurda a tese de que a democracia custa muito. Se pensarmos nos vistosos descumprimentos dos direitos sociais, nas espantosas bolsas de miséria, e nas enormes desigualdades no mundo e inclusive dentro dos países mais ricos, devemos pelo contrário concluir que custa demasiado pouco, vergonhosamente pouco. Muitos outros deveriam ser os custos, os meios, os aportes necessários para realizar o projeto constitucional, a nível estatal e, todavia mais, a nível internacional: para derrotar a pobreza, as enfermidades, a fome e o analfabetismo. Um dos lugares comuns mais miseráveis é a ideia de que a qualidade de um sistema político se mede pelo produto interno bruto, cujo aumento terminaria por favorecer também aos mais débeis. Ocorre em câmbio que o simples aumento da riqueza como seja gera em todo caso o crescimento da desigualdade, cuja percepção, mais além de certos limites, é ainda mais intolerável que a pobreza.

[...] Todos os direitos fundamentais, e não somente os direitos de liberdade, são, cada um por razões e de maneiras distintas, fatores ou pressupostos de crescimento econômico. Ao inverso, suas violações e descumprimentos não somente produzem uma degradação das condições de vida das pessoas, senão que concluem sempre também em uma destruição das energias e em uma redução da produtividade e da riqueza. Isso vale claramente, além das liberdades fundamentais, também para os direitos sociais – a saúde, a educação e a subsistência –, quicá, todavia, mais essenciais para o desenvolvimento da segurança e da economia.

[...] A garantia de todos os direitos fundamentais sancionados como vitais – não somente dos direitos de liberdade, senão mais, todavia, dos sociais – não é, pois, somente um fim em si mesmo, senão que é também um meio do desenvolvimento econômico. A prova histórica desse nexo de satisfação dos direitos sociais e desenvolvimento está por demais à vista de todos, pois proporciona a experiência mesma dos países ricos. Seguramente, o maior desenvolvimento econômico, o maior bem-estar, as maiores riquezas destes países a respeito do resto do mundo, assim como a respeito de seu passado, se devem em grande parte, além da exploração do resto do planeta, à melhora das condições gerais de vida: à maior educação, ao melhor estado de saúde, às maiores energias dedicadas por cada um ao trabalho e à investigação. Tanto que bem podemos dizer, invertendo o prejuízo da contraposição entre garantias dos direitos e desenvolvimento econômico, que a melhor política econômica, a mais eficaz para promover o desenvolvimento, assim como a melhor política em matéria de segurança e prevenção dos delitos, é uma política social dirigida a garantir os direitos vitais de todos, e que o gasto público necessário para tal fim não há de conceber-se como um custoso passivo nos balanços públicos, senão como a forma de inversão pública sem dúvida mais produtiva<sup>528</sup>.

Nesse íterim, o princípio do devido processo orçamentário, em sua dimensão normativa e ontológica, não apenas quebra a lógica do “ser” (fato) e do “dever-ser” (norma), como insere no debate a vinculação do orçamento, ainda que mínima – como recentemente decidiu o STF –, a uma agenda positiva voltada ao cumprimento das promessas tardias e, até o momento, não adimplidas.

---

<sup>528</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 66-9.

O dogmatismo jurídico opõe-se à hermenêutica filosófica, porquanto são forjados em paradigmas distintos: aquele está mergulhado nas vetustas teorias da norma, das fontes e da interpretação, olvidando a força normativa dos princípios e cindindo os atos de compreender, interpretar e aplicar; esta, por sua vez, incide no terreno da aplicação, o qual não é estanque ou isolado da compreensão e da interpretação. Daí se percebe que teoria e prática não podem ser aceitas como mundos distantes, sobretudo diante da “vida que está batendo na porta”.

Os direitos sociais – e não apenas os de caráter individual – são trunfos contra a maioria, como se verá na sequência, de tal modo que a validade ética das decisões administrativas reclama a observância aos fundamentos da República, nomeadamente a dimensão comunitária do princípio da dignidade da pessoa humana, sobressaindo o direito fundamental à governança responsável.

A cláusula do devido processo orçamentário vincula o administrador e possibilita o controle da legitimidade das políticas públicas, tanto na esfera extrajudicial quanto nas demandas propostas em juízo para resgatar a autonomia do Direito e a dignidade dos direitos humanos, retirando-os do plano da mera abstração retórica para a densidade concreta e pragmática. Sem a indigitada reviravolta paradigmática, continuaremos reféns da vontade política que distorce o acontecer da Constituição.

A antítese entre o cidadão e o Estado não contribui para o equacionamento da temática, mas sim a busca de um equilíbrio ou uma síntese que permeia a irrestrita observância dos direitos humanos e fundamentais, mediante o atendimento aos deveres de respeito, proteção e promoção. Em realidade, conta-se com um “Estado Tributário Máximo” e um “Estado Social Mínimo” (o qual, para alguns, não passou de um simulacro). O duplo papel dos cidadãos, como destacou Habermas (indivíduo destinatário e partícipe do processo democrático) é fundamental para a reconstrução da cidadania, mediante a relação entre o pagamento de impostos e a implementação de políticas públicas, na perspectiva da normatividade e da vinculatividade da Constituição. A alegação da escassez de recursos reclama planejamento técnico e governança responsável, a fim de que haja a prioridade das políticas públicas de direitos fundamentais.

Por conseguinte, a *dimensão socioeconômica da decisão jurídica democrática aponta para a relevância do mínimo existencial como vetor interpretativo, o qual não se confunde com a ideia de um mínimo vital ou um mínimo de subsistência, pois congrega uma perspectiva voltada a um ideal de vida boa, diante do objetivo fundamental da República Brasileira consistente na redução das desigualdades sociais. Já a teoria da reserva do*

*possível deve ser interpretada com reservas, à luz da crítica hermenêutica, mediante a comprovação objetivamente mensurável por parte do Poder Público.*

### **5.3.5 A dimensão moral ou deontológica: qual o lugar da teoria moral na decisão jurídica?**

A construção das identidades reclama a inserção do ser no espaço comunitário, campo em que surgem as três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação (Hannah Arendt).

Nessa senda, o avanço da técnica e da economia de mercado trouxe conquistas civilizatórias e, paradoxalmente, retrocessos na esfera interpessoal, contribuindo para a superficialidade dos relacionamentos e o reforço de um individualismo possessivo. Prova disso é a figura do *homo economicus*, que pauta seu agir por uma lógica eficientista e utilitarista.

A monetarização da vida colide frontalmente com o imperativo categórico kantiano, colocando-se preço em temas que possuem dignidade – a exemplo das “compensações” ambientais realizadas entre empreendedores e Poder Público, não raras vezes, à revelia de qualquer balizamento técnico-científico – situação que inquieta e movimenta para a busca dos fundamentos éticos da juridicização das relações sociais. E, vale dizer: para além da dogmática jurídica, a qual se distancia e muito dos casos concretos e do pulsar dos acontecimentos.

No processo civil, o racionalismo trouxe consigo uma percepção metódica da certeza e da matemática para o enfrentamento de situações do mundo dos fatos, sendo que o paradigma liberal-individualista centrou no direito de propriedade uma natureza absoluta. Não surpreende o fato de que, para a tutela dos direitos de posse, o autor possa lançar mão dos interditos (reintegração ou manutenção de posse, isto é, tutela mandamental), ao passo que, para fazer frente aos direitos denominados de “crédito”, dentre eles o direito-dever ao ambiente, o autor dispõe, em caso de inviabilidade da reparação ambiental, da “conversão em perdas e danos”.

A instrumentalização do ser humano, ente de relação, corrompe o fundamento ético que baliza a convivência comunitária, em todas as esferas sociais. Daí que a resignificação da pessoa humana é essencial para a construção de um novo Direito, nomeadamente em matérias afetas a bens fundamentais. Não bastasse isso, a publicização do âmbito jurídico não mais admite a burocracia legalista, a negação dos direitos humanos e fundamentais com base

em razões suspeitas, escudadas em preconceitos ideológicos, ou ainda, em subjetivismos que afetam a autonomia do Direito e da democracia.

Segundo Kant, uma ação somente é moral se ela vale por si mesma, em razão da boa vontade, e não em decorrência do seu resultado. A metafísica dos costumes é a teoria do ser dos costumes, para além das experiências costumeiras (moral), mediante um fundamento comum. Há uma refundação da metafísica tradicional, com o afastamento do empirismo e do pragmatismo, com o mundo sensível ou fenomênico e o mundo inteligível ou *noumenal*. Assim, todos os conceitos morais têm a sua origem na razão<sup>529</sup>.

O autor divide o estudo da razão em três obras: Crítica da Razão Pura, Crítica da Razão Prática e Crítica da Faculdade de Julgar. A tomada de decisão pressupõe um homem livre, sendo que os seres humanos são agentes autônomos e morais. Daí que o Imperativo Categórico é uma espécie de critério de avaliação racional. A ação é moral e pode ser traduzida em uma lei universal ou máxima, quando o indivíduo é considerado como fim em si mesmo e não como mero objeto (instrumentalização do ser humano).

Na Metafísica dos Costumes, colhe-se a lição de que as leis morais retêm sua força de leis na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base *a priori* e sejam necessárias, bem como o fato de que não se pode prescindir dos princípios de aplicação. O princípio supremo da doutrina dos costumes convoca a pessoa humana a agir com base em uma máxima que também possa ser válida como uma lei universal, de modo a que o livre uso do arbítrio do ser possa coexistir com a liberdade de todos<sup>530</sup>.

Há uma distinção fundamental entre preço e dignidade: enquanto a dignidade trata de entes insubstituíveis ou que não se medem por dimensão de preço, a exemplo da vida e da integridade, as coisas, por sua vez, que podem ser mensuradas sem a violação de sua essência seguem o vetor traçado pelo preço<sup>531</sup>.

A relação entre a moral e o Direito sofreu mutações no decorrer da história, desde a compreensão do ordenamento jurídico como integrante do conteúdo da moral até o processo de separação entre ambas as esferas (secularização do Direito).

---

<sup>529</sup> Afirma Kant que “como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade será inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2005. p. 102.

<sup>530</sup> Id. *A metafísica dos costumes*: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 64, 83-4.

<sup>531</sup> KANT, op. cit., p. 77.



Há um intenso debate entre o pragmatismo de Posner e a teoria integrativa de Dworkin em torno da relevância ou não da teoria moral na decisão jurídica. Qual o lugar da teoria moral no processo de tomada de decisão?

Ao sustentar que a teoria moral não exerce qualquer papel sobre como decidem os juízes, Posner filia-se à corrente do pragmatismo ou do ceticismo moral pragmático, contrapondo-se àquilo que denomina de “moralismo acadêmico”. Destaca que “a moral é um fenômeno local, ou seja, não existem universais morais *interessantes*”. Argumenta, ainda, que o que “é universal são os *sentimentos morais*, ou seja, as emoções morais”, entre outras, “a culpa, a indignação e certas formas de repugnância, mas não o altruísmo, o qual [...] não é fundamentalmente um sentimento *moral*”<sup>532</sup> (grifos do autor).

Essa leitura pragmatista é contraposta por Dworkin a partir da tese da independência metafísica do valor, asseverando a objetividade da verdade moral, sendo que os direitos, em sua dimensão jurídica, devem ser entendidos como direitos morais. A efetivação dos direitos humanos e fundamentais reclama uma leitura moral da Constituição<sup>533</sup>, ou seja, a interpretação tomando-se como pauta de moralidade política nos juízos decisórios. Para o referido autor, o argumento jurídico é – do início ao fim – um argumento moral.

Daí se depreende que Dworkin não se refere a qualquer moral ou às convicções pessoais do juiz como elementos de interpretação, mas sim, aos princípios como mandados deontológicos e não axiológicos, razão pela qual são vinculantes e possuem carga normativa. Partindo da interdependência entre a ética e a moral, enuncia um princípio que tem origem em Kant: “Uma pessoa só pode alcançar a dignidade e o respeito próprio indispensáveis para uma vida bem sucedida se mostrar respeito pela própria humanidade em todas as suas formas”<sup>534</sup>.

É preciso que tomemos a sério os direitos fundamentais. Além da perspectiva procedimental, isto é, a necessidade de assegurar condições de participação dos interlocutores

---

<sup>532</sup> POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, p. 6-11.

<sup>533</sup> Segue-se a doutrina de Ronald Dworkin, ao sustentar que “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e que deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>534</sup> Id. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 31. A partir de uma análise das tradições de autoabnegação e de autoafirmação, à luz das ideias de David Hume e Kant, Dworkin empreende uma crítica ao ceticismo filosófico e uma defesa da verdade moral, da interdependência entre a ética e a moralidade e da liberdade genuína (liberdade como condição da dignidade: somente formulando uma lei moral e agindo de acordo com ela pode um agente encontrar liberdade em sentido autêntico). *Ibid.*, p. 27-31.

da comunicação jurídica (juiz, partes, sociedade em geral), mister é adentrar na substancialidade dos valores tutelados (garantia contramajoritária do Direito).

Por seu turno, a cooriginariedade entre Direito e Moral (Habermas/Streck) leva ao entendimento de que não há mais espaço para argumentos do senso comum teórico (Warat) que trilham o caminho da dissociação entre o imoral e o ilegal, através da máxima “é imoral, mas é legal”. Tal se aplica, por exemplo, à percepção de diárias no Legislativo e no Executivo, sendo que a aplicação da Lei de Acesso à Informação pode contribuir para a prevenção de eventuais práticas corruptivas de determinados representantes políticos. A adoção, por exemplo, do Termo de Ajustamento de Conduta voltado à fixação de critérios para o recebimento e a comprovação de diárias, com limites objetivos, permite uma análise *ex ante* e prospectiva, sem prejuízo do ingresso da respectiva ação civil pública de improbidade administrativa, em caso de desvio ou utilização de diárias como complemento salarial, sem a observância do seu caráter meramente indenizatório.

O conteúdo da dignidade humana, um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III), desdobra-se na compreensão de que o ser humano é fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado ou tratado como meio para a consecução de outros objetivos por parte do Estado; ainda, em assegurar um mínimo existencial fisiológico e social para que as pessoas persigam com autonomia e liberdade seus projetos de vida, em um imperativo jurídico categórico, na leitura de Höffe em torno do imperativo categórico de Kant. Acerca de tal temática, como bem destacou Vicente Barreto:

[...] O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. Com isto, contornamos a armadilha na qual se aprisionam alguns juristas ao tratar o princípio da dignidade humana como simples *petitio principii*, que se justifica por si mesmo, pois empregado como argumento de autoridade sem qualquer justificativa que demonstre como e porque o princípio da dignidade da pessoa humana se aplica a determinado caso<sup>535</sup> (grifos do autor).

<sup>535</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74. Conforme a lição de Sarlet, a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63 (grifo do autor).

As experiências em torno da violação da dignidade humana<sup>536</sup>, em decorrência do sofrimento, da humilhação, da miserabilidade, da desigualdade social, estão na espinha dorsal dos movimentos sociais no Brasil e no exterior, sendo que é frágil a mera subsunção aos conceitos jurídicos de “conveniência” e “oportunidade” do administrador, ou de “discricionariedade administrativa/legislativa”. A expressão e a dinâmica da dignidade incorporam a ampliação dos direitos humanos, mediante a positivação nos textos constitucionais de novos direitos subjetivos públicos ou pretensões jurídico-fundamentais, as quais não se cingem à lógica classificatória de “gerações”.

Sem embargo, como adverte Starck, a garantia da dignidade humana não significa que “todo o Direito seja colocado sob exigências em grau máximo, que devem se orientar por utopias ou exigências de retidão social”. Dito de outro modo, não cabe ao Estado tornar “tudo agradável aos homens, libertá-los da dor ou do medo e livrá-los das consequências de suas próprias decisões equivocadas”. Adverte o autor que a garantia da dignidade humana implica nos deveres de respeito (proibição de intervenção) e proteção do Estado (auxílio material estatal e a proteção do Estado em face de terceiros)<sup>537</sup>.

A destituição da carga moral que radica na genealogia dos direitos humanos e, precipuamente, na dignidade humana, aproxima o Direito de um relativismo típico da figura do “Estado ponderador”, neutralizando-o ao talante das eventuais conjunturas política e econômica.

Dá que a referida dimensão aponta para uma *cooriginariedade* e não uma pretensão de correção entre o Direito e a Moral, sendo que o argumento jurídico é, desde a sua raiz, um argumento moral, *a partir da ideia estruturante consistente na igual preocupação e respeito com os cidadãos (enraizamento moral da igualdade), nomeadamente os mais vulneráveis, consistindo em um limite objetivo à atividade de interpretação e aplicação do Direito,*

---

<sup>536</sup> Ridola sustenta que o nexo entre a dignidade humana e o “princípio liberdade” não se vincula “a um individualismo autorreferenciado e solipsista, mas a uma ‘relacionalidade comunitária’”, asseverando que o “significado constitucional da dignidade humana se conecta intimamente com um ‘pluralismo competitivo e construtivo aberto a comparações críticas’”, ou seja, “diferentes concepções éticas e religiosas de ser humano, diferenças de imagem e de dignidade, não podem reivindicar o privilégio de serem absolutas e exclusivas, mas devem procurar uma acomodação em meio ao pluralismo que permita sua conservação e continuidade e, ao mesmo tempo, reconheça em cada outro indivíduo esse mesmo direito”. RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Coordenação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tradução de Carlos Luiz Strapazon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112.

<sup>537</sup> STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet et al. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 209-10, 221-2.

*mediante uma fundamentação alicerçada em argumentos de princípio em oposição às razões utilitaristas ou pragmaticistas.*

### **5.3.6 A dimensão cultural. A interculturalidade como matriz de racionalidade decisória. Igualdade, diferença e ações afirmativas para a garantia dos direitos sociais**

Robert Musil, em sua obra “O homem sem qualidades”, um dos maiores romances do século XX, apontou as distorções da lógica consumista, a partir de uma perspectiva inclinada às “qualidades” apreciadas pelo sistema econômico excludente no qual as pessoas estão mergulhadas. A linguagem da Economia se sobrepõe ao código do Direito, sendo que a política monetária não leva em conta o desenvolvimento humano, mas sim, o Produto Interno Bruto (PIB), com números e estatísticas que ignoram as pessoas em situação de vulnerabilidade social.

Discorrer sobre o tema da igualdade não se releva tarefa fácil, sobretudo em virtude da complexidade das relações tecidas na sociedade contemporânea, marcada pela valorização de determinadas “qualidades” vinculadas ao individualismo antropocêntrico, em detrimento dos bens coletivos.

Ganha terreno a noção do *free rider*, ou seja, do viajante sem o bilhete ou do “carona” que se aproveita injustamente do esforço alheio para a preservação do bem coletivo. Não paga os impostos, polui o meio ambiente, suborna o fiscal de trânsito, em face da burocracia que dificulta a adoção de medidas mais eficazes por parte das estruturas estatais.

Nessa linha de raciocínio, cumpre trazer à colação a seguinte problemática: qual a ideia de igualdade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

A leitura da igualdade deve ser feita pelo seu antônimo: a desigualdade, com a produção de efeitos no sistema jurídico-político brasileiro. Nesse sentido, o incremento da corrupção, o peso conferido ao poder e ao dinheiro, conforme pontua Habermas, dentre outros fatores, levam ao aniquilamento das expectativas comunitárias em torno da proteção dos bens jurídicos coletivos (qualidade do ambiente, probidade na Administração, saúde pública, educação, etc.).

A redução das desigualdades sociais é um dos principais objetivos estruturantes do republicanismo no Brasil, sendo que o problema não se resolve por intermédio de ações isoladas, mas sim, por uma gestão compartilhada entre o Estado, a Sociedade Civil e a Administração Pública.

A proteção jurídica da vulnerabilidade transcende a órbita das relações de consumo, ingressando no terreno do Direito Constitucional, mediante a adoção de ações afirmativas nos casos de violência doméstica e familiar, discriminação em razão de raça, idade, deficiência, entre outras hipóteses, sem olvidar, ainda, da legitimidade democrática em torno do controle de políticas públicas por parte dos atores sociais e dos órgãos de fiscalização, inclusive do Ministério Público.

A ampliação dos percentuais constitucionais mínimos, a progressividade dos direitos fundamentais sociais, a proteção fundamental prioritária à criança, ao adolescente e ao idoso, o juízo de prognose legislativa em se tratando de políticas sociais são valiosos critérios que põem em xeque a vetusta concepção de discricionariedade estatal, a qual teima em reinar no cenário jurídico pátrio.

Infere-se, pois, que a igualdade está associada à ideia de justiça, de maneira que o reconhecimento recíproco entre os cidadãos<sup>538</sup> é a baliza fundamental do componente democrático do Estado de Direito, motivo pelo qual a democracia e os direitos fundamentais compõem uma relação de sincronia e diacronia, valendo-se de instrumentos pretéritos para assinalar, no por vir, a resolução de incontáveis demandas sociais.

Partindo-se do pressuposto de que a história compõe o tecido das relações sociais e integra o “ser-no-mundo” (Heidegger), percebe-se que a reconstrução institucional das ações afirmativas encontra ponto de apoio no quadro de flagrante desigualdade e violência racial. E tal “caldo de cultura” ainda se mostra presente, de diversas maneiras e formas, no cenário contemporâneo.

Um dos valores básicos da pós-modernidade, na leitura de Erik Jayme<sup>539</sup>, é o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação da universalização da maneira de ser, campo em que assume relevo a proteção da identidade cultural e do direito a ser diferente.

---

<sup>538</sup> Segundo Honeth, com base em Hegel e Mead, os padrões de reconhecimento intersubjetivo são o amor, o Direito e a solidariedade. O amor é a “primeira etapa de reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes”; no Direito, há um reconhecimento dos outros membros da coletividade como “portadores de direitos”, sendo que a relação jurídica é uma forma de reconhecimento recíproco; a solidariedade, enfim, é uma “espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica”. HONETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 155-209. A ideia de reconhecimento recíproco equivale ao princípio da igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), de Dworkin, desenvolvido na tese.

<sup>539</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. In: JAYME, Erik. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004. p. 120-1.

Aliás, como refere Teixeira, a “unificação cultural, além de indesejável, é contrária ao processo natural de diferenciação cultural que nós podemos encontrar em todos os processos civilizacionais que a humanidade já produziu”, de modo que “a noção de cultura implica afirmar a diferenciação como medida para que os indivíduos possam se autorreconhecer, sejam como membros de uma comunidade ou como individualidades”<sup>540</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Sánchez Rubio defende uma “*interculturalidade pluriversalismo de confluência ou sócio-histórica*”, mediante um cruzamento entre culturas e formas diversas de saber, considerando que “todas as culturas são incompletas, construídas por signos, saberes e significações que permanentemente transformam as relações sociais, culturais e institucionais, e nestas relações são edificados os significados”. Nessa perspectiva de interculturalidade, considera-se que “cada cultura é impregnada por várias culturas e racionalidades, e que devemos defender a igualdade na diferença, combinando ambos os princípios em toda situação que produza a desigualdade”<sup>541</sup>. Uma das principais contribuições do autor consiste em sua crítica à concepção geracional dos direitos humanos, ao afirmar que a ideia em torno das gerações parte de uma absolutização da origem histórica, de tal maneira que, “através de processos de abstração se tem mantido suas estruturas congeladas para estabelecê-las como modelos e padrão, e se tem sido palicado em outras sequências espaço-culturais”. Tal quadro afasta a dinâmica e os conflitos decorrentes de novos problemas que vão surgindo, ou seja, “silencia-se acerca do sentido político que possuem os direitos humanos nos processos de desencontros, conflitos e desagregações”<sup>542</sup>.

Em matéria de direitos sociais, a interculturalidade e o respeito às diferenças estão na raiz das políticas públicas de ações afirmativas<sup>543</sup>, voltadas para o restabelecimento da

<sup>540</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 64. O autor sustenta que “somente em um ambiente com Estados nacionais conservados, mas adaptados às demandas sociais surgidas com a globalização, é que as culturas poderão continuar mantendo suas características próprias e, sobretudo, sua capacidade de se autorreproduzir”. *Ibid.*, p. 64.

<sup>541</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 96-7.

<sup>543</sup> Em relação ao tema das ações afirmativas, afirma Barbosa Gomes que “a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas”, destacando que a “essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de ‘ação afirmativa’, ou, na terminologia do direito europeu, de ‘discriminação positiva’”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade* (o direito como instrumento de transformação social). A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4-5. Segundo Rios, o “princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro afirma, por meio de suas dimensões formal e material, a igualdade de direito. Vale dizer, institui um mandamento de igualdade de tratamento entre indivíduos e grupos, a não ser que haja razões suficientes para a instituição de um tratamento diferenciado. Ações afirmativas, todavia, não dizem respeito à instituição de tratamentos iguais ou

igualdade material, com a proteção dos grupos minoritários, em razão das condições socioeconômicas desfavoráveis, da vulnerabilidade social e da discriminação em face de critérios étnico-raciais, entre outras “razões suspeitas” (código binário inclusão/exclusão). Isso porque os direitos fundamentais previstos em uma Constituição garantista e garantidora, como a brasileira, demandam, no mundo prático, efetiva concretização para que não se esvaziem em meros discursos ou promessas sem conteúdo vinculativo.

Em relação ao princípio da diferença, Rawls afirma que o seu mérito consiste em fornecer uma interpretação do princípio da fraternidade, que adquire expressão na Revolução Francesa e reivindica uma categoria política, nos mesmos moldes dos princípios da liberdade e da igualdade<sup>544</sup>. Além disso, o princípio da diferença “parece corresponder a um sentido natural da fraternidade, isto é, à ideia de não se desejar possui grandes vantagens, a não ser que tal seja em benefício de outros menos afortunados”<sup>545</sup>.

A dimensão cultural também deve ser tomada em conta no ato decisório, como se depreende das áreas ocupadas por reservas indígenas ou comunidades remanescentes de quilombolas. A preservação da identidade cultural irradia uma pretensão de reconhecimento da comunidade protegida. Merece relevo, também, o meio ambiente cultural e o status

---

diferenciados conforme o grau de desigualdade entre os indivíduos e grupos considerados. Elas objetivam o combate à discriminação através da instituição de medidas especiais, em face de situações de desvantagem ou exclusão. Elas almejam alterar os efeitos das práticas discriminatórias, especialmente indiretas. Neste sentido, as ações afirmativas objetivam, de um ponto de vista fático, novas condições de vida, mediante a transformação da realidade existente: dito de outro modo, elas reclamam a criação da igualdade fática [...] A Constituição em várias passagens preocupa-se com a construção de uma sociedade justa e solidária; com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; com a promoção do bem de todos, sem preconceitos; com a oferta dos direitos sociais da educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados; como assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; com a promoção do bem-estar e da justiça social”. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193.

<sup>544</sup> O princípio da fraternidade, segundo Baggio, assume uma dimensão política adequada se presentes duas condições importantes: “a primeira, a fraternidade passa a fazer parte constitutiva do critério de decisão política, contribuindo para determinar, junto com a liberdade e a igualdade, o método e os conteúdos da própria política; a segunda, consegue influir no modo como são interpretadas as outras duas categorias políticas, a liberdade e a igualdade. Deve-se, de fato, garantir uma interação dinâmica entre os três princípios, sem deixar de lado nenhum deles, em todas as esferas públicas: a política econômica (decisões sobre investimentos, distribuição dos recursos), o legislativo e o judiciário (equilíbrio dos direitos entre pessoas, entre pessoas e comunidades, entre comunidades) e o internacional (para responder às exigências das relações entre os Estados, bem como para enfrentar os problemas de dimensão continental e planetária)”. BAGGIO, Antonio Maria. “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro 1789’”. *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo: Cidade Nova, 2008. p. 23.

<sup>545</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2001. p. 98. Segundo o autor, as “desigualdades sociais e econômicas devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades”. *Ibid.*, p. 84.

constitucional do patrimônio histórico brasileiro (artigo 216 da Carta da República), configurando fator de identificação do povo e sua origem.

O fundamento republicado concretizado no princípio da igualdade se sobrepõe à lógica economicista, sendo mister recordar o ensinamento de Dworkin, ao tratar do tema da igualdade como virtude soberana: um governo somente se torna legítimo se tratar as pessoas com igual consideração e respeito. Os direitos humanos não são um dado, mas um construído (Arendt), motivo pelo qual o “ideal de vida boa” (Dworkin) é intercultural e não se cinge às delimitações geográficas dos Estados.

A marcha da civilização precisa avançar no reconhecimento dos direitos humanos para além dos tratados e das convenções internacionais, nomeadamente, na realidade dos povos e dos respectivos sistemas de justiça, de modo a que os vínculos e os limites jurídicos à onipotência do Estado sejam concretizados como tarefa inadiável para a construção de uma democracia cosmopolita.

Assim, a *interculturalidade como matriz de racionalidade decisória revela que os direitos sociais demandam a construção de ações afirmativas em atenção à dinâmica do princípio da igualdade material*<sup>546</sup>, para além da mera positivação ou do critério hierárquico adotado pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, como adiante se verá.

#### 5.4 A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO ESTRANGEIRO

De que maneira é possível conciliar a soberania dos Estados com a proteção dos direitos humanos?

A chave de leitura está na tese dos direitos, propugnada por Ronald Dworkin, o qual parte de uma diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política: decidir por política implica em atender a determinadas metas ou conveniências, ao passo que decidir por princípio leva ao cuidado com os direitos, os quais devem ser levados a sério pelo intérprete!

---

<sup>546</sup> Consoante a lição de Finnis, “em primeiro lugar, o uso moderno da linguagem dos direitos enfatiza acertadamente a igualdade, a verdade de que todo ser humano é sede da plena realização humana, a qual há de ser considerada favoravelmente a respeito dele tanto como respeito de qualquer outro. Em outras palavras, a linguagem dos direitos humanos mantém a justiça no primeiro plano de nossas considerações. Em segundo lugar, tende a rebaixar o atrativo dos ‘cálculos’ dos consequencialistas [...]. Em terceiro lugar, porque devemos referir e de fato nos referimos aos direitos mediante um nome, a linguagem moderna dos direitos amplia a referência indiferenciada ao “bem comum”, ao proporcionar uma lista proveitosamente detalhada dos diversos aspectos da plena realização humana e dos elementos fundamentais da forma de vida em comunidade que tende a favorecer essa plena realização de todos. FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 249.



Toda interpretação é imbuída de um propósito, devendo procurar uma reconstrução da história institucional, a partir da coerência e da integridade do Direito, compreendido como uma prática social argumentativa e, ao mesmo tempo, como um todo coerente e íntegro. Não há, pois, espaço válido para relativismos ou ceticismos a partir de argumentos metajurídicos de política ou mesmo de moral, sob pena de fragilizarmos a autonomia do Direito e, com isso, da democracia.

O simbólico e o real mantêm uma intrínseca conexão, aliás, já assinalada pela pena de Castoriadis, em sua obra “A Instituição Imaginária da Sociedade”, na qual ensina que as “sentenças do tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível”<sup>547</sup>.

Em termos jurídico-políticos, a consolidação histórica do conceito de soberania teve grande influência da Paz de Westphalia, em 1648, com a assinatura de tratados internacionais que puserem termo à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), sendo que a secularização das relações internacionais fez da Paz de Westphalia “um marco na história do direito internacional, uma vez que deu origem à estrutura político-jurídica que é referência até hoje”<sup>548</sup>.

A ideia calcada no Direito Internacional Clássico, no sentido de uma defesa intransigente da soberania estatal, cede lugar à compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale destacar a importância da noção do *jus cogens*<sup>549</sup> para o

---

<sup>547</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 142.

<sup>548</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 82-3. Salienta o autor que a “atual conjuntura internacional nos impõe a necessidade de uma expressa relativização da soberania do Estado em proveito exclusivo de instituições supranacionais capazes de transcender as vontades políticas circunstanciais das grandes potências e dar representatividade a indivíduos e países que atualmente se encontram excluídos tanto do mercado internacional quanto do cenário político internacional, sob pena de que o atual processo tácito termine por descaracterizar por completo a natureza e os propósitos do Estado-nação”. Sustenta um globalismo pluriversalista articulado em espaços regionais de Estado-nação, sendo que o escopo de sua proposta “é possibilitar que tradições culturais orientadas por axiologias *a priori* irreconciliáveis possam encontrar um espaço público para o debate político dentro de uma estrutura institucional em que este debate global venha ‘filtrado’ por debates anteriores exercidos no âmbito regional, no qual aquela abrangência que o valor como ‘bem-em-si’ apresenta torna possível que conflitos diversos no plano internacional sejam resolvidos a partir do diálogo entre culturas, povos e Estados distintos, mas unidos, em alguma medida, por uma comunhão de valores, concepções de bem e de mundo que legitimam os partícipes do debate público, atribuem identidade individual à coletividade e reconhecimento mútuo entre os envolvidos”. *Ibid.*, p. 145 e 271.

<sup>549</sup> O *jus cogens* é caracterizado por um conjunto de normas de Direito Internacional de caráter imperativo e inderrogável, com aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional, cuja violação importa em invalidade da norma jurídica contrária e responsabilidade internacional. Merecem referência, dentre outros instrumentos, a Carta das Nações Unidas, e, sobretudo, as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, de 1969, e sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, cominando sanções de nulidade aos tratados que violam direitos

aperfeiçoamento e a evolução do Direito Internacional. Nesse sentido, deve-se observar a existência de certas normas internacionais de caráter inderrogável, exceto por outras da mesma espécie e características, que estabelecem o dever de respeito aos direitos fundamentais pelos Estados, o princípio da boa-fé, da cooperação, etc., vedando a realização de tratados que atentem contra a ordem pública internacional. As normas *iuris cogentis* não só têm aplicação direta e prevalência sobre quaisquer atos jurídicos internos, normativos ou individuais e concretos, como a sua violação não admite justificção com base no dever de cumprir alguns destes atos internos. Implica na nulidade do ato jurídico interno contrário ao *jus cogens*, com eficácia *erga omnes*<sup>550</sup>.

O Estado-Nação continua a ser a “forma mais comum de organização política, mesmo em um sistema político-global”; contudo, “a autoridade política, os vínculos coletivos e as fontes de legitimação do Estado-Nação estão perdendo sua exclusividade estrutural e simbólica”, de modo que o poder do Estado soberano passa a fazer parte das “estruturas de poder globais”, o que significa dizer que a soberania do Estado “é transformada em um conceito pluralístico e muito mais fluido de operações de tomada de decisão”<sup>551</sup>.

A soberania no mundo moderno, consoante a lição de Ferrajoli, reclama “levar a sério” o direito internacional, valendo-se da fórmula de Ronald Dworkin. Isso significa “assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente”; planejar, enfim, as “formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para realizá-los”<sup>552</sup>.

No Estado Brasileiro, depara-se, ainda, com uma espécie de “soberania bloqueada”, em razão da dicotomia centro/periferia, considerando os fatores externos e internos, além de uma constituição dirigente invertida, que blinda a constituição financeira em prejuízo da constituição econômica. Tal cenário revela a importância de um constitucionalismo

---

fundamentais. Nesse sentido, ver MIRANDA, Jorge. Brevíssima nota sobre o jus cogens. *Revista Jurídica* n. 18/19, Lisboa: Nova Sede, out./dez. 1995. p. 7-17.

<sup>550</sup> BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997. p. 515.

<sup>551</sup> PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 134-5.

<sup>552</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46. Propugna o autor um constitucionalismo de direito internacional, em face da crise hodierna da noção de soberania, a partir de garantias jurídicas às cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, asseverando que levar a sério os “direitos humanos proclamados pelas cartas constitucionais, significa, conseqüentemente, ter a coragem de desancorá-los da cidadania, ou seja, desvencilhá-los do último privilégio de *status* que permaneceu no direito moderno. E isso significa reconhecer seu caráter supra-estatal, garantilos não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados, e assim dar um fim a esse grande *apartheid* que exclui do seu aproveitamento a maioria da humanidade”. *Ibid.*, p. 53, 58.

transformador no contexto latino-americano, mediante o contributo de outras experiências (África do Sul, por exemplo), mormente a participação comunitária nos processos de tomada de decisão<sup>553</sup>.

O conteúdo dos direitos humanos está alicerçado na dignidade humana, na liberdade e na igualdade, podendo ser aduzidos outros fundamentos: a paz, o pluralismo e a solidariedade, cuja concepção atual tende a compartilhar e identificar-se com as necessidades alheias (matriz ético-política), bem como supõe um compromisso do Poder Público para a efetivação da igualdade material (perspectiva jurídica)<sup>554</sup>.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em matéria de direitos sociais, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo Facultativo, aprovado em 2008.

As Cortes Regionais de Direitos Humanos têm utilizado a extensão dos direitos individuais para a tutela dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, na perspectiva da proteção do direito à vida.

#### **5.4.1 Os direitos sociais e as cortes regionais de direitos humanos: o princípio *pro homine* e a “margem nacional de apreciação”**

O potencial crítico dos direitos humanos aponta para a circunstância de que os mesmos “não podem ser reduzidos à categorização e à classificação; seu conteúdo não se presta à apresentação categórica. Temos uma sensação de estar cercados por injustiça sem saber onde a justiça reside. Os direitos humanos representam essa denúncia de injustiça [...]”<sup>555</sup>.

No mesmo sentido, Höffe afirma que a tematização dos direitos humanos somente como direitos fundamentais escritos não somente ignora seu status jurídico-moral, senão reduz também seu potencial crítico. Para o autor, somente aquele que proceda separando claramente os direitos humanos dos fundamentais, e referindo-os logo uns a outros, poderá aportar, por um lado, a possibilidade de seguir desenvolvendo criticamente, em nome dos

<sup>553</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, maio/ago. 2013. Tal situação traz reflexos, por exemplo, na “flexibilização” das relações de trabalho, cuja ideia mascara a relação de poder e expropria o poder de resistência da mão de obra. Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcos Pechel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 112.

<sup>554</sup> PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 594.

<sup>555</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 373.

direitos humanos, aqueles outros direitos fundamentais que estejam em vigor dentro de um ente comum; e, por outro, formular a tarefa de ampliar a proteção dos direitos fundamentais, mais além de um ente comum particular, a coexistência de todos os entes comuns, a uma comunidade jurídica internacional<sup>556</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode decidir se uma lei está em conformidade com os direitos humanos, tal como dispostos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, não tendo competência, todavia, para revogar uma lei nesse sentido, mas a sua “ilegalidade é determinada de maneira vinculante, e os Estados-Membros assumiram a obrigação internacional de seguir a decisão proferida pelo Tribunal”<sup>557</sup>.

Vale lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Brasil no caso conhecido como Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”), assentando a incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional. Ressaltou que o Supremo Tribunal Federal deveria ter realizado um controle de convencionalidade, isto é, um cotejo da Lei da Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A CIDH assinalou o caráter permanente do crime de desaparecimento forçado e a imprescritibilidade das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar brasileiro, determinando a obrigação de o Estado adotar as medidas necessárias para a apuração dos crimes perpetrados pelos agentes do Estado. Assim, o Estado Brasileiro foi condenado a determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Considerando o caráter permanente do desaparecimento forçado, destacou o Tribunal que o Estado Brasileiro não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 168-9.

<sup>557</sup> DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 355.

<sup>558</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 16 abr. 2015. Os crimes perpetrados durante o regime militar brasileiro provocaram, para além da indignação cívica, um nítido sentimento de impunidade, nomeadamente com o advento da Lei da Anistia e a sua validade constitucional declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153/2010. É preciso avançar para uma superação da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o diálogo intercultural entre o Direito Interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porquanto promove o respeito ao *jus cogens*, bem como a interpretação que melhor prestigia a pessoa humana, nos termos do artigo 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil (Pacto de São José da Costa Rica).

Ora, “toda a evolução do direito internacional, nas últimas décadas, elevou o indivíduo a um patamar de direitos na ordem internacional, que não podem ser derogados pela ordem interna dos Estados”<sup>559</sup>.

No que se refere aos direitos sociais, em especial, a concepção em torno da “margem nacional de apreciação” tem servido para delimitar a atuação das Cortes Regionais de Direitos Humanos em face dos casos decididos pelos órgãos jurisdicionais internos, a fim de que a soberania estatal seja preservada. Por outro lado, o princípio *pro homine*, segundo o qual a melhor interpretação é aquela que prestigia a pessoa humana, consoante o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, serve como fundamental norma de parametricidade, superando, inclusive, a tese do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, de 3 de dezembro de 2008<sup>560</sup>, assentou o entendimento de que os tratados internacionais incorporados ao sistema jurídico pátrio antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 tem status de supralegalidade, ou seja, situam-se acima das leis e aquém das normas constitucionais. Tal tese superou o vetusto posicionamento que conferia aos tratados internacionais de direitos humanos o nível de leis ordinárias, porém não encampou a compreensão dos tratados como normas materialmente constitucionais, com respaldo em expressiva corrente doutrinária.

A cláusula de abertura do §2º do artigo 5º da Constituição revela, em realidade, que as normas de direitos fundamentais compõem um sistema autopoiético, normativamente fechado e cognitivamente aberto, conferindo a possibilidade de recepção de tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional desde que seja observado o requisito procedimental do §3º do artigo 5º, idêntico à aprovação das emendas constitucionais – aprovação por 3/5 dos membros do Parlamento em sessão bicameral.

Contudo, a tese da supralegalidade tem uma nítida feição positivista, a partir da estrutura piramidal que foi sustentada por Hans Kelsen, com a Constituição no topo do ordenamento jurídico, cumprindo lembrar que a norma hipotética fundamental, segundo Kelsen, não era posta, mas sim, pressuposta.

---

<sup>559</sup> PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do Direito Internacional. Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos. In: SABADELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 216.

<sup>560</sup> RE 466.343-1, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008.

Daí que a ideia subjacente ao princípio *pro homine* pode trazer à problemática dos direitos sociais um novo horizonte de compreensão, que não se cinge à hierarquia dos tratados, adentrando, pois, à substancialidade dos direitos sociais tutelados<sup>561</sup>. Reveste-se, pois, de singular relevo a possibilidade de um controle de convencionalidade, ou seja, uma verificação de compatibilidade entre o tratado internacional e a previsão normativa no âmbito interno, de modo a reforçar a justiciabilidade dos direitos sociais<sup>562</sup>.

Podem sintetizar-se os elementos que compõem o controle de convencionalidade, a partir do desenho traçado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: a) a obrigação dos órgãos do Estado Parte, incluídos os juízes de todos os níveis, a velar para que os efeitos da Convenção não se vejam normados pela aplicação de leis contrárias ao objeto e finalidade, concretizando um controle de convencionalidade das normas jurídicas internas; b) o controle de convencionalidade deve ser efetuado pelos juízes nacionais e pelos demais órgãos estatais *ex officio*, conferindo-lhe um efeito útil que não seja anulado pela aplicação de leis contrárias ao objeto e finalidade; c) no controle de convencionalidade deve ter-se em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação empreendida pela Corte Interamericana como seu intérprete autêntico e final; d) o controle de convencionalidade se exerce pelos órgãos estatais e pelos juízes dentro de suas respectivas competências e das regras processuais vigentes; e) as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais devem ser aplicadas adequando-as aos princípios estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos

---

<sup>561</sup> Nesse sentido, Ferrajoli defende uma racionalidade substancial no paradigma garantista da validade, diferenciando-o da vigência: enquanto a vigência guarda relação com a *forma* dos atos normativos, a validade está associada ao *significado*, sendo uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 21-2.

<sup>562</sup> Segundo Mazzuoli, o princípio internacional *pro homine* “tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno”, assumindo relevo o controle de convencionalidade, o qual pode ser definido como um “meio *judicial* de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle *difuso* ou *concreto*) como por meio de ação direta (controle *concentrado* ou *abstrato*)”. Assim, se “incorporados com *nível* constitucional, serão paradigma do controle *difuso* de convencionalidade; se incorporados com *equivalência* de emenda constitucional, serão paradigmas do controle *concentrado* de convencionalidade (para além do controle *difuso*); e se incorporados com *status* supralegal, serão paradigma do controle de *supralegalidade* (é o caso dos tratados *comuns* no Brasil)”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31, 36. Em relação ao critério hierárquico, Sarlet enfatiza que, embora o reconhecimento pelo STF da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, “a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário”. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 105.

Humanos (CADH); f) no controle de convencionalidade não se aplica apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também o *corpus juris* vinculante para o Estado Parte, consoante o art. 29 da CADH<sup>563</sup>.

Sobre as novas funções conferidas em face do diálogo jurisdicional, vale colacionar o pensamento de Allard e Garapon, em especial a analogia feita com o “romance em cadeia”, de Dworkin:

O comércio entre juízes, quando essencialmente assente na *jurisdictio* e não no *imperium*, obedece, por conseguinte, à dupla exigência de eficácia concreta e de coerência argumentativa, reforçando ambas a legitimidade da decisão. O estabelecimento de relações entre os tribunais assemelha-se à famosa metáfora de Ronald Dworkin sobre a elaboração de um romance por vários autores: o ‘romance do direito’, afirma este último, é uma obra colectiva, uma sucessão de decisões que, pela sua função narrativa e argumentativa, procura alcançar uma forma de coerência, enriquecida gradualmente pelos casos particulares que precisam de ser resolvidos<sup>564</sup>.

Uma concepção de direitos humanos sociais mínimos é defendida por Gosepath, à luz do princípio da proteção fundamental prioritária, de maneira a compreendê-los como “compensação de determinados danos sociais, que devem ser impedidos, isto é, compensados com base em razões morais compartilhadas”. Dito de outro modo, os direitos sociais têm como objetivo e limite a “eliminação dos prejuízos desiguais, em relação aos quais o indivíduo não é responsável, e a produção de um estado de chances iguais, para a realização de reconhecidas funções e capacidades”. Assim, deve-se garantir a toda pessoa o direito à segurança básica e a um mínimo existencial, protegendo-se a integridade física em todas as suas dimensões, oferecendo a todos a medida de assistência social, em “situações de

<sup>563</sup> ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 23-4. Sublinha o autor que constitui um “desafio maior que os juízes nacionais assumam este controle de convencionalidade [...] produzindo seus melhores esforços na interpretação dos atributos e garantias dos direitos fundamentais assegurados por fonte constitucional e internacional, harmonizando ditas fontes e aplicando os postulados de ‘progressividade’ e ‘favor persona’, contribuindo a melhorar a qualidade de vida da comunidade nacional, um maior gozo efetivo dos direitos fundamentais, em definitivo, uma contribuição ao bem comum e ao desenvolvimento do conjunto da sociedade, passando a etapas mais humanas e a uma melhor qualidade de Estado constitucional democrático, que sempre implica uma elevação da qualidade de vida do conjunto da sociedade”. ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46.

<sup>564</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 80.

emergência para evitar o prejuízo, que as impede de estar em condições de realizar, em medida suficiente, todas as funções e capacidades reconhecidas em geral como valiosas”<sup>565</sup>.

No que se refere ao caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*<sup>566</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, em sentença de 4 de julho de 2006, considerou que a falta do dever de regular e fiscalizar “gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde”. Assinalou, também, que a prestação de serviços públicos implica a “proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo”. No caso, a Casa de Repouso Guararapes, onde faleceu Damião Ximenes Lopes, era um hospital privado de saúde contratado pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico sob a direção do Sistema Único de Saúde, razão pela qual o Estado é “responsável pela conduta do pessoal da Casa de Repouso Guararapes, que exercia elementos de autoridade estatal ao prestar o serviço público de saúde sob a direção do Sistema Único de Saúde”. Ressaltou a atenção especial às pessoas acometidas de deficiências mentais em virtude de sua particular

<sup>565</sup> GOSEPATH, Stefan. “Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental”. TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 73, 79.

<sup>566</sup> A Corte decidiu se o Estado Brasileiro era responsável pela violação dos direitos humanos em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, com deficiência mental, pelas “supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes [...]; por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantêm na impunidade. A suposta vítima foi interna em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde [...], no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação”. Entendeu a CIDH que “na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era frequente que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de deficiência mental”. Ademais, “o armazenamento dos alimentos era inadequado; as condições higiênicas e sanitárias eram precárias, os banheiros se achavam danificados, sem chuveiro, lavatório ou cesta de lixo, e o serviço sanitário se encontrava sem cobertura nem higiene; não havia médico de plantão, o atendimento médico aos pacientes era frequentemente prestado na recepção do hospital e algumas vezes não havia medicação; faltavam aparelhos essenciais na sala de emergência, tais como tubos de oxigênio, ‘aspirador de secreção’ e vaporizador; os prontuários médicos não registravam a evolução dos pacientes nem os relatórios circunstanciados de acompanhamento que deviam apresentar os profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem; o proprietário do hospital não se encontrava presente de maneira assídua, motivo por que era evidente a falta de administração. Em resumo, e conforme salientou a Comissão de Sindicância instaurada posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Casa de Repouso Guararapes ‘não oferece[ia] as condições exigíveis e [era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 135, 171-2.



vulnerabilidade, consignando que “os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração [...]”. Em suma, a Corte declarou que o Estado Brasileiro violou os direitos à vida e à integridade pessoal, determinando a investigação e o sancionamento dos responsáveis, o pagamento de indenização aos familiares da vítima, bem como o *estabelecimento de programas de capacitação* para os profissionais e às demais pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, atentando aos princípios que devem reger o trato das pessoas com deficiência mental, conforme os padrões internacionais<sup>567</sup>.

Há a necessidade, pois, de se reinventar o Direito Comum, como lembra Delmas-Marty, sustentando que a recomposição da paisagem jurídica e o pensar plural perpassam uma legitimação por um “direito dos direitos”, e que o “irredutível humano” é uma “exigência ética suprema e a proibição absoluta de ultrapassar ‘o ponto a partir do qual a violência já não pode ser resgatada por um voto de reciprocidade e se torna pura negação do humano’”<sup>568</sup>.

#### 5.4.2 Os direitos sociais e os tribunais constitucionais

O estudo dos modelos jurisdicionais em matéria de efetivação de direitos sociais buscou identificar os principais critérios de relevância jurídica, justamente em razão das situações fronteiriças ou limítrofes entre a esfera judicial e a conformação legislativa.

Com efeito, no mundo contemporâneo há duas tradições jurídicas com grande influência: a *civil law* e a *common law*. Merryman lembra que ambas as tradições não estão isoladas uma da outra, a saber:

[...] Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas. A Constituição dos Estados Unidos poderia ser parcialmente explicada pela influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme na América Latina e na Europa. O controle de constitucionalidade, por exemplo, está agora firmemente enraizado em ambas as tradições. O instituto jurídico do *condominium*, uma invenção da *civil law*, foi entusiasticamente recepcionado nos Estados Unidos, enquanto que muitos sistemas da *civil law* incorporaram um instituto típico da *common law* como o *truste*.

<sup>567</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 135-97.

<sup>568</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 185.

O fato de que estas duas tradições jurídicas sejam de origem européia deveria nos fazer refletir por um momento. Há, é claro, muitas outras tradições jurídicas no mundo atual, e algumas novas estão em processo de formação. A predominância das duas tradições aqui tratadas é o resultado direto do imperialismo europeu em séculos precedentes, assim como o predomínio do direito romano em priscas eras foi o produto do imperialismo de Roma<sup>569</sup>.

Em *Juízes, Legisladores e Professores*, Caenegem questiona se é melhor o Direito dos Precedentes, o Direito das Leis ou o Direito dos Livros, apontando que a legislação “tem a vantagem da certeza obrigatória”, sendo as “regras estabelecidas por uma pessoa ou corpo com autoridade”. A desvantagem consiste na sua “falta de flexibilidade: as regras e os códigos são estabelecidos em textos precisos e mantêm-se até que nova legislação os modifique”, citando o exemplo do Código Civil de 1804, que ainda é válido na Bélgica e na França, “apesar de centenas de artigos terem sido rejeitados e substituídos, principalmente por legislação gradativa no século XX”. Já a casuística, para alguns, tem a vantagem da certeza, em razão do *stare decisis*: “se um tribunal decidiu em certo sentido em um caso, ele não mudará a lei para alguma outra pessoa se surgir um caso similar”. A Câmara dos Lordes, que reputava no século XIX ser obrigada pelos seus próprios precedentes, em 1966, modificou sua posição e “hoje sente-se livre para reverter seus próprios precedentes”. Esclarece o autor, contudo, que, na maioria dos casos, o “*stare decisis* ainda é a regra, mas não se pode ter absoluta certeza de que o tribunal não reverterá um precedente por alguma razão que ele agora considere imperativa”. Aponta que a casuística “carece de uma estrutura conceitual adequada e é pouco dada à generalização”. Por sua vez, a Ciência do Direito (*Jurisprudence*) revela o seu potencial quando se exige a “formulação de princípios gerais: não apenas conceitos abstratos, mas também a crítica e a análise de tendências no pensamento jurídico e na judicatura são o seu domínio próprio”. Procura o autor definir alguns critérios para um bom sistema jurídico: a) Juízes incorruptíveis e imparciais; b) Participação dos cidadãos comuns, ao menos na forma de presença em tribunal aberto e de crítica em uma imprensa livre; c) Recrutamento democrático de Juízes; d) Juízes competentes e profissionais; e) Direito compreensível e cognoscível; f) Justiça acessível; g) Justiça humana; h) Um sistema jurídico baseado em amplo consentimento público.

Em relação à Inglaterra, afirma que as virtudes do sistema jurídico são evidentes, com “juízes incorruptíveis, o caráter público da administração da justiça, a participação do público

---

<sup>569</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 25-6.

na forma do júri, a crítica ‘razoável’ ao tribunal e o caráter humano do Direito Penal, sem pena capital nem tortura”, tecendo críticas, contudo, ao recrutamento dos Juízes, provenientes de uma elite intelectual e também de uma elite social.

Nos Estados Unidos, assinala a democratização do aparelho judicial e a considerável participação do público, o caráter desumano da pena capital, ressaltando que a “organização judicial parece estar na mesma sintonia que a maioria da nação: o papel da Suprema Corte na integração dos negros americanos foi visível”.

Enfim, na Europa Ocidental, considera o fato de o Direito ser codificado e, em princípio, “baseado na legislação, ele é razoavelmente cognoscível”, encontrando, de um modo geral, sintonia com a opinião pública, porque a “legislação em questões que são reservadas ao *common law* na Inglaterra é bem frequente, de modo que novas maneiras de pensar e viver podem ser rapidamente traduzidas em leis novas e atualizadas”<sup>570</sup>.

Na sequência, passa-se ao exame de casos envolvendo litígios relativos a direitos sociais em face da experiência do Direito Estrangeiro.

#### 5.4.2.1 Estados Unidos

Na tradição jurídica estadunidense, a Corte Constitucional assumiu papel cimeiro na construção das políticas públicas, sendo que o ativismo judicial teve dois momentos: a) conservador, como se depreende do julgamento dos casos *Lochner*, sobre a jornada de trabalho dos padeiros, em uma argumentação metajurídica pautada em critérios econômicos, a pretexto de garantir a livre iniciativa; b) progressista, a exemplo da decisão proferida no caso *Brown*, ao tempo da Corte *Warren*, no sentido da determinação da dessegregação racial nas escolas. Sobre o papel de coalização da Corte no contexto das políticas nacionais, vale trazer a lume a lição de Dahl:

O principal objetivo da liderança presidencial é construir um grupo estável e dominante de minorias com uma alta probabilidade de ganhar a presidência e uma ou as duas câmaras do Congresso. A principal tarefa da Suprema Corte é conferir legitimidade às políticas básicas da coalizão que logrou êxito. Às vezes, a coalizão é instável no que diz respeito a certas políticas-chave. Pondo em risco seus poderes de legitimidade, a Corte pode intervir nesses casos e até mesmo lograr êxito no estabelecimento de políticas públicas. Provavelmente nesses casos ela pode ter sucesso apenas se suas ações estiverem de acordo e reforçarem um grupo maciço de normas explícitas ou implícitas defendidas pela liderança política; normas que não são fortes o suficiente ou não são distribuídas de forma a garantir a existência de uma

<sup>570</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores*. Tradução de Luís Carlos Borges: Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 89-118.

maioria formada por legisladores, mas que são suficientemente poderosas para impedir qualquer ataque bem-sucedido nos poderes de legitimidade da Corte. Essa é, provavelmente, a explicação do trabalho bem-sucedido da Suprema Corte em ampliar a liberdade dos negros para votar nas últimas três décadas e em suas famosas decisões sobre a integração escolar<sup>571</sup>.

Cumpra assinalar os principais aspectos do sistema judicial dos Estados Unidos, no âmbito da *Common Law*: a) a singularidade da relação democrática entre os juízes e os cidadãos e a elevada autoridade social de que gozam; b) a complexidade da estrutura federal, com dualismo de tribunais, federais e estaduais (artigo 3º da Constituição); e c) a prevalência da Corte Constitucional – composta por nove juízes vitalícios, designados pelo Presidente dos Estados Unidos e submetidos ao escrutínio do Senado – e a unidade dos julgados que com ela se obtém<sup>572</sup>.

Segundo Shapiro, subsequente à inicial asserção do poder judicial (controle de constitucionalidade) em *Marbury v. Madison* (1803), a maioria das grandes decisões da Corte Marshall foram sobre federalismo, de modo que a Corte serviu como um dos principais instrumentos na construção de um governo central forte. A expansão do poder judicial nos Estados Unidos, e quiçá no mundo, é essencialmente associada na atualidade com o grande movimento rumo à proteção judicial dos direitos humanos por intermédio da decisão de dessegregação *Brown v. Board of Education* (374 US 483; 1954). O processo judicial é desenvolvido como uma alternativa ao processo político-eleitoral, de modo que a corte independente atuou para corrigir um “defeito” ou “patologia” no processo democrático. O fundamento de legitimação está em parte situado na invocação da proteção dos direitos da minoria e em parte pelo argumento de que as instâncias democráticas não realizariam a autocorreção sem a intervenção judicial. Finalmente, *Brown* representa a intervenção da corte nacional para uniformizar as normas em nível nacional, trazendo um modelo para uma série de mudanças da política majoritária que teve início através da Corte Warren<sup>573</sup>.

Por outro lado, Dworkin tece severas críticas ao sistema estadunidense, em razão do alto custo da saúde, assinalando que “os serviços médicos têm distribuição injusta nos Estados Unidos. Quarenta milhões de americanos têm assistência médica flagrantemente inadequada, ou nenhuma”, destacando que “muitos que hoje têm um seguro razoável o perderão, porque

<sup>571</sup> DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, p. 42, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954/0>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

<sup>572</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 88.

<sup>573</sup> SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 44, 46-7.

perderão o emprego ou serão vítimas de uma doença ou afecção não coberta pelo seguro”. A questão que merece indagação consiste em saber quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos, ou seja, o nível mínimo de assistência médica exigível pela justiça. Para imprimir norte ao questionamento, o autor parte de dois princípios: o princípio do resgate e o princípio do seguro prudente.

No princípio do resgate, a máxima adotada é no sentido de que “devemos gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida”. Sustenta que nenhuma sociedade adotaria tal padrão, ou mesmo nenhuma pessoa organizaria a própria vida segundo tal princípio, sobretudo em função de que a ciência criou formas caríssimas de assistência médica, incentivando ainda a ideia de que a Justiça “não tem nada a dizer sobre quanto a sociedade deve gastar com a saúde, em comparação com outros bens como a educação, o controle do crime, a prosperidade material ou as artes”.

Em relação ao princípio do seguro prudente, adotado por Dworkin, parte do raciocínio segundo o qual os recursos devem ser divididos “entre a saúde e outras necessidades sociais, e entre os diversos pacientes que precisam de tratamento, tentando imaginar como seria a assistência médica se a deixássemos à mercê de um mercado livre e não-subsidiado [...]”<sup>574</sup>.

Afirma, em síntese, que “é vergonhoso uma nação tão próspera não poder garantir ao menos um atendimento médico mínimo razoável a todos sobre os quais exerce domínio”, e que a sua proposta teórica está no âmago da concepção de igualdade em recursos e da hipotética estratégia de seguros, de maneira que o “plano de saúde elaborado para respeitar as decisões dos cidadãos como seguradores prudentes é, de fato, igualitário. Mas é o oposto do paternalismo”<sup>575</sup>.

Em razão das críticas ao sistema de saúde estadunidense, houve a instituição de um plano de saúde custeado pela contribuição compulsória dos cidadãos, em uma perspectiva de universalização do atendimento de saúde, qual seja, o *Obamacare*, cuja validade

---

<sup>574</sup> Dworkin assinala, em suma, que o teste do seguro prudente ajuda a responder às perguntas sobre quando gastar em saúde e quando desse sistema de saúde deve ser distribuído entre os cidadãos, destacando que o teste pergunta “quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre, e insiste, em primeiro lugar, que nós como nação não devemos gastar tanto quanto os indivíduos gastariam, coletivamente, em tais condições; e, em segundo lugar, que devemos usar a despesa agregada para garantir que tenhamos todos, individualmente, o que aquelas pessoas teriam”. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 431-46.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 449.

constitucional foi afirmada pela Suprema Corte em duas oportunidades (Obamacare I e II), em que pese a fragilidade dos dissensos dos votos vencidos<sup>576</sup>.

Sobre as ações afirmativas, Dworkin refere que os críticos da política argumentam que ela faz mais mal do que bem, ao supostamente exacerbar a hostilidade racial, prejudicando os alunos oriundos de minorias. Todavia, o estudo *The Shaper of the River* (A forma do rio), de William G. Bowen e Derek Bok, com base em expressiva quantidade de dados sobre o histórico dos alunos, além de técnicas estatísticas, revela o contrário:

[...] a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível [...]. O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros serão os negros aceitos pelas melhores faculdades de Direito e Medicina. Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais [...]<sup>577</sup>.

#### 5.4.2.2 Alemanha

A ideia de que o Estado de Direito podia, na condição de Estado Liberal, intervir o mínimo possível na esfera de liberdade dos particulares foi complementada com a ideia de que, “como Estado Social, tinha em primeiro lugar de *criar e assegurar as condições de liberdade*”. A Constituição de Weimar consagrou a ideia, mas de modo insuficiente, sendo que as “numerosas garantias sociais pormenorizadas prometiam mais do que podiam cumprir

<sup>576</sup> Como assinalam Wedy e Freitas, em uma crítica à fragilidade dos dissensos nos casos Obamacare I (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 576 U.S.) e Obamacare II (*King v. Burwell*), respectivamente, por 5x4 e por 6x3: “A nova decisão garante subsídios públicos, nos exatos termos do *Affordable Care Act*, para que as pessoas mais carentes também gozem do seguro-saúde (mais de 6 milhões de americanos), o que permite que o mesmo continue acessível mediante repasse aos Estados e cumprindo a sua função de tutela da saúde pública nos próximos anos. [...] O princípio da independência dos poderes foi preservado na decisão da Suprema Corte e o *Affordable Care Act* foi reconhecido como constitucional, a despeito dos votos dissidentes que, a exemplo do caso Obama Care I, dificilmente serão aceitos pelo *Tribunal da História* ou poderão ser utilizados, como argumentos plausíveis, para a reversão de ambas as decisões da Suprema Corte no futuro”. WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. A lamentável fragilidade dos dissensos nos casos Obamacare I e II. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-30/lamentavel-fragilidade-dissensos-casos-obama-care-ii>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

<sup>577</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 582-3. Entre nós, Barbosa Gomes salienta: “No plano jurídico-constitucional, notadamente a partir da análise do seu berço histórico, isto é, o Direito Público dos Estados Unidos, as ações afirmativas constituem uma verdadeira revolução jurídica. Com efeito, não é ocioso relembrar que o sistema constitucional que primeiramente abrigou as ações afirmativas é o mesmo fundado há pouco mais de dois séculos e institucionalizado através de um sistema constitucional que autoriza expressamente a escravidão. A preservação das linhas básicas desse sistema constitucional, como se sabe, resulta em grande parte da prodigiosa obra institucional da mais prestigiosa dentre as instituições políticas americanas – A Corte Suprema”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio da igualdade* (O Direito como instrumento de transformação social). A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

e permaneceram como simples princípios programáticos”, motivo pelo qual “as garantias sociais só foram inscritas na Lei Fundamental de maneira extremamente parcimoniosa”<sup>578</sup>.

Com efeito, o princípio do Estado Social tem previsão no artigo 20, I, da Lei Fundamental, o qual refere que a República Alemã é “um Estado de direito social e democrático”, bem como no artigo 28, I, 1, da Constituição, ao referir que a ordem constitucional dos estados-membros deve estar de acordo com os princípios constitucionais federais do “estado de direito social, democrático e republicano”.

A função mais importante do princípio do Estado Social consiste em “guiar a **interpretação** das leis, incluindo a própria Constituição”, podendo levar a “decisões de consequências substanciais, incluindo consequências financeiras substanciais”<sup>579</sup>. Nesse sentido, destaca-se o seguinte exemplo:

[...] Em um caso envolvendo um reclamante que sofria de distrofia muscular progressiva, o Tribunal Constitucional Federal recentemente decidiu que as previsões relevantes do seguro de saúde não podiam ser interpretadas no sentido de que a pessoa em questão teria direito apenas a opções de tratamento médico convencional: é contrário aos direitos fundamentais do reclamante, de acordo com o art. 2º, I, GG (liberdade geral de ação) em conjunto com o princípio do Estado Social e de acordo com o art. 2º, II, G (direito à vida e à integridade física), excluir uma pessoa com seguro saúde legal, para cuja doença fatal nenhum tratamento **geralmente aceito**, de acordo com os padrões médicos, está disponível, do benefício da escolha própria do método de tratamento alternativo administrado medicamente, quando não há chance completamente remota de recuperação ou de uma influência positiva notável de tal tratamento alternativo no desenvolvimento da doença<sup>580</sup>.

A função de proteção dos direitos fundamentais, por meio de participação, foi analisada pelo Tribunal Constitucional Federal, no sentido de saber se há um direito originário à criação de instituições, no acórdão sobre o *numerus clausus*, entendendo o Tribunal que um “eventual direito originário está em todo caso ‘sob *reserva do possível*’, no sentido daquilo

<sup>578</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012. p. 100-1. Salientam os autores que a “Constituição Imperial de Weimar foi de fato abolida pela tomada do poder nacional-socialista no ano de 1933. O *restabelecimento* do Estado e do direito constitucional *depois* de 1945 na República Federal (da Alemanha) foi influenciado por estas experiências. Enquanto, relativamente a questões do direito orgânico do Estado, Weimar dava, de variadas formas, um exemplo negativo, retomaram-se em grande escala os direitos fundamentais da Constituição Imperial de Weimar na formulação das Constituições dos Estados federados (*Länder*) e, posteriormente, também no Conselho Parlamentar. No entanto, renunciou-se conscientemente aos direitos sociais e econômicos na parte da Lei Fundamental reservada aos direitos fundamentais; nessa medida, Weimar foi sentida outra vez como exemplo negativo”. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012. p. 69.

<sup>579</sup> LÜBBE-WOLFF, Gertrude Lübbe. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 7.

<sup>580</sup> BVerfGE 115, 25. Cf. LÜBBE-WOLFF, op. cit., p. 7.

que o particular pode razoavelmente reclamar da sociedade”. Tal situação é criticável porque a “força normativa dos direitos fundamentais é ameaçada por relativizações deste gênero”, mas também a “proteção e a promoção de um direito fundamental podem comprometer a sua força normativa, se ela avaliar como mais ou menos valiosa e digna de promoção a liberdade, que verdadeiramente só encontra o seu limite no exercício ilícito da liberdade”<sup>581</sup>.

O Tribunal Constitucional Alemão, em sua jurisprudência<sup>582</sup>, tem evidenciado os limites à margem de atuação do Legislativo, inferindo do princípio do Estado Social a existência de obrigações legislativas concretas, as quais, até então, não haviam sido adimplidas, cumprindo citar as seguintes situações:

[...] Uma decisão de considerável importância, em que o Tribunal repetidamente se referiu ao princípio do Estado Social, era relativa às regras de admissão em universidades. A questão a ser determinada era a constitucionalidade dos limites da capacidade de admissão. O Tribunal Constitucional Federal rejeitou inferir, do princípio do Estado Social, que limitações temporárias a admissões somente possam ser permitidas se o Estado, explicitamente e por lei, reconhecer uma obrigação de expandir as capacidades relacionadas com a demanda. Ele entendeu, contudo, que o direito à educação em uma universidade do Estado poderia surgir do princípio da igualdade em conjunto com o direito fundamental do art. 12, I, GG (liberdade de escolha de ocupação, posição e treinamento) e do princípio do Estado Social. Na visão do Tribunal, isso se aplica particularmente em áreas em que o Estado possui um amplo monopólio da educação. O Tribunal deixou em aberto se o direito de participar nos recursos da educação pública pode assumir a forma de um direito vinculante à criação de vagas em universidades; ao mesmo tempo, todavia, ele também rejeitou a hipótese de que o direito a ser admitido no ensino superior permanece, a princípio, limitado à participação nas possibilidades educacionais **disponíveis**, e considerou as autoridades obrigadas, pelo menos pelo direito objetivo, ‘a fazer rapidamente o que for necessário, na medida do possível’ para providenciar vagas suficientes. [...] A ideia que o Tribunal traça nessa decisão no sentido de que pretensões judiciais a benefícios ou outra ação positiva do Estado, que possa surgir de direitos fundamentais em conjunto

<sup>581</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012. p. 106-8.

<sup>582</sup> Em uma leitura crítica, Maus sustenta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal consiste na “transformação de garantias jurídico-constitucionais de liberdade em uma ‘ordem objetiva de valor’ em que conteúdos, extensão ou delimitações dos direitos fundamentais isolados são determinados por ‘ponderações de valor’ do tribunal, sempre somente em vista às situações especiais do caso isolado que se apresente”. MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Coordenação de Luiz Moreira; Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont’Alverne Barreto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 284. Também vale a advertência de Doehing, no sentido de que os juízes dos tribunais constitucionais “exerçam uma autodelimitação, em especial no que diz respeito ao desenvolvimento jurisprudencial do direito. O legislador hipertrófico pode ser destituído, mas os juízes desses tribunais estão livres de qualquer sanção. O fato de que em uma democracia a decisão sobre os valores jurídicos a serem observados não é proferida por um representante do povo, mas por uma comissão de juízes que não responde pelo povo, contradiz, em todo caso, o sistema do domínio popular”. DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 355-6.



com o princípio do Estado Social, são restritas ao que é *de facto* possível, apareceu em julgamentos também.

[...] A princípio, o âmbito dos benefícios sociais é uma questão para o Legislativo determinar. Com o Tribunal Constitucional Federal tem frequentemente enfatizado, porém, que há uma obrigação de prover os ‘requisitos mínimos para uma existência humana digna’, o Estado tem de ‘assegurar esses requisitos mínimos para o cidadão indigente, se necessário, através de benefícios sociais’. Nesse contexto, o Tribunal tem inferido do art. 1º, I, GG em conjunto com o princípio do Estado Social, que o Estado deve deixar a renda do contribuinte livre de impostos, na medida do que for necessário para cobrir as suas necessidades básicas e as de sua família. Essa decisão proíbe não só a cobrança de impostos que não deixe o contribuinte com um padrão mínimo de vida **após** a dedução dos impostos. Na medida em que a renda serve para assegurar este padrão mínimo, ela não deve ser parte da base de cálculo dos impostos, porque senão as famílias com crianças que precisam de sustento estariam em desvantagem [...] <sup>583</sup>.

Nesse sentido, a temática dos direitos fundamentais sociais reclama a construção de pautas de densificação do denominado “mínimo existencial” <sup>584</sup>.

<sup>583</sup> BVerfGE 33, 303 e BVerfGE 82, 60. Cf. LÜBBE-WOLFF, Gertrude. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 10-2. A autora conclui que o Tribunal Constitucional Federal trata o princípio do Estado Social não como uma afirmação meramente simbólica ou vazia, extraindo dele consequências práticas, ao convocar não apenas “administradores e tribunais, mas, também, algumas vezes, o próprio legislador, a agir de acordo com esse princípio. Na maior parte dos casos, o Tribunal tem, contudo, dado grande importância à preservação do espaço de atuação do Legislativo – mais uma vez, não apenas de uma forma simbólica, mas geralmente também substancialmente na sua jurisprudência”, entendendo que uma “jurisprudência constitucional tendente a vincular o Legislativo em detalhes demais vai, conseqüentemente, no fim, ir contra seus próprios objetivos”. *Ibid.*, p. 13-4.

<sup>584</sup> No caso BVerfGE 40, 121 (18-6-1975), envolvendo o pensionamento de órfãos de aposentado até o 25º ano de vida, nos termos do §44 II da Lei de Aposentadoria de Empregados Privados, a Corte Constitucional Alemã entendeu ser compatível com a Constituição que órfãos que não possam, em razão de deficiência física ou mental, se autossustentar, recebam do Seguro de Empregados Privados pensão de órfão apenas até completarem 25 anos de idade. Segundo o Tribunal, a assistência social aos desamparados é dever do Estado Social, incluindo a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem o seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover o seu sustento próprio. A sociedade deve garantir-lhe as “condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente pré-definindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância [...]”. Já no caso BVerfGe 100, 271 (27-4-1999), relativo à cláusula de renúncia salarial, o Tribunal Constitucional reconheceu a importância do emprego como autoestima do cidadão e de reconhecimento comunitário, sublinhando que normas jurídicas “que temporariamente ligam subsídio para iniciativas de criação de postos de trabalho a acordo de pagamento abaixo do piso salarial (cláusula de renúncia salarial) ainda que representem uma intervenção na autonomia das convenções coletivas de associações [sindicais] de empregados, podem ser justificadas pela criação de postos de trabalho adicionais em tempos de alta taxa de desemprego”. SCHWABE, Jürgen. *50 anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Organizado por

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão procura identificar dois modelos de mínimo existencial: o fisiológico e o sociocultural. Enquanto o primeiro corresponde ao mínimo vital ou para assegurar a subsistência do indivíduo, o segundo procura estabelecer condições para o mínimo de participação na vida social, política e cultural.

A questão a ser debatida é a seguinte: quais os limites e possibilidades da jurisdição e, em especial, da justiça constitucional, de modo a assegurar as condições fundamentais para uma vida condigna, ou seja, para além do prato de comida na mesa?

A proteção do núcleo essencial dos direitos sociais está alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio do Estado Social, sendo que o mínimo existencial sociocultural, desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, leva em conta a existência de dados estatísticos empíricos para a sua aferição.

Na decisão da referida Corte Constitucional, datada de 9 de fevereiro de 2010, restou assentado que a violação ao direito fundamental ao mínimo existencial ocorre se o legislador, na determinação desse mínimo, se afastou injustificadamente dos “métodos estatísticos anteriormente utilizados” e recorreu a “indicadores inadequados à determinação do nível mínimo de subsistência”, e em razão da “ausência de reconhecimento, para lá da prestação mensal garantida, de uma pretensão individual uma prestação social destinada a satisfazer uma necessidade especial, corrente e não excepcional, desde que essa necessidade especial seja irrefutavelmente necessária, consoante o caso concreto”<sup>585</sup>. O alcance das prestações afetas ao mínimo existencial deve ser alvo de deliberação legislativa, com a possibilidade de intervenção da jurisdição em se tratando da inadequação dos critérios ou dos indicadores utilizados pelo ente estatal.

Por sua vez, merece relevo o fato de que a decisão do Tribunal reconheceu a parcial inconstitucionalidade das disposições normativas do “Hartz IV-Gestez”, sobre o direito à assistência social, sem, contudo, a pronúncia de nulidade, conferindo prazo para que o legislador adotasse as medidas necessárias para adequar a sua obra aos parâmetros constitucionais<sup>586</sup>. Há, pois, limites materiais à liberdade de conformação do legislador, a qual não é absoluta, sob pena de violação à Constituição.

---

Leonardo Martins; Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, p. 828-9; 832-6, 2005. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

<sup>585</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. nota de rodapé 214-A, p 199.

<sup>586</sup> Ver, nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. 2. Série. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 261.

Assim, a questão de identificar o alcance da responsabilidade do Estado Social, na perspectiva da dignidade da pessoa humana, está vinculada aos padrões e a riqueza de uma sociedade, sendo que a noção de mínimo existencial depende do tempo e da situação. Daí que o particular tem direito àqueles pressupostos materiais que são indispensáveis para a sua “existência física e para um mínimo de participação na vida social, cultural e política” (BVerG, 9 de fevereiro de 2010) e o Estado “não pode privar nem tributar o salário obtido pelo particular, que lhe é necessário para a manutenção do mínimo existencial”<sup>587</sup>.

#### 5.4.2.3 Portugal

Em matéria de direitos sociais, o Tribunal Constitucional reconheceu a incidência da proibição de retrocesso social no Acórdão n.º 39, de 1984, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma determinada lei que revogara expressiva parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, diante da previsão constitucional do direito à saúde (artigo 64 da Constituição da República Portuguesa).

No Acórdão 509/2002, o Tribunal Constitucional Português decidiu pela inconstitucionalidade da exclusão por meio de lei – ressaltando os direitos adquiridos – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos da percepção do rendimento mínimo de inserção, adotando como fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proibição do retrocesso social como parâmetros de racionalidade decisória<sup>588</sup>.

Em sua jurisprudência forjada no período de crise (2010-2014), adotou o Tribunal Constitucional um parâmetro de autocontenção judicial e deferência ao legislador, diante de medidas envolvendo o corte de salários e pensões, com base no mínimo existencial, afastando-se, porém, da ideia de proibição do retrocesso social. Entendeu a Corte que o direito fundamental à seguridade social corresponde à garantia constitucional de um mínimo existencial, o que significa que a Constituição não assegura um *quantum* das pensões. Houve uma reviravolta jurisprudencial, sendo que a denominada “contribuição de sustentabilidade”

<sup>587</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, (Série IDP), 2012. p. 245.

<sup>588</sup> Conforme destaca Novais, o Tribunal Constitucional decidiu por “fundamentar a inconstitucionalidade da norma, que suprimia as anteriores ajudas e que não fornecida qualquer alternativa ou compensação eficaz, como resultando de uma violação directa do princípio da dignidade da pessoa humana. Significa isto que o Tribunal Constitucional deduziu deste princípio, independentemente das debilidades notórias do nosso Estado social, uma obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar uma existência condigna; essa passa, então, a constituir uma exigência mínima de garantia positiva da dignidade da pessoa humana por parte do Estado e que este fica vinculado a observar independentemente de dificuldades financeiras circunstanciais ou de particulares orientações políticas”. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 67-8.

restou fulminada por inconstitucionalidade material, em face da violação, dentre outros, ao princípio da proteção da confiança legítima.

O controle das restrições governamentais e legislativas por parte do Tribunal Constitucional, a partir da adoção de determinados princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito (igualdade, proibição da insuficiência e proteção da confiança), foi alvo de controvérsias doutrinárias<sup>589</sup>.

Em sentido crítico, Alexandrino argumenta que o Tribunal Constitucional, ao menos a partir de determinado momento, não reconheceu a afetação da capacidade de conformação da vida coletiva por parte da Constituição, interferindo, em alguns casos, nas decisões do legislador democrático. Salienta, também, a “fuga das regras”, a exemplo da legitimação de impostos retroativos, dos cortes dos salários dos servidores públicos, da contribuição extraordinária de solidariedade e do aumento do período normal no exercício da função pública. Ainda, destaca a preferência pelo recurso a fórmulas abstratas, tais como a igualdade proporcional, a proteção da confiança ou a razoabilidade, em ruptura do paradigma jurisprudencial anterior. Em seu entender, o Tribunal valeu-se de insuficiente diferenciação

---

<sup>589</sup> Tomando por base uma defesa da instituição do Tribunal Constitucional Português, endereçando uma “resposta aos críticos”, os quais afirmam que o Tribunal ignorou a crise e seus efeitos no plano do Direito Constitucional, Novais afirma o seguinte: a) o Tribunal “não declarou a inconstitucionalidade de normas generalizadamente arguidas de violação ostensiva da Constituição (lembremos apenas a *contribuição extraordinária de solidariedade* ou o diploma das 40 horas na Função Pública”, em face dos condicionamentos da crise; b) em 2010, no Acórdão n.º 399/2010, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucionais aumentos de impostos que, entrando em vigor a meio do ano, em junho de 2010, incidiam não apenas sobre os rendimentos a auferir no futuro, mas também sobre os já auferidos, durante esse mesmo ano; c) em 2011, no Acórdão n.º 396/2011, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucionais cortes de 3,5% a 10% nos salários dos trabalhadores da função pública que auferissem mais de 1500 euros; d) em 2012, no Acórdão n.º 353/2012, o Tribunal Constitucional, em que pese tenha declarado a inconstitucionalidade de novos cortes (subsídio de férias e subsídio de Natal) que o Governo impusera aos servidores públicos e aos pensionistas, decidiu que a declaração de inconstitucionalidade não produziria efeitos durante o ano de 2012, diante da situação de emergência financeira do país; e) em 2013, no Acórdão n.º 187/2013, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional a imposição da *contribuição extraordinária de solidariedade* a todos os pensionistas e reformados que auferissem mais de 1350 euros; f) em 2013, ainda, no Acórdão n.º 794/2013, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional o aumento do horário de trabalho na função pública de 35 para 40 horas de trabalho semanal, sem o correspondente aumento de retribuição, em uma suposta interpretação autêntica, o que constituiu, segundo o autor, uma “exceção de *ativismo judicial* da jurisprudência constitucional dos anos de crise e, curiosamente, a favor do Governo”; g) em 2014, no Acórdão n.º 413/2014, não obstante tenha reputado inconstitucionais os novos cortes da retribuição dos trabalhadores da função pública, o Tribunal Constitucional autorizou que o Governo retivesse o montante das reduções de retribuição inconstitucionais a que havia procedido de janeiro a maio, não considerando inconstitucional a suspensão do pagamento dos complementos de reforma dos trabalhadores das empresas públicas; h) em 2014, no Acórdão n.º 572/2014, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional o alargamento do âmbito de aplicação da *contribuição extraordinária de solidariedade* aos pensionistas que auferissem mais de 1500 euros; i) em 2014, no Acórdão n.º 574/2014, o Tribunal Constitucional aceitou o prolongamento dos cortes salariais na função pública para o ano de 2015. Em suma, refere que, de 2010 a 2014, “há todo um significativo conjunto de decisões controversas, discutíveis, por vezes surpreendentes e inesperadas, em que o Tribunal Constitucional não declara a inconstitucionalidade ou declara a inconstitucionalidade mas salvaguarda os efeitos entretanto produzidos ou a produzir pelas normas inconstitucionais”. NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 67-74.

dos fenômenos analisados, mais especificamente: a) a distinção entre direitos constitucionais e legais; b) a distinção entre o controle de normas de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e o controle de opções que entram na margem de conformação legislativa (despedimentos da função pública, reforma do sistema de pensões ou redução/extinção dos subsídios de férias ou de Natal); c) a distinção entre os diferentes graus de intensidade de controle<sup>590</sup>.

Em linha de defesa do Tribunal Constitucional Português, Queiroz afirma que os tribunais de Justiça Constitucional na Europa e, nessa perspectiva, partindo de um modo mais compreensivo face aos direitos fundamentais sociais, foram “mais ativos do que o Tribunal Supremo norte-americano na invalidação das normas infra-constitucionais”. Entende a autora que não se trata de discutir entre ativismo ou não ativismo judicial, antes de revelar que “o Tribunal Constitucional, entre nós, deve exercer e cumprir as funções para que foi instituído, e que, recorde-se, são de defesa da Constituição e dos princípios nela consignados”<sup>591</sup>.

No mesmo sentido, Novais refere que o Tribunal Constitucional estaria sendo ativista se desvalorizasse os direitos sociais, ao considerá-los como direitos de segunda classe, na medida em que “*construía* e aplicava uma Constituição diferente da aprovada pela Assembleia Constituinte”<sup>592</sup>.

#### 5.4.2.4 África do Sul

Na África do Sul, a segregação oficial promoveu a dominação dos brancos e a subjugação dos negros, em um nefasto cenário de discriminação que se prolongou por décadas a fio, estendendo seus efeitos em áreas fundamentais, como a educação e a saúde.

Não se pode olvidar o contributo de Mandela<sup>593</sup> para a concretização da igualdade de oportunidades sociais, independentemente da raça, exigência fundamental da construção de um regime verdadeiramente democrático.

---

<sup>590</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência da crise. Disponível em: <[http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o\\_impacto\\_juridico\\_da\\_jurisprudencia\\_da\\_crise.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

<sup>591</sup> QUEIROZ, Cristina. *O tribunal constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 102.

<sup>592</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 87.

<sup>593</sup> É importante observar a definição de “ubuntu” desenvolvida por Mandela. A palavra “tem origem no provérbio zulu Umuntu ngumuntu ngabantu, que com frequência é traduzido como ‘uma pessoa é uma pessoa por meio das outras pessoas’. A ideia é que não fazemos nada inteiramente sozinhos, um conceito que está no extremo oposto da noção do individualismo que tem caracterizado o Ocidente desde a Renascença. O *ubuntu* vê as pessoas menos como indivíduos que como parte de uma teia infinitamente complexa de outros seres humanos. É a ideia de que somos ligados uns aos outros, que *eu* é sempre subordinado a *nós*, que

A Constituição da África do Sul de 1996 foi descrita como um documento transformativo, que abraça uma visão de longo prazo para a transformação das instituições políticas e econômicas do país e as estruturas de poder. A este respeito, o instrumento representa pilares essenciais na construção de uma sociedade democrática e igualitária. Algumas previsões do texto constitucional constituem indicações nesse sentido, a exemplo do preâmbulo, que proclama que a Constituição foi adotada, nomeadamente, para curar as divisões do passado e estabelecer uma sociedade baseada em valores democráticos, da justiça social e dos direitos fundamentais. A Seção 9 introduz o conceito de igualdade substantiva. Seções 26 e 27 incluem os direitos sociais e econômicos. Ainda, a seção 8 da Constituição prevê a aplicação horizontal da Carta de Direitos, de modo que o poder privado não está imune ao escrutínio constitucional. Na seção 23, a Constituição entrincheira um número de direitos laborais incluindo o direito de formar sindicatos e o direito de greve. Tomados em conjunto, estes direitos fornecem suporte para a afirmação de que, no seu conjunto, o texto deve ser lido como uma narrativa democrático-social em que, nas palavras do preâmbulo, a Constituição procura para curar as divisões do nosso passado e estabelecer as bases para uma sociedade democrática e aberta<sup>594</sup>.

É possível afirmar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional evoluiu de um modelo de autocontenção deferente para com “as opções *sociais* do poder político”, bem ilustrada no caso *Soobramoney*, para o atual “modelo de controle padronizado em torno da exigência de *razoabilidade*”, destacando-se o caso *Grootboom* como expressão inaugural qualificada que viria a ser confirmada, logo a seguir, também no caso *TAC*<sup>595</sup>. Ao adotar o modelo de razoabilidade, conforme prevê a Constituição sul-africana (artigos 26 e 27), o Tribunal Constitucional rejeitou a concepção do mínimo existencial, em uma jurisprudência transformativa que confere a responsabilidade aos poderes eleitos democraticamente para a satisfação das políticas públicas de direitos sociais. Nesse sentido, o “*minimalismo judicial*” é apoiado por defensores de uma justiça constitucional *débil* ou de grande autocontenção, o que mereceu crítica por aqueles que consideravam que o Tribunal poderia ter avançado na

---

nenhum homem é uma ilha”. STENGEL, Richard. *Os caminhos de Mandela*. Tradução de Douglas Kin. São Paulo: Globo, 2010. p. 227.

<sup>594</sup> DAVIS, Dennis M. Socio-economic rights: the promise and limitation. The south African experience. In: BARAK-EREZ, Daphne; GROSS, Aeyal M. *Exploring social rights: between theory and practice*. Ed. Oregon: Oxford and Fortland, 2007. p. 195-6.

<sup>595</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 211-2.

realização dos direitos sociais, designadamente, se tivesse aderido à lógica alternativa do *minimum core* (níveis mínimos de realização dos direitos sociais)<sup>596</sup>.

Em *Soobramoney v. Minister of Health KwaZulu Natal*, um cidadão em situação de doença terminal ingressou com uma ação judicial requerendo que o Estado fosse obrigado a fornecer-lhe acesso a tratamentos de diálise de que necessitava, sendo que o Tribunal Constitucional entendeu que a decisão de recusa de tratamento, diante do excesso de procura pelo tratamento nos hospitais públicos em relação à oferta existente, era racionalmente justificável, haja vista que os recursos limitados ao dispor do Estado não lhe permitiam garantir o acesso de todos aos tratamentos de diálise, tendo o Poder Público adotado como critério a limitação dos tratamentos aos pacientes de transplante renal. A Corte concluiu que os direitos sociais previstos na Constituição foram definidos em termos de avaliação dos recursos, adotando, pois, um modelo débil de proteção judicial dos direitos sociais.

O emblemático caso *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* diz respeito a um dos maiores problemas sociais da África do Sul, designadamente a ocupação ilegal de áreas por pessoas sem moradia. Os litigantes vivem em condições intoleráveis em um acampamento informal, sendo que o proprietário obteve uma ordem de despejo dos ocupantes, após o que a Sra. *Grootboom* e a restante comunidade interpuseram ação judicial, invocando a ofensa ao direito à habitação. A Corte Constitucional deu-lhes razão, considerando que o “programa nacional de habitação era *desrazoável*”. Isso porque, orientado para a resolução progressiva, no decorrer do tempo, do problema, sem perspectiva de solução em um prazo exíguo, diante dos casos de emergência, como acontecia com a comunidade em questão. Entendeu que houve violação ao direito de acesso à moradia, enfatizando que tanto uma negativa quanto uma positiva obrigação fluem dos direitos sociais e econômicos contidos no texto constitucional. Em que pese a atitude seja de autocontenção judicial, o fato é que o padrão de controle judicial vai além do controle mínimo de racionalidade e com natureza e alcance diversos do controle de desproporcionalidade<sup>597</sup>.

A jurisprudência da razoabilidade foi confirmada no caso *TAC*, envolvendo a situação de um laboratório que disponibilizou, gratuitamente, ao Estado, medicamento antirretroviral para reduzir a transmissão vertical do vírus HIV/SIDA entre mãe grávida e filho que vai nascer, tendo o ente público que aceitou a oferta limitado o medicamento para situações *piloto* e num quadro de acompanhamento pelo sistema de saúde pública, o Tribunal Constitucional

---

<sup>596</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 214-5.

<sup>597</sup> *Ibid.*, p. 216-7.

que obrigou, em face da *desrazoabilidade*, à prestação generalizada do medicamento a toda a população de grávidas HIV-positivas<sup>598</sup>. Cumpre trazer à colação trechos da decisão:

[...] A política do governo era inflexível em que às mães e seus recém-nascidos em hospitais públicos e clínicas fora dos locais de investigação e formação fora negada a oportunidade de receber uma dose única de nevirapine, no momento do nascimento da criança. A droga potencialmente salva-vidas estava em oferta e as instalações de testagem e aconselhamento estavam disponíveis, que poderia ter sido administrada dentro dos recursos disponíveis do Estado, sem qualquer prejuízo à mãe ou à criança<sup>599</sup>.

#### 5.4.2.5 Colômbia

A experiência do Tribunal Constitucional da Colômbia é frutífera designadamente em matéria atinente aos direitos sociais<sup>600</sup>.

Com efeito, a sentença T-025/2004 (Corte Constitucional) declarou que a dramática situação das mais de três milhões de pessoas deslocadas pela violência na Colômbia constitui um “estado de coisas inconstitucional”, sublinhando que houve uma violação massiva e reiterada de direitos humanos da população deslocada, além de falhas estruturais das políticas do Estado colombiano<sup>601</sup>.

Em estudo voltado à análise dos efeitos da referida sentença, nos seis anos posteriores à sua prolação (2004-2010), Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco assinalam que o caso teve um alto impacto no desbloqueio do aparato estatal e na ligação do tema no centro das políticas públicas e do debate dos cidadãos. Teve também um efeito notável, ainda que parcial, na democratização do tema, na medida em que criou espaços de participação e controle por parte dos cidadãos que permitiram a entrada de vozes de organizações da sociedade civil, mas que não foram igualmente eficazes na inclusão das vítimas. Assinalam os

<sup>598</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 218-9.

<sup>599</sup> DAVIS, Dennis M. Socio-economic rights: the promise and limitation. The south African experience. In: BARAK-EREZ, Daphne; GROSS, Aeyal M. *Exploring social rights: between theory and practice*. Ed. Oregon: Oxford and Fortland, 2007. p. 200. (Tradução nossa).

<sup>600</sup> Sobre o mínimo vital de subsistência, o Tribunal Constitucional da Colômbia decidiu que o “conceito de mínimo vital, de acordo com a jurisprudência, deve ser avaliado sob um ponto de vista desde a satisfação das necessidades mínimas do indivíduo, pelo qual é necessário realizar uma avaliação das circunstâncias de cada caso concreto, fazendo uma valoração que se encaminhe mais até o qualitativo do que ao quantitativo, verificando-se que quem alega sua vulneração tenha as possibilidades de desfrutar da satisfação de necessidades como a alimentação, o vestuário, a saúde, a educação, a moradia e a recreação, como mecanismos para fazer realidade seu direito à dignidade humana”. T-581A/11. Magistrado Ponente: Maurício González Cuervo. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-581a-11.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2015. (Tradução nossa).

<sup>601</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 13.



autores que as intervenções judiciais em casos estruturais são exitosas na medida em que se mostra capaz de fazer com que a administração pública e o legislativo atendam eficazmente o problema, sem que o poder judicial exerça constante pressão sobre eles<sup>602</sup>.

No que toca ao direito à saúde, a Corte Constitucional Colombiana reconhece o mínimo existencial (Sentença T-406/92), sendo que “há o dever positivo do Estado de atuar para prevenir um dano iminente à pessoa, inclusive por desconhecimento dos direitos sociais que titula; trata-se de evitar ou corrigir uma situação de necessidade”, na qual a liberdade e a igualdade reais das pessoas “se encontram anuladas ou gravemente afetadas”. Não é, pois, aceitável falar-se em igualdade “sem igualdade material mínima; de liberdade, sem o acesso aos recursos básicos indispensáveis; nem de vida, senão de vida condigna [...]”<sup>603</sup>.

## 5.5 OS DIREITOS SOCIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O texto da Constituição só pode ser compreendido a partir de sua aplicação, sendo que a Constituição será “o resultado da sua interpretação, que tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais”<sup>604</sup>.

Nesse sentido, “aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão”, sendo que, para a “possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica”. Daí que a “ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz ao surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”<sup>605</sup>.

Em um importante estudo estatístico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando as decisões finais das ações constitucionais contra leis federais julgadas pela Corte, no período entre 1988 e 2009, Pogrebinski sustenta que “o STF não sofre efetivamente de

---

<sup>602</sup> Segundo Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco, o caso tem sido fundamental para o desenho de políticas e o aumento do orçamento dedicado a elas, mas a implementação destas políticas tem sido muito desigual, sendo que, apesar dos avanços em direitos essenciais como a saúde e a educação, está, todavia, por ver-se se o caso contribuirá para melhorar substancialmente a situação dramática em que continuam vivendo milhões de pessoas deslocadas na Colômbia, em um problema sociopolítico estrutural e complexo, cujas raízes se fundem na história de um conflito armado de quatro décadas. RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 276-7.

<sup>603</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 200.

<sup>604</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

<sup>605</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 406-7, 432-3.

uma ‘dificuldade contramajoritária’”, tecendo os seguintes argumentos: 1º) é muito inexpressivo o total de suas decisões que declaram a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional; 2º) o STF reforça a vontade majoritária expressa no Poder Legislativo Federal, sendo muito expressivo o total de suas decisões que se abstiveram preliminarmente de apreciar a inconstitucionalidade (e, portanto, convalidaram ou revalidaram) de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional e contestados por meio do controle concentrado de constitucionalidade; 3º) o STF não ocupa um suposto vácuo normativo deixado pelo Legislativo; 4º) o STF não enfraquece o Legislativo sobrestando suas decisões diante da vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional; 5º) o STF propulsiona a agenda do Congresso Nacional, impedindo-o a legislar sobre determinadas matérias e a fazê-lo em determinados momentos; 6º) o STF não se comporta, sistemática e univocamente, de forma favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão majoritária formada no Congresso ao longo de todos os governos federais eleitos no Brasil desde 1988; 7º) o STF, no julgamento das decisões procedentes e procedentes parcialmente, tem se valido de três recursos institucionais (interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão) que tendem à preservação do trabalho do Poder Legislativo<sup>606</sup>.

Todavia, em estudo organizado por Valle em torno da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enfocando-se os instrumentos processuais de acesso à jurisdição constitucional, em especial a reclamação e o mandado de injunção, bem como as contribuições do neoconstitucionalismo e do pragmatismo jurídico para a justificação dos votos dos Ministros do STF, extrai-se que o papel da jurisdição constitucional na atualidade,

---

<sup>606</sup> POGREBINSCKI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 10-3. Conforme pontua Streck, notadamente sobre o contributo da referida autora: “[...] não é o fato – primeira tese de Thamy – de o número de decisões em controle de constitucionalidade que declaram a inconstitucionalidade ser baixo em relação às denegatórias que invalida a tese de o STF judicializar a política ou praticar ativismos. Judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo. Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo. [...] Parece que na pesquisa de Thamy ambos são tratados de forma idêntica. Mais ainda, o fato de existirem mais demandas indeferidas que as que foram deferidas se deve também ao enorme contingente de legitimados. Grande parcela de ações que tratam de questões constitucionais é fadada ao fracasso *ab ovo*, por falta de requisitos formais”. E, ao final, arremata: “O trabalho de Thamy é absolutamente relevante. Mas demonstra apenas pequena parcela do problema. Na verdade, ela não desmistifica os discursos sobre o ativismo e a judicialização. Apenas demonstra, por números, que, olhando os resultados dos julgamentos do STF, ele mais julga a favor do Parlamento e do Executivo do que contra. Mas esses números escondem os demais julgamentos do STF. Mais do que isso, colocam uma cortina de fumaça sobre o imenso contingente de julgamentos ativistas dos Tribunais da República, que vão desde o simples descumprimento de direitos fundamentais (ativismo às avessas, pois não?) até decisões descontroladas fornecendo xampu para calvos e decisões proibindo a caça com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o que é isso: o ativismo? O que é isso: a judicialização? O que é isso: a crise da representação? STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 293 e 295.

tendo como universo o Supremo Tribunal Federal, revela uma “articulação entre as preocupações contextualistas e consequencialistas do pragmatismo jurídico e uma modalidade jurisdicional, com caráter procedimental de ativismo judicial”. Dentre os traços característicos, a “abertura à interpretação e a centralidade da jurisdição constitucional” derivam de uma “forte orientação pragmatista”, ao passo que “a centralidade dos direitos fundamentais não se identifica com tanta frequência, ao menos como fio condutor do raciocínio jurídico desenvolvido”<sup>607</sup>.

Conforme a presente pesquisa procura comprovar, a trajetória jurisprudencial dos direitos sociais no Supremo Tribunal Federal deslocou-se da autocontenção judicial (*judicial self restraint*) para um ativismo judicial em determinadas situações, ensejando as críticas da doutrina em face da violação ao princípio da separação de poderes e ao “governo dos juízes”.

A metodologia utilizada para o exame da justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais no âmbito do Supremo Tribunal Federal teve em mira o estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante a pesquisa de 176 (*cento e setenta e seis*) decisões proferidas no período de *1º de maio de 1996 a 30 de agosto de 2015*, no sítio eletrônico da Corte<sup>608</sup>, tendo se utilizado no campo de pesquisa as expressões “*Direitos Sociais*” ou “*Políticas Públicas*”. O recorte temporal se deve ao fato de que a evolução jurisprudencial no tema é verificada de maneira acentuada no respectivo período, a partir do final da década de 1990, em relação à exigibilidade e à aplicabilidade dos direitos sociais.

O objetivo foi verificar os parâmetros adotados pela Corte para a justiciabilidade dos direitos sociais, a titularidade (individual ou coletiva) do direito posto em causa, os modelos de relevância jurídica, bem como a variação da intensidade do controle em face da natureza do direito social e do dever correlato.

Na busca realizada, foram analisados, precipuamente, os casos envolvendo direitos sociais que demandam prestações fáticas (direitos sociais prestacionais), em um recorte temático envolvendo os direitos, à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, à assistência social, à seguridade social, além do controle jurisdicional de políticas públicas.

---

<sup>607</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40, 43, 133-6.

<sup>608</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br>>. Pesquisa atualizada até o dia 30 ago. 2015. Vale dizer que o recorte eleito para a pesquisa delimitou a análise aos direitos sociais e às políticas públicas de direitos sociais, sem prejuízo da adoção de outras expressões de busca, com a exclusão dos assuntos que não tinham pertinência com a temática explorada. Colheram-se decisões do Pleno e das Turmas, acrescentando-se os temas debatidos em repercussão geral, bem como, dentre outros julgamentos, da decisão monocrática proferida na ADPF 45/2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

O enfoque da pesquisa levou em conta, sobremaneira, os argumentos invocados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no processo de tomada de decisão, em uma análise quantitativa e qualitativa, a fim de observar como o Corte vem julgando os casos relativos à temática dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais.

### 5.5.1 Direito à saúde

Nos sistemas jurídicos, há um “*feedback* entre juízes e legislação, de vez que são os juízes que proferem as decisões cumpridoras da função do sistema jurídico, dando, ao mesmo tempo, aos Tribunais, sua centralidade circular”<sup>609</sup>.

No campo do direito à saúde, muitas questões de “acesso à saúde poderiam ser sanadas com Políticas Públicas de prevenção (acoplamento estrutural) acabam chegando ao Poder Judiciário”, no que se convencionou de judicialização da saúde, o que significa dizer que “o Sistema Político e o Sistema Sanitário não estão conseguindo operacionalizar as expectativas dos cidadãos através de suas organizações, isso vem sendo comunicado ao Sistema do Direito, cabendo ao Poder Judiciário a tomada de uma decisão”, a qual, em determinados casos, “pode vir a fugir de sua função”<sup>610</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência sobre o direito à saúde, oscilou entre a judicialização da política e o ativismo judicial, designadamente nos casos envolvendo a concessão de medicamentos, sem levar em conta a política pública estabelecida pelo Sistema Único de Saúde, em demandas de recorte individual.

Vale lembrar que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal interpretava a norma de direito fundamental à saúde como norma programática, quadro que limitava consideravelmente a sua eficácia.

Nesse sentido, a reviravolta paradigmática da compreensão do direito subjetivo como “poder do indivíduo” contra o Estado, sobretudo nas questões envolvendo o direito à saúde, pode implicar em prejuízos ao adequado e regular funcionamento do Sistema Único de Saúde, no atendimento à saúde básica da população, desenvolvido pelos Municípios.

---

<sup>609</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 144.

<sup>610</sup> WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 146. A autora, adotando uma perspectiva sistêmica, assinala que a intervenção judicial não é em si o problema, mas sim, “quando as decisões não se limitam ao código funcional do sistema do Direito e a sua programação, como ocorre quando é deferido um pedido de medicamentos ou tratamentos experimentais contra o Estado, ou quando o fundamento de decisão é moral ou ético ou não leva em consideração as informações constantes no Sistema da Saúde, demonstrando uma falha da comunicação entre as organizações dos Sistemas”. *Ibid.*, p. 146-7.

O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado, desenvolvendo-se mediante *políticas sociais e econômicas* de incumbência do Poder Público, o que demanda a previsão orçamentária de recursos para o atendimento às demandas, sobretudo em uma perspectiva de bem coletivo.

Não há como assegurar o *melhor atendimento de saúde para todas as pessoas*, haja vista que as necessidades superam os recursos financeiros. Impõe-se, a seu turno, um atendimento adequado e suficiente à população, designadamente às pessoas mais vulneráveis, seja em razão das condições socioeconômicas, ou em razão de fatores pessoais (crianças, idosos, doentes, etc.). Demandas envolvendo a proliferação de doenças tratáveis, como a tuberculose, a diarreia e a pneumonia, envolvem famílias de baixa renda e que, em razão disso, por vezes não litigam em juízo pela concessão de atendimento, sendo que tais causas dificilmente chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

O direito à saúde deve ser interpretado, precipuamente, como bem coletivo, em atenção ao princípio da igualdade e à universalização do acesso por parte da população; mas a pesquisa jurisprudencial em tela revela que os casos analisados referem-se, sobretudo, a pleitos de natureza individual. A titularidade simultaneamente individual e coletiva do direito fundamental à saúde deve implicar na análise criteriosa do deferimento de liminares, mediante a comprovação de que a omissão administrativa, ora em razão do indeferimento do pedido, ora em face do decurso de significativo lapso de tempo, demanda a intervenção judicial para a garantia do direito social<sup>611</sup>.

#### 5.5.1.1 Judicialização da saúde

A judicialização do direito à saúde traz em seu bojo algumas questões relevantes em no que se refere à exigibilidade do referido direito social: a) a garantia do princípio da igualdade e a universalização do acesso ao serviço público de saúde; b) o problema dos medicamentos de alto custo; c) a questão dos medicamentos experimentais; c) o déficit de governabilidade e o ativismo judicial; d) a evolução jurisprudencial – do reconhecimento da norma constitucional meramente programática a um excesso de judicialização, cuja vulgata

---

<sup>611</sup> Em torno da posição do STF sobre o direito à saúde e a interpretação conferida pela Corte ao artigo 196 da Constituição Federal, afirma-se, na doutrina, que “este preceito determina um direito à saúde através de ‘políticas sociais e econômicas, porém, através de controle difuso de constitucionalidade, a interpretação que vem sendo dada a este preceito pelo STF é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado por cada indivíduo, e não através da implementação de uma *política pública*. *Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual*”. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 163-4.

ou a outra face da moeda é justamente o ativismo jurisdicional; e) o fato de que, em expressiva parcela de casos, a negativa do Poder Público ocorre em face de políticas públicas já existentes, competindo ao Judiciário o exercício da fiscalização ou do controle jurisdicional, dentro de certos parâmetros constitucionais.

Na decisão de lavra da Ministra Ellen Gracie, proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 91<sup>612</sup>, o Estado de Alagoas pleiteava a suspensão da decisão liminar que o obrigava ao fornecimento de atendimento médico aos pacientes renais crônicos em hemodiálise e aos pacientes transplantados. A argumentação pautou-se pela precariedade do serviço público de saúde e os riscos oriundos da judicialização da política pública, em detrimento da previsibilidade e da segurança jurídica.

A decisão proferida pelo STF foi no sentido do acolhimento da suspensão, sob o fundamento de que o artigo 196 da Constituição Federal encerrava comando normativo voltado à formação de políticas públicas de saúde, de incumbência do Estado, não podendo o Judiciário ditar a respectiva política pública.

Noutras palavras, o Pretório Excelso, por intermédio do paradoxo Direito/Não-Direito, sem levar em consideração os precedentes existentes sobre a matéria, entendeu que os doentes renais crônicos não teriam direito subjetivo à saúde, quedado ao argumento de política consistente na oportunidade e na conveniência das políticas públicas do gestor estadual. O argumento de política, no caso, adquiriu tamanha dimensão que sobrepujou a juridicidade ou a normatividade do tema proposto à apreciação do STF, em nítido descompasso com as expectativas normativas dos cidadãos<sup>613</sup>.

As decisões proferidas na STA 175<sup>614</sup> e SL 47<sup>615</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sobre a judicialização da saúde, levaram em conta os dados coligidos em audiência

---

<sup>612</sup> STA 91. Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 26-02-2007 (decisão monocrática). Vale trazer a lume trechos da fundamentação: “[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. [...] Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde”.

<sup>613</sup> Em tom crítico, numa perspectiva da decisão proferida pelo Supremo à luz da teoria integrativa de Ronald Dworkin, ver CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria Araújo de. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5, v.1, p. 45-66, jan./jun. 2009.

<sup>614</sup> STA 175 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17-3-2010.

pública realizada no ano de 2009 sobre a temática. Entendeu o Tribunal que *a violação ao direito à saúde decorre, sobremaneira, do inadimplemento em face de políticas públicas já existentes*, destacando a necessidade de a concessão judicial de medicamentos seguir alguns critérios, como a *existência do registro na ANVISA, em regra, de modo a respeitar a política pública de saúde estabelecida pelo Sistema Único de Saúde*. O Ministro-Relator sustentou em seu voto, todavia, a “inevitabilidade” dos juízos de ponderação “nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”. Entendeu que, *caso a prestação pleiteada não esteja dentre as políticas do SUS*, cumpre distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. O segundo dado a ser considerado, pontuou o relator, é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, podendo ocorrer duas situações: 1<sup>a</sup>) O SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; 2<sup>a</sup>) O SUS não tem tratamento específico para determinada patologia. Infere que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, com a ressalva dos casos excepcionais.

Como refere Sarlet, após uma postura inicial mais contida, mesmo os Tribunais Superiores, com destaque aqui para o STF, “passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático”. Em síntese, destaca os seguintes pontos do julgamento da STA 175, de 17 de março de 2010:

- a) O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível);
- b) A responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação;
- c) Embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;
- d) A desproporcional afetação do sistema de saúde e o comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) devem ser demonstradas pelo Poder Público;

---

<sup>615</sup> SL 47 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17-3-2010.

- e) Há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área de saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional [...], ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza à segurança para o próprio autor da demanda<sup>616</sup>.

Mediante o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536, debruçou-se o Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – questão já submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47-AgR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (DJ de 30-4-2010). Ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu a Corte, em se tratando do direito à saúde, que a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Assim, foi negado provimento ao Agravo Regimental<sup>617</sup>.

No ARE 727864, o STF debateu-se sobre o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e a inexistência de leitos na rede pública. Decidiu a Corte o dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional. Destacou a Corte que a reserva do possível é inaplicável sempre que a sua invocação puder

<sup>616</sup> Ressalta o autor, ainda, que os critérios elencados “não esgotam os referenciais que podem ser detectados na esfera de decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, para o que se remete à parte geral dos direitos sociais. Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevo), que se verifica ser mais aguda a controvérsia em torno da exigibilidade dos direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 595-6. Em uma leitura mais restritiva, Avelãs Nunes refere que “qualquer decisão de um tribunal que conceda prestações individuais compromete o funcionamento do SUS. Uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita a intromissões frequentes (que podem ser muitas e só não serão milhares se o princípio da igualdade for abertamente desrespeitado). A doutrina defendida pelo STF inverte a lógica inerente à natureza das coisas: quem pretende intervir de fora na gestão do SUS, pondo de lado as suas regras de funcionamento e impondo uma outra afectação de recursos, é que deve provar que esta invasão pelos tribunais da esfera própria do Executivo não compromete o funcionamento dos serviços que o Executivo deve criar, organizar e dirigir”. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51-2.

<sup>617</sup> RE 642536 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 5-02-2013.



comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, afirmando a observância de certos parâmetros constitucionais para a fiscalização judicial da omissão do Poder Público, quais sejam: a) proibição do retrocesso social; b) proteção ao mínimo existencial; c) vedação da proteção insuficiente; d) proibição de excesso. Ressaltou, ainda, o cabimento da ação civil pública como instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade, bem como a função institucional do Ministério Público como “defensor do Povo”, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição Federal. Enfim, asseverou a responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal Brasileiro, no contexto do Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>618</sup>, desprovendo, pois, o recurso de agravo.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 801.676, a Corte reiterou sua jurisprudência no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. Assentou o entendimento de que o Judiciário pode, sem que haja violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Ressaltou, enfim, que, “na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ‘ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida’, negando provimento ao agravo regimental”<sup>619</sup>. Percebe-se, pois, que a Corte recorre à metódica da ponderação para a resolução dos casos envolvendo direitos fundamentais sociais, sendo que as questões orçamentárias não podem ser reputadas como “interesses secundários do Estado”, uma vez que o orçamento é peça fundamental para a elaboração das políticas públicas de direitos fundamentais sociais.

Mediante o Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 740800<sup>620</sup>, a Corte Suprema decidiu sobre o direito à saúde em questão relacionada ao aumento de leitos em unidade de terapia intensiva (UTI). Assinalou que a intervenção judicial não se configura substitutiva de prerrogativa do Poder Executivo, mas sim, determinação de implementação de política pública existente, desprovendo o agravo. No caso, o recorrente (Estado do Rio Grande do Sul) recorreu da decisão que determinou a implementação de ações com o objetivo de dotar o único hospital do Município de Cachoeirinha de leitos na unidade de terapia intensiva (UTI) suficientes ao atendimento da população local. A decisão agravada salienta

---

<sup>618</sup> ARE 727864 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 4-11-2014.

<sup>619</sup> ARE 801676 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, j. 19-8-2014.

<sup>620</sup> ARE 740800 AgR. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 3-12-2013.

que a ponderação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial seria possível e necessária, não está o Poder Judiciário inovando a ordem jurídica, mas determinando que o Poder Executivo adote providência garantidora de direito estabelecido na Constituição. Diverge-se, contudo, da fundamentação da decisão agravada, pois adota como matriz teórica para a solução judicativo-decisória a “ponderação de princípios”, cumprindo salientar que a ponderação não problematiza os seus pressupostos, podendo contribuir para a fragilização dos direitos fundamentais envolvidos. Ainda, o STF, não faz alusão à “lei da colisão”, extraída da *regra* da ponderação, em que pese tenha alcançado, no mérito, a solução constitucionalmente adequada.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 642.536, a Primeira Turma do STF decidiu questão relativa ao sistema público de saúde local e à possibilidade de o Judiciário determinar a adoção de medidas para a melhoria do sistema, sem que isso importe em violação à Separação de Poderes e à reserva do possível. No caso concreto, cuidava-se na origem de ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Estado do Amapá sobre obrigação de fazer vinculada à Unidade Mista de Saúde Estadual (UMSA)<sup>621</sup>. A Corte valeu-se de precedentes sobre a matéria, em especial o SL 47-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30-4-2010, remetendo o critério decisório para a “ponderação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível”, decidindo que a intervenção judicial em se tratando do direito à saúde é possível em hipóteses nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. A Corte negou provimento ao agravo regimental<sup>622</sup>.

Em relação ao debate em torno da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, reputando constitucionais as questões suscitadas nos seguintes temas correlatos: a) tema 818: controvérsia em torno da possibilidade de o Poder Judiciário impor aos municípios e à União a aplicação dos recursos mínimos na área da saúde,

---

<sup>621</sup> Consta da inicial que a Unidade Mista de Saúde Estadual (UMSA), “único hospital de referência do Município [...] vem padecendo de uma falência progressiva por falta de manutenção e renovação de equipamentos médicos-hospitalares e de suas instalações, carência de renovação do quadro de pessoal, contratação de profissionais técnicos para a chefia de farmácia do laboratório clínico, e outros. Resultando, assim, no colapso geral das ações e serviços de saúde, dando ensejo à violação cotidiana, sistemática e reiterada do direito universal à saúde”. O Magistrado julgou parcialmente procedente o pedido para impor ao Estado do Amapá “a obrigação de fazer consistente na prestação adequada e contínua dos serviços de saúde do município do Amapá, promovendo, em caráter emergencial, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a reforma e manutenção geral da UMSA; pintura de toda a unidade; aquisição de condicionadores de ar; reativação das salas de cirurgia e de parto; reforma na rede elétrica; aquisição de extintores e mangueiras; contratação efetiva de 1 (um) farmacêutico ou bioquímico”. O Tribunal *a quo* deu provimento à remessa oficial, invocando que a reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no caso.

<sup>622</sup> RE 642536 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 05-02-2013.

em face do princípio da Separação de Poderes, antes da regulamentação do artigo 198, § 3º, da Constituição Federal<sup>623</sup>; b) tema 793: responsabilidade solidária dos entes públicos no tocante ao tratamento médico adequado, com a reafirmação da jurisprudência da Corte, podendo o polo passivo ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente<sup>624</sup>; c) tema 761: possibilidade de alteração do assento de nascimento com a retificação do nome, com a utilização do termo transexual, mesmo sem a realização do procedimento cirúrgico de redesignação do sexo, em face do conteúdo do direito à autodeterminação sexual, com a incidência da dignidade e da intimidade da pessoa humana frente à publicidade e à veracidade registral<sup>625</sup>; d) tema 698: limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito fundamental social à saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção<sup>626</sup>; e) tema 579: Ação Civil Pública. Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mediante o pagamento da diferença respectiva<sup>627</sup>; f) tema 500: a obrigatoriedade ou não de o Estado, ante o direito constitucional à saúde, fornecer medicamento não registrado pela ANVISA<sup>628</sup>; g) tema 345: ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde<sup>629</sup>; h) tema 55: instituição por lei complementar estadual de contribuição social compulsória aos servidores públicos para custeio da assistência médico-hospitalar<sup>630</sup>; i) tema 6: dever de o Estado fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo<sup>631</sup>.

#### 5.5.1.2 Medicamentos e procedimentos

É preciso referir que, nos casos envolvendo a concessão de remédios para pessoas portadoras do vírus HIV, o acolhimento de pedidos individuais fez com que o Estado, em âmbito nacional, tivesse de organizar uma política pública voltada ao fornecimento gratuito de medicação antirretroviral para os que necessitarem. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido da obrigatoriedade de o Poder Público conceder medicamentos às

---

<sup>623</sup> RE 858075 RG. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 21-5-2015.

<sup>624</sup> RE 855178 RG. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 5-3-2015.

<sup>625</sup> RE 670422 RG. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 11-9-2014.

<sup>626</sup> RE 684612 RG. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 06-02-2014.

<sup>627</sup> RE 581488 RG. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 30-8-2012.

<sup>628</sup> RE 657718 RG. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 17-11-2011.

<sup>629</sup> RE 597064 RG. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 9-12-2010.

<sup>630</sup> RE 573540 RG. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 3-4-2008.

<sup>631</sup> RE 566471 RG. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 15-11-2007.

pessoas carentes, em atenção ao direito fundamental à saúde, o qual é indissociável do direito à vida<sup>632</sup>.

Em relação aos medicamentos de alto custo, sem registro na ANVISA, não obstante os precedentes decorrentes da STA 175 e da SL 47 (audiência pública sobre o tema da judicialização da saúde), o Supremo Tribunal Federal tem entendido pelo fornecimento de medicamento indispensável para o tratamento de doença genética rara, não havendo a comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, em face da possibilidade de ocorrência do dano inverso, ante a imprescindibilidade do fármaco para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente<sup>633</sup> e a eficácia do medicamento atestado por entidade governamental congênere<sup>634</sup>.

No caso de menor que apresenta ducto arterioso pélvico necessitando de cirurgia de cateterismo cardíaco sob anestesia geral a ser realizada com suporte de UTI pediátrica, entendeu o Supremo Tribunal Federal que há responsabilidade solidária dos entes públicos na implementação da política pública, não havendo violação ao princípio da separação de poderes, de modo a concretizar o direito fundamental à saúde<sup>635</sup>.

Também há precedente do STF quanto ao cabimento do fornecimento pelo Poder Público de fraldas descartáveis para menor portador de doença grave, não havendo ofensa ao princípio da separação dos poderes. Entendeu a Corte que, apesar do caráter programático atribuído ao artigo 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos, bem como é possível ao Judiciário determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, tratando-se de obrigação solidária dos entes federativos<sup>636</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 820.910, a Corte reiterou jurisprudência firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. Assentou a obrigação solidária dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na situação concreta, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. No que toca aos limites orçamentários, entendeu o Pretório

---

<sup>632</sup> Nesse sentido: ARE 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 12-9-2000; RE 236.200, Rel. Min. Maurício Correa; RE 247.900, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 264.269, Rel. Min. Moreira Alves; RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>633</sup> STA 761 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 7-5-2015.

<sup>634</sup> SL 815 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 7-5-2015.

<sup>635</sup> ARE 879204 AgR. Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 28-4-2015.

<sup>636</sup> AI 810864 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, j. 18-11-2014.

Excelso que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode ser furtar à observância de seus encargos constitucionais. Ao final, reconheceu a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização das políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não havendo violação do princípio da separação dos poderes, porquanto não se trata de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro, restando desprovido o agravo regimental<sup>637</sup>.

A Corte, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 799.400, reconheceu o fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes, sendo dever constitucional do Estado e responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal Brasileiro. Cuidava-se, na hipótese, da necessidade de paciente oncológico continuar a receber medicação, com disponibilização de verba pública, mediante apresentação de nova receita médica a cada três meses<sup>638</sup>.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 554088, o STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, referentes ao ingresso de demanda em juízo objetivando o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal<sup>639</sup>.

### 5.5.1.3 Assistência à saúde da criança e do adolescente

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745745, sobre a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, o Supremo Tribunal Federal ressaltou o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. Destacou que a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público. Assinalou o caráter cogente das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas,

---

<sup>637</sup> RE 820910 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, j. 26-8-2014. No mesmo sentido: RE 607381 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 31-5-2011 (solidariedade passiva entre os entes federados no direito à saúde – fornecimento de medicamentos); RE 368564. Rel. Min. Menezes Direito. Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 13-4-2011; RE 607381 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 31-5-2011 (solidariedade dos entes públicos no fornecimento de medicamentos); RE 368564. Rel. Min. Menezes Direito. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 13-4-2011.

<sup>638</sup> ARE 799400 ED. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 24-6-2014.

<sup>639</sup> RE 554088 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 3-6-2008.

especialmente na área da saúde. Diante de um quadro de “escolhas trágicas”, a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo de juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito. Afirmou, ainda, a legitimidade da fiscalização judicial da omissão do Poder Público com a adoção de certos parâmetros constitucionais: a) proibição de retrocesso social; b) proteção ao mínimo existencial; c) vedação da proteção insuficiente; e d) proibição do excesso. No caso concreto, consoante assinalado pelo Tribunal *a quo*, restou comprovada a inexistência de rede municipal de assistência à pessoa com deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo capaz de atender a demanda do Município de Belo Horizonte/MG<sup>640</sup>.

#### 5.5.1.4 Atendimento materno-infantil

Mediante o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581352<sup>641</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, enfrentou o tema referente à ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, em face do dever estatal de assistência materno-infantil. Assinalou o Relator, Ministro Celso de Mello, que no caso estava configurada situação de omissão inconstitucional imputável ao Estado-Membro. Diante da decisão desfavorável do Tribunal de Justiça de Amazonas, a origem, o Ministério Público, em sede recursal extraordinária, destacou a transgressão aos preceitos inscritos nos arts. 129, inciso II, 196, 197 e 227, todos da Constituição da República.

Os argumentos centrais da decisão do Relator foram os seguintes: a) a *essencialidade do direito à saúde*; b) a *legitimidade para a atuação do Ministério Público* em defesa dos direitos e interesses metaindividuais, cumprindo-lhe a posição eminente de verdadeiro

---

<sup>640</sup> ARE 745745, AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 02-12-2014.

<sup>641</sup> RE 581352 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 29-10-2013. A sentença de primeiro grau ressalta que “todos os estabelecimentos de saúde pública ou conveniados com o SUS – Sistema Único de Saúde – são obrigados a prestar atendimento às gestantes, crianças e adolescentes, dando-lhes tratamento especial e adequado, procedendo a exames, diagnósticos e terapêutica recomendados, bem como prestar orientação aos pais, sobre anormalidades detectadas em seus metabolismos. Como vemos, a presente Ação Civil Pública visa, objetivamente, resgatar a ofensa a direitos das parturientes e neonatos, que por negligência e falta de estrutura hospitalar da rede de saúde pública do Estado, o qual vem incorrendo na oferta irregular no atendimento público na área da saúde, conforme constam das irregularidades apontadas na Exordial de fls. 01/30. É patente a dificuldade de acesso, atendimento e serviços na saúde pública. Pois, os pacientes percorrem longos e tortuosos caminhos em busca da recuperação de sua saúde e, na maioria das vezes, têm encontrado obstáculos quase que intransponíveis, em detrimento aos seus direitos fundamentais”. Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Amazonas, na origem, em decisão reformada pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu no sentido de que não cabe ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender, sob pena de violação ao princípio da separação das funções estatais e a iniciativa do Executivo quanto aos projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas (arts. 165 e 167 da Constituição Federal).

“defensor do povo”, bem como a viabilidade da ação civil pública no caso em tela; c) o precedente decorrente do julgamento da ADPF 45/2004, Rel. Min. Celso de Mello; d) a *dimensão política da jurisdição constitucional, devendo o Supremo Tribunal Federal zelar pelo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração ou dimensão – com as liberdades positivas, reais ou concretas*; e) a *inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público (inconstitucionalidade por omissão)*; f) a *limitação ordinária às funções institucionais do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a atribuição de formular e de implementar políticas públicas reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo*; g) a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que *excepcionalmente*, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos responsáveis, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional; h) *o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como limitação à discricionariedade administrativa*; i) quanto ao tema da *reserva do possível*, entendeu-se que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, devendo o ente público comprovar, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira, a fim de que não seja criado obstáculo artificial em prejuízo dos cidadãos e das condições materiais mínimas de existência. Em suma, a *cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*; j) a saúde reveste-se de típico direito de *prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta*; k) o dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Constituição, 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, em qualquer dimensão institucional*; l) a tensão dialética decorrente das “*escolhas trágicas*”, ou seja, *entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros (problema de justiça*

*distributiva e de alocação de recursos públicos*); m) o direito à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, cumprindo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar; n) o caráter programático da regra do artigo 196 da CF/88 não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente; o) o papel do Poder Judiciário de suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais; p) a incidência do princípio da proibição do retrocesso como parâmetro constitucional, em tema de direitos fundamentais de caráter social; q) o cabimento das astreintes às pessoas jurídicas de direito público. Assim, foi negado provimento ao agravo, mantendo-se, em consequência, a decisão proferida em sede de recurso extraordinário.

### **5.5.2 Direito à educação**

No que se refere ao direito à educação, o STF tem precedentes em relação ao direito à educação especial, entendendo inaplicáveis a teoria da reserva do possível e a separação dos poderes. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente, isto é, mediante detalhamento orçamentário<sup>642</sup>.

O tema da educação de deficientes auditivos também foi alvo de apreciação pelo STF, asseverando a Corte a legitimidade da intervenção jurisdicional para a contratação de professores especializados em Libras. Entendeu o Supremo no sentido da constitucionalidade e da convencionalidade das políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência na sociedade. Afirmou-se, ainda, a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível na hipótese, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados, bem como que o princípio da separação de poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, em face do inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional<sup>643</sup>.

Mediante o ARE 891418, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução de adaptações em escola pública visando à acessibilidade das pessoas com deficiência física e mobilidade reduzida não viola o princípio da Separação de Poderes, na esteira da jurisprudência da Corte<sup>644</sup>.

---

<sup>642</sup> ARE 875333 ED. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 28-4-2015.

<sup>643</sup> ARE 860979 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 14-4-2015.

<sup>644</sup> ARE 891418, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 30-6-2015.



Há precedente em relação à obrigação do Estado contratar monitor de atendimento especial, sem que haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, sendo que o tribunal de origem, em análise da questão probatória, afirmou que os laudos médicos acostados aos autos e os pareceres elaborados pelas professoras da criança “atestam firmemente suas dificuldades e limitações no ambiente escolar, bem como a necessidade imprescindível de ser acompanhado por profissional especializado, uma vez que é uma criança especial”<sup>645</sup>.

Na área do direito social à educação, a implementação de política pública consistente na obrigação de fazer – reforma de escola em situação precária – também foi analisada pelo STF, o qual negou provimento a agravo regimental, afirmando tal possibilidade. No caso, o Supremo entendeu que a decisão da Corte de origem não avança sobre as competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Admitiu-se a intervenção excepcional do Poder Judiciário na adoção de providências necessárias de ser determinadas aos entes administrativos estatais, sobretudo quando de cuidar de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança, impossível de ser usufruída pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente<sup>646</sup>.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.102, a Corte debruçou-se sobre o tema da vinculação de receitas tributárias a setores da política educacional, no caso a vinculação de 35% da receita de impostos do Estado do Rio de Janeiro, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público, incluídos os percentuais referentes à UERJ (6%) e à FAPERJ (2%), com a destinação de um percentual mínimo de 10% para a educação especial. Entendeu-se que são inconstitucionais normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação do art. 167, inc. IV, da Constituição da República, e restringirem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Ainda, julgou o Colegiado que as restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. A ação foi julgada parcialmente procedente<sup>647</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 769977, debateu o STF sobre o direito à educação, mais especificamente de um centro de educação em condições precárias,

---

<sup>645</sup> ARE 838816 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 03-02-2015.

<sup>646</sup> RE 850215 AgR. Rel. Ministra Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 7-4-2015.

<sup>647</sup> ADIN 4.102, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 30-10-2014.

admitindo-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, sem violação ao princípio da separação dos poderes. Assim, negou-se provimento ao agravo regimental<sup>648</sup>.

Em relação à deterioração das instalações de instituição pública de ensino, o Supremo reconheceu a garantia do direito à educação básica e a possibilidade de o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para a garantia de direitos constitucionalmente assegurados (construção de nova escola e contratação de vigia), sem que isso implique violação ao princípio da separação dos Poderes. Foi negado provimento ao agravo regimental<sup>649</sup>.

Mediante o Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 809.018, debateu o Supremo Tribunal Federal a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública voltada à implementação de políticas públicas, no caso, a condenação do Estado de Santa Catarina à reforma de estabelecimento de ensino. Afirmou a Corte a legitimidade do Ministério Público para requerer, em juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, a fim de concretizar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos na Constituição Federal, bem como a possibilidade de fiscalização judicial de políticas públicas, em bases excepcionais, para assegurar os direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso implique em violação ao princípio da Separação de Poderes. Não obstante colha-se a notícia de que o caso cuidou de reforma de estabelecimento de ensino – em razão de transcrição de trechos da decisão do Tribunal *a quo*, a ementa do acórdão do STF faz menção ao acesso à saúde, de maneira que a argumentação reiterada, vez por outra, pode prejudicar a faticidade do caso concreto como parâmetro hermenêutico. Foi negado provimento ao agravo regimental<sup>650</sup>.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 635.679, de relatoria do Min. Dias Toffoli, em relação à melhoria da qualidade do ensino público, tendo sido manejada, na origem, ação civil pública pelo Ministério Público, pleiteando a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento das normas que regulam o serviço público de ensino, de modo que este seja prestado com qualidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que compete ao Judiciário, em situações excepcionais, a

<sup>648</sup> ARE 769997 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 28-10-2014.

<sup>649</sup> ARE 761127 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, j. 24-6-2014. Consta do acórdão a parte da fundamentação do Tribunal *a quo*: “Há provas irrefutáveis da inadimplência do Estado em oferecer condições mínimas dignas ao desenvolvimento pleno educacional das crianças e adolescentes em idade escolar da pequena Comunidade de Cojubim, no Município de Pracuúba, máxime quando, ciente das flagrantes precariedades do ambiente físico onde se tenta desenvolver as atividades educacionais, o ente estatal nada fez”.

<sup>650</sup> AI 809018 AgR. Rel. Min Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 25-9-2012.

determinação ao Poder Público das medidas assecuratórias dos direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, afastando a tese consistente na violação ao princípio da Separação de Poderes<sup>651</sup>.

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 770, o Supremo Tribunal Federal afirmou ser possível a intervenção jurisdicional para determinar a Município que disponibilize vagas a crianças de 0 a 5 anos em creche da rede pública ou particular próxima à residência ou ao local de trabalho dos responsáveis legais, com a determinação alternativa para fornecimento de transporte público caso não seja possível matricular o infante em creche próxima ao local de trabalho ou à residência dos responsáveis legais. Não restou comprovado, no caso, o risco de lesão à ordem e à economia públicas<sup>652</sup>.

Mediante o ARE 639337, de relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal afirmou a obrigatoriedade de o Poder Público promover o atendimento à educação infantil em creche e em pré-escola em favor de crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência. Invocou o relator a proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais. Assentou a Corte, ainda, que a noção do mínimo existencial resulta implícita de preceitos constitucionais (artigo 1º, inciso III e artigo 3º, inciso III), compreendendo um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna. Cabível, também, a legitimidade jurídica da imposição de *astreintes* ao Poder Público (artigo 461, § 5º, do CPC). A Corte desproveu o agravo regimental<sup>653</sup>.

Em relação ao problema do analfabetismo, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 1.689, na qual foi alegada a inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no país e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. A Corte valeu-se de dados do IBGE

---

<sup>651</sup> ARE 635679 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 6-12-2011.

<sup>652</sup> No caso em tela, mereceu destaque, ainda, a observação do Procurador-Geral da República: “Há ordem ao Município, assim, desde 2 de outubro de 2012, quando proferida sentença na primeira ACP, o que enfraquece sobremaneira o argumento de violação à programação orçamentária do ente e da exiguidade do prazo para cumprimento. A nova determinação delimita, apenas, os locais em que deverão ser as vagas disponibilizadas, com a possibilidade de, inexistentes tais vagas, o Município oferecer serviço de transporte a quem dele necessite. Relevante notar que o sistema de transporte escolar já existe, como noticiado pelo requerente, sendo necessário apenas adaptá-lo para atender à nova demanda de crianças, se preciso for, o que, certamente – e não o demonstrou concretamente o Município –, não ensejará gastos pesados a ponto de desequilibrar as finanças do ente e, com isso, autorizar a suspensão de ordem emanada de juízo competente”. SL 770 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 5-3-2015. No mesmo sentido, em relação ao direito à vaga em estabelecimento de educação infantil: RE 595595 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 28-4-2009.

<sup>653</sup> ARE 639337 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 23-8-2011. No mesmo sentido: RE 464143 AgR. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, j. 15-12-2009; RE 410715 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 22-11-2005.

que demonstram a redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Destacou a ausência de omissão do Chefe do Poder Executivo em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi julgada improcedente. Todavia, vale referir que a ação foi ajuizada em 29 de outubro de 1997 e julgada em 25 de fevereiro de 2010, sendo que, ao tempo do ajuizamento da demanda, mais de 32 milhões de brasileiros não sabiam ler ou escrever, segundo o IBGE, dados que não mais vigoram. Por outro lado, reconheceu que há um problema gravíssimo no Brasil referente à matéria, mas não demonstra inércia, uma inação ou omissão nos termos constitucionalmente estabelecidos. Votou divergente o Min. Marco Aurélio, por entender que a circunstância de se observar o piso, que se mostra no grande todo o mínimo, previsto na Carta da República não conduz a assentar que não há omissão do Poder Público. Ora, se há um problema gravíssimo, conforme assentou a relatora, entendeu a questão deveria ter sido dirimida no sentido da procedência da demanda, ou, ao menos, no sentido da omissão parcial, haja vista que o piso não pode ser confundido com o teto, tampouco o Supremo pode afirmar que os programas governamentais, por si só, tenham colmatado a omissão inconstitucional, em um sentido de integridade da decisão jurídica democrática voltada ao cumprimento dos objetivos da República, a partir do acesso ao direito fundamental à educação<sup>654</sup>.

Diante da carência de professores em unidades de ensino público, configurada a omissão administrativa, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário 594018, que a educação é direito fundamental e que compete ao Judiciário, em bases excepcionais, o controle jurisdicional de políticas públicas, a fim de não comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais de estatura constitucional. O agravo regimental foi desprovido pela Corte<sup>655</sup>.

### 5.5.3 Direito ao trabalho

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 32.732, debruçou-se o Supremo Tribunal Federal sobre o tema do acesso às vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência. No caso, tratava-se de candidata que apresenta encurtamento de 2,73cm no membro inferior direito, sendo que o Tribunal Superior

---

<sup>654</sup> ADINO 1689. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 25-02-2010.

<sup>655</sup> RE 594018. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 23-6-2009. No mesmo sentido, quanto à fundamentalidade do direito à educação e o controle jurisdicional de políticas públicas: AI 664053 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma do STF, j. 3-3-2009.

do Trabalho exigiu a demonstração de que a deficiência acarretasse dificuldades para o desempenho da função. O entendimento do TST, todavia, não prevaleceu no Supremo, o qual adotou uma hermenêutica que privilegia a pessoa humana, destacando que o tratamento diferenciado em favor das pessoas com deficiência no acesso ao serviço público, com a reserva de até 20% das vagas oferecidas no concurso, tem suporte legitimador no art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal. A razão de ser do texto constitucional objetiva “compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável”. Houve a expressa alusão, ainda, à Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York (2007) e incorporada, formalmente, ao plano do direito positivo interno brasileiro pelo Decreto n.º 6.949/2009, e que tem hierarquia e eficácia constitucionais. A aplicação da norma mais favorável à pessoa com deficiência está em consonância com o artigo 7º, n.º 7, c/c o artigo 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sendo destacados, no contexto do caso concreto, os seguintes princípios: a) dignidade das pessoas; b) autonomia individual; c) plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) respeito pela alteridade e pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência, sem qualquer discriminação, como valores inerentes à diversidade humana; e) igualdade de oportunidades. A decisão promoveu um diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, mediante uma hermenêutica que leva em conta o princípio da norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário<sup>656</sup>.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 590415, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 152 da repercussão geral, fixou a tese de que a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado<sup>657</sup>.

---

<sup>656</sup> RMS 32732 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 3-6-2014.

<sup>657</sup> RE 590415, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30-4-2015. No caso, o STF sufragou o entendimento de que o direito coletivo do trabalho diferencia-se do direito individual, sendo que não se verifica a assimetria das relações entre empregado e empregador no âmbito das negociações coletivas entre sindicato e empresa, destacando-se, ainda, a incidência do princípio da boa-fé objetiva e do *pacta sunt servanda*. Por outro lado, vale salientar que, em determinados casos, as deliberações sindicais destoam da proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, em razão de interesses políticos, sendo que o Poder Judiciário deve garantir os direitos fundamentais sociais no âmbito das relações trabalhistas (irrenunciabilidade de direitos). Destaque-se, ainda, a Súmula 330 do TST, a qual refere que: “**Quitação. Validade.** A quitação passada pelo empregado, com a assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às

Mediante o Agr. Reg. no Recurso Extraordinário 599166, o STF entendeu que cabe à legislação infraconstitucional, observadas as regras de competência de cada ente federado, a disciplina da extensão dos direitos sociais contidos no artigo 7º da Constituição Federal a servidores públicos. No caso, policial militar do Estado de São Paulo pretendia o recebimento do adicional de periculosidade, sendo que a Corte votou pelo desprovimento do agravo regimental. Percebe-se que, em relação aos servidores contratados temporariamente, a Corte tem reconhecido a extensão dos direitos sociais, o que denota a ausência de coerência de princípio no precedente, em especial o princípio da igualdade material<sup>658</sup>.

A Corte tem precedente, inclusive, no sentido de que não caberia a análise de legislação infraconstitucional, em caso envolvendo contratação temporária, sustentando que as alegações de contrariedade aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, podem configurar apenas ofensa indireta à Constituição. A tese veiculada, em realidade, traz em seu bojo uma jurisprudência defensiva que procura filtrar o acesso ao Supremo Tribunal Federal, o que pode prejudicar os direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, porquanto a análise do Direito deve levar em conta a sua organicidade e o complexo de regras e princípios.

Quanto ao transporte escolar, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agr. Reg. no Recurso Extraordinário 803575, decidiu no sentido de que a educação é direito fundamental e indisponível, cumprindo ao Executivo o transporte de alunos da rede estadual de ensino, sendo cabível a fiscalização judicial diante da omissão administrativa lesiva ao direito fundamental. No caso, o Ministério Público ingressou com ação civil pública objetivando compelir Estado-membro a repassar verbas necessárias ao Município de Benedito Novo para o transporte de alunos da rede estadual de ensino<sup>659</sup>.

No tema do direito de greve dos servidores públicos, houve uma evolução hermenêutica do instituto do mandado de injunção, afastando-se o STF da teoria abstrata rumo à teoria concretista, a fim de conferir efetividade ao remédio constitucional.

No julgamento dos Mandados de Injunção 712, 708 e 670, sobre a greve dos servidores públicos, houve uma significativa evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal

---

parcelas expressamente consignadas no recebido, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação”.

<sup>658</sup> RE 599166 AgR. Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma do STF, j. 31-5-2011.

<sup>659</sup> RE 603575 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 20-4-2010.

Federal em torno da matéria<sup>660</sup>, de modo que a Corte entendeu que se mostrava viável a aplicação das Leis 7.701/88 e 7.783/89, enquanto não suprida a omissão legislativa por parte do Congresso Nacional. O entendimento da Corte nos julgamentos foi de que não há violação ao princípio da Separação de Poderes, sendo de incumbência do Judiciário a produção da norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República<sup>661</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido da aplicabilidade dos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal ao servidor público contratado em caráter temporário, sendo-lhe assegurado, dentre outros direitos, o décimo-terceiro salário e terço de férias<sup>662</sup>. Foi reconhecida a repercussão geral no ARE 646000 em torno da matéria<sup>663</sup>.

Mediante a ADIN 4568, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal debateu o valor do salário mínimo, julgando improcedente o pedido veiculado na ação, por maioria, vencidos os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. A maioria sustentou que a exigência constitucional de lei formal para fixação do valor do salário mínimo está atendida pela Lei n. 12.381/2011, e que a utilização do decreto presidencial para a divulgação do valor nominal do salário mínimo de 2012 a 2015 não viola o comando constitucional previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República. Segundo o Tribunal Pleno, compete ao Presidente da República, exclusivamente, aplicar os índices definidos legalmente para reajuste e aumento e divulgá-los por meio de decreto, pelo que não há inovação na ordem jurídica nem nova fixação de valor. Os autores da ADIN sustentaram que o artigo 3º da Lei n. 12.382/2011 contrariaria o inciso IV do artigo 7º da Constituição, porque aí mencionado lei

---

<sup>660</sup> Com efeito, no Mandado de Injunção 107, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo firmou entendimento no sentido de que o Mandado de Injunção, em realidade, implicava na ciência ao legislador da omissão, sem qualquer possibilidade de interferência judicial, em um ativismo judicial em sentido conservador. Isso teve como resultado prático a fragilização do instituto do Mandado de Injunção, aproximando seus efeitos da decisão proferida em sede de fiscalização abstrata por omissão.

<sup>661</sup> MI 712. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 25-10-2007; MI 708. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25-10-2007; MI 670. Rel. Min. Maurício Correa. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25-10-2007.

<sup>662</sup> Ag. Reg. no RE 879.666, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 26-5-2015. No mesmo sentido - Extensão dos direitos sociais aos servidores contratados temporariamente, ver: ARE 676665 AgR-ED-AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 26-5-2015; ARE-AgR 663104, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T. STF, j. 28-02-2012; RE 599166; ARE 649393, Rel. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 22-11-2011; ARE 676665 AgR-ED-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 26-5-2015; RE 752206 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 29-10-2013; ARE 681356 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 28-8-2012; ARE 663104 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 28-02-2012; ARE 649393 AgR. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma do STF, j. 22-11-2011.

<sup>663</sup> ARE 646000, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 31-5-2012. O Tribunal Pleno reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada.

em sentido formal, o que seria incompatível com o decreto da norma questionada, em uma espécie de delegação de poderes para que o Executivo possa fixar o valor do salário mínimo, com exclusividade, sem manifestação do Congresso Nacional entre os anos de 2012 e 2015. A relatora entendeu que o decreto presidencial apenas prevê a apuração e a divulgação do novo *quantum* salarial, mediante os incides previstos no artigo 2º da Lei n.º 12.382/2011 (variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado e divulgado pelo IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste – artigo 2º, § 1º do diploma em comento). O Min. Luiz Fux entendeu que a crise da lei formal implica a necessidade de um diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo, sendo que, no caso, não houve violação ao regime constitucional para a edição de lei delegada, caracterizando-se o decreto como ato normativo de natureza secundária, diversamente do que se passa com a lei delegada. Sustentou, ainda, que o objetivo foi o de preservar o *status* constitucional da garantia do salário mínimo, cuja relevância foi proclamada no julgamento das ADINs 1439 e 1458<sup>664</sup>. Todavia, a decisão no caso, traz perplexidades diante da eventual violação ao princípio da reserva legal, que abrange a reserva do Parlamento (Separação de Poderes), conforme assentou o Min. Gilmar Mendes, em sua fundamentação:

[...] A significativa modificação, trazida pela Constituição de 1988, no tocante ao tratamento da forma de fixação do valor do salário mínimo, exigindo a aprovação de lei para tanto, ao contrário do que fizeram as constituições precedentes, implica uma evidente conclamação do Parlamento a manifestar-se sobre o tema.

Não se ignora que o dispositivo impugnado foi, por óbvio, aprovado pelo Congresso Nacional, e a lei em que está inserido fixou o valor do salário mínimo, delegando ao Poder Executivo, em princípio apenas o seu reajuste nos anos seguintes (2012-2015), a partir de índices prefixados, no que parte ter agido razoavelmente. Todavia, nesse passo, a Reserva de Parlamento traz consigo outras implicações que despertam alguma preocupação.

É que, ao delegar ao Poder Executivo a atribuição de fazer, por decreto, os reajustes anuais do salário mínimo, e excluir, pelo menos por um dado período de tempo, a deliberação congressional sobre o tema, a norma inquinada inviabiliza a participação da minoria parlamentar (oposição política) no debate sobre tema no qual a Constituição de 1988, inequivocamente, quis incluí-la.

<sup>664</sup> Todavia, mostra-se perceptível o desafio da Corte quanto ao tema das omissões inconstitucionais, haja vista que, no *leading case* da ADIN 1439, de relatoria do Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22-5-1996, a Corte, em que pese tenha afirmado o valor insuficiente do salário mínimo e a situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, concluiu que não assiste ao Supremo Tribunal Federal, em face dos limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente, bem como a impossibilidade de conversão da ADIN, por violação positiva da Constituição, em ADINO (violação negativa da Constituição). Reconhecendo a omissão estatal parcial diante da insuficiência do valor do salário mínimo, mas, ao mesmo tempo, a perda do objeto em face da revogação superveniente do ato estatal impugnado: ADI 1442. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 3-11-2004.



[...] Por essas razões, preocupa-me a prática de alijar o Parlamento da deliberação sobre a fixação do salário mínimo. Observo que o dispositivo impugnado no limite da constitucionalidade, de modo que me sinto obrigado a lançar um alerta sobre a amplitude e, portanto, sobre os limites desse tipo de delegação<sup>665</sup>.

No Recurso Extraordinário 658312, debateu-se a constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária e a recepção do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Constituição Federal de 1988. Entendeu a Corte que o princípio da igualdade não é absoluto, sendo necessária a verificação da correção lógica entre a situação de discriminação apresentada e a verificação do tratamento desigual. A Constituição estabeleceu alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: a) a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho, impondo ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas de natureza protetiva; b) a existência de um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; c) a existência de um componente social, qual seja, o fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente laboral – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. Durante os debates, percebe-se que o próprio Relator, Ministro Dias Toffoli admite que, no futuro, poderão existir razões de ordem política ou econômica que levam à revogação da norma, percepção compartilhada pelo Ministro Gilmar Mendes, que lança mão de um consequencialismo voltado à realidade fática, destacando a preocupação de a tarefa hermenêutica atentar ao contexto social, diante do cenário de outros países, citando o contexto europeu, sendo que é de incumbência do legislador fazer uma avaliação, tanto de uma perspectiva de análise de fatos legislativos, como de análise, eventualmente, de prognose. Já o Ministro Celso de Mello, partindo de argumentos de princípio, fundamentou seu voto em torno da observância do princípio da proibição do retrocesso social como parâmetro hermenêutico para o caso em tela, em atenção às conquistas dos direitos das mulheres no âmbito das relações trabalhistas<sup>666</sup>.

---

<sup>665</sup> ADIN 4568. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 3-11-2011.

<sup>666</sup> RE 658312. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27-11-2014. O julgamento foi anulado em sede de embargos declaratórios com efeitos modificativos, em razão da ausência de intimação dos atuais defensores do embargante, o que impossibilitou a realização de defesa oral na sessão de julgamento: RE 658312 ED. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 5-8-2015.

## 5.5.4 Direito à seguridade e à assistência social

### 5.5.4.1 A questão do benefício da assistência social às pessoas carentes e às pessoas com deficiência

Mediante a Reclamação 4374<sup>667</sup>, o Tribunal Pleno apreciou o tema do benefício da assistência social de um salário mínimo às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua familiar, nos termos do artigo 203, inciso V, da Constituição, em face do critério delimitador à renda familiar de até 1/4 do salário mínimo por pessoa (artigo 20, § 3º da Lei n.º 8.742/93), bem como diante da declaração de constitucionalidade da norma pelo STF no julgamento da ADIN n.º 1.232.

No julgamento da ADIN 1.231-DF, de 27-8-1998, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o critério previsto no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, isto é, o que considera incapaz de prover sua manutenção a pessoa ou a família “cuja renda *per capita* seja inferior de 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. Todavia, o relator, à época, sugeriu uma interpretação conforme a Constituição, a fim de que o critério previsto em lei não fosse o único capaz de comprovar a situação de pobreza, podendo o interessado utilizar-se de outros meios de prova em torno da incapacidade econômica. Prevaleceu, todavia, a solução lógica adotada pelo Ministro Nelson Jobim, entendendo que seria problema da lei a resolução do critério de pobreza.

Todavia, foi possível depreender que, do aporte de vários recursos extraordinários e de reclamações perante o Supremo Tribunal Federal, a solução positivista (positivismo exegético) adotada pela Corte no julgamento da ADIN 1.231 caracterizou uma espécie de ativismo judicial “às avessas” ou conservador, o qual não encontra eco na realidade social contemporânea, sobretudo diante das diversidades de situações e da amplitude e dos problemas socioeconômicos vivenciados no Brasil.

Em suma, a inadequação do critério adotado pela Corte, extremamente rígido, trouxe um quadro de insegurança jurídica, pois os juízes de primeira instância, os tribunais inferiores e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido da possibilidade de o interessado valer-se de outros meios probatórios para comprovar a situação de pobreza<sup>668</sup>.

---

<sup>667</sup> Rcl 4374. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18-4-2013.

<sup>668</sup> Nesse sentido, como bem destaca Rodriguez, “a inadequação da decisão do Supremo e do critério da referida lei, revelada pelos julgados das demais cortes, especialmente do STJ, parece sugerir que a caracterização da ‘pobreza’ ou da ‘baixa renda’ deveria ser deixada para o nível regulamentar, com flexibilidade e abertura

À hermenêutica importa não apenas o resultado alcançado pelo julgamento, mas também o percurso argumentativo do Tribunal, a partir dos fundamentos do acórdão proferido. Isso porque a ideia de *responsabilidade hermenêutica* deve levar em conta, sobretudo, a cadeia discursiva e a reconstrução da história institucional do Direito, à luz dos ideais de coerência, integridade e autenticidade.

Como ressalta Müller, ao diferenciar o texto e a norma jurídica, evidenciando a existência de elementos “normativos” e “empíricos” no âmbito da aplicação e fundamentação do direito:

o teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (com amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). [...] No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos ‘normativos’ e ‘empíricos’ do nexo de aplicação e fundamentação do direito, que decide o caso no processo da aplicação prática do direito, provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos<sup>669</sup>.

Dá que o debate da Reclamação 4374 inovou em algumas questões: 1) conhecimento da reclamação, mesmo diante do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, por maioria de votos; 2) a utilização da reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato: assim, é no “juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da

---

suficiente para a avaliação do contexto e da individualidade dos possíveis beneficiários da política pública. Ademais, como já visto, as características da pobreza e os efeitos da política adotada que estão pressupostos na lei ora em debate são extremamente complexos e deveriam ser objeto de um procedimento de interpretação aberto para melhor aferição. O Supremo deveria ter esgotado todos os meios técnicos existentes para caracterizar a pobreza, além de franquear a participação de terceiros, por exemplo, com a realização de audiências públicas. Tais fatos deveriam ser levados em conta na elaboração de qualquer projeto que trate deste tema. Nesse caso, a postura textualista do STF tem sido incapaz de bloquear a necessidade social de argumentar sobre o problema e buscar soluções específicas para cada tipo de caso”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 227-8.

<sup>669</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-9.

reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”. Poderá, inclusive, “ir além superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição”; e 3) processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/93: O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, “passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos”, diante da ocorrência do processo de “inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”.

Destacou, ainda, a Corte a necessidade da adoção de técnicas hermenêuticas de perfil aditivo (decisões aditivas), em face da omissão inconstitucional parcial, bem como a incidência do princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, em face do critério rígido empregado pelo legislador, em dissonância com as diversidades geográficas, sociais e econômicas brasileiras.

A decisão foi no sentido da declaração de nulidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 20, §3º, da Lei n.º 8.742/1993, sendo que reclamação do INSS julgada improcedente, valendo-se o STF do “apelo ao legislador” para que modificasse o critério previsto na Lei Orgânica da Assistência Social. No mesmo sentido, a Corte se pronunciou no julgamento do RE 567985<sup>670</sup> e do RE 580963<sup>671</sup>.

Sem embargo, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e os Juizados Especiais Federais, a concessão de benefícios sociais de prestação continuada, mediante a adoção de critérios judiciais para a definição da pobreza, afastando o critério objetivo previsto em lei,

---

<sup>670</sup> Vale destacar, todavia, que o Ministro Marco Aurélio, em seu voto proferido no RE 567985 lança mão do critério da “derrotabilidade” ou da ponderação de regras, havendo o afastamento da referida regra para o caso, consoante se depreende da fundamentação do acórdão. Afirmou o seguinte: “Portanto, diferentemente da ponderação de princípios, que envolve o conflito entre dois valores materiais, a ‘derrota’ de regras (ou ponderação de regras, para os que assim preferem) exige do intérprete que sopesse não só o próprio valor veiculado pelo dispositivo como também os da segurança jurídica e da isonomia” (RE 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18-4-2013). No corpo do acórdão, colhe-se, ainda, do voto do Min. Ricardo Lewandowski, uma adesão a uma espécie de ativismo judicial pautado em razões de pragmatismo consequencialista, de viés econômico, sustentando que “nessa crise mundial econômica que estamos vivendo, a primeira vítima é sempre a previdência social dos países, quer sejam eles desenvolvidos, quer sejam subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. O que está ocorrendo é que realmente – e nós vemos isso no mundo todo – os benefícios previdenciários são os primeiros a serem cortados. E nós vivemos uma crise mundial que está se aproximando, lamentavelmente, do nosso País. E há um fenômeno demográfico interessante, está havendo uma mudança no perfil demográfico no sentido de que há o aumento de pessoas idosas, sobretudo nos países avançados, mais desenvolvidos economicamente e em desenvolvimento. Isso está acontecendo no Brasil também [...]”.

<sup>671</sup> RE 580963. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18-4-2013.

fez com que, em expressiva quantidade de casos, a judicialização da política se transformasse em ativismo judicial, gerando insegurança jurídica, o que é problemático.

#### 5.5.4.2 A contribuição dos inativos e críticas à concepção de “sustentabilidade”

Em relação à contribuição dos inativos, o STF, no julgamento da ADI 3128 e da ADI 3105 (reforma previdenciária promovida pela EC 41/2003), decidiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária em face das aposentadorias e pensões dos servidores públicos, reputando a obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais da universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Na reforma previdenciária promovida pelo governo federal, houve a criação de uma contribuição previdenciária dos servidores públicos, a partir de argumentos de política econômica, violando a integridade da decisão jurídica constitucional.

Dessa maneira, veja-se que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de fundamentar as decisões a partir de argumentos de princípio, salientando-se a incidência do princípio da proibição do retrocesso social, invocou a Corte razões metajurídicas de política e de econômica (“não há direito adquirido a uma não hipótese de não-incidência tributária”, entre outros argumentos), para decidir pela constitucionalidade da medida governamental aplicada, em detrimento dos inativos, justamente a parcela da população dos servidores públicos que, em razão da idade e da doença, necessitam do recebimento de seus proventos sem qualquer tipo de contribuição adicional.

Isso porquanto o sistema previdenciário é um sistema essencialmente contributivo, sendo que não pode haver tributação confiscatória, de modo que a “contribuição de sustentabilidade” proposta pelo governo não tem natureza tributária, em realidade, razão pela qual não poderia alcançar aqueles que, ao longo de uma vida, cumpriram com boa-fé objetiva as regras do jogo (*fair play*)<sup>672</sup>.

---

<sup>672</sup> ADIN 3128. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel p/ acórdão Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, j. 18-8-2004; ADIN 3105. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel p/ acórdão Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, j. 18-8-2004. Nesse sentido, os precedentes destoam da orientação do STF firmada na ADIN 2010 MC, de relatoria do Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 30-9-1999, na qual a Corte entendeu que a contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos implicava em tributação confiscatória, cumprindo ao STF o papel de guardião da Constituição. Veja-se que nem mesmo o Tribunal Constitucional Português em sua jurisprudência forjada em período de crise (2009/2014) admitiu a validade da “contribuição de sustentabilidade” dos inativos, diante da indeterminação temporal da medida governamental.

### 5.5.4.3 Aposentadoria especial dos servidores públicos

Mediante o Mandado de Injunção n.º 3983, o Supremo Tribunal Federal debateu o tema da aposentadoria especial dos servidores públicos, reconhecendo a necessidade de atuação normativa da União para a edição de norma regulamentadora de caráter nacional, citando o precedente do MI 1.832. Afirmou a Corte que, em sede injuncional, o STF exerce a função de garantir a eficácia da Constituição Federal, reconhecendo um direito nela previamente definido (artigo 40, § 4º, da Constituição), sem se substituir ao Poder Legislativo, o qual, no momento de edição da norma *in abstracto*, terá em conta a administração financeira do Estado e as políticas públicas adequadas para uma melhor realização do orçamento, fixando a fonte de custeio e restabelecendo o equilíbrio atuarial do sistema. Foi negado o agravo regimental manejado pelo Município de Campinas/SP, em face de servidora pública municipal. As razões do agravante foram as seguintes: a) impacto no sistema previdenciário; b) custeio da aposentadoria especial; c) reserva orçamentária; d) violação ao princípio da Separação de Poderes. Na fundamentação do *decisum*, a Corte sublinhou a lacuna legislativa – no caso, a regulamentação do direito previsto no artigo 40, § 4º da Constituição –, tendo o Plenário reconhecido a necessidade de atuação normativa da União (MI 1832. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18-5-2011). Além disso, a elaboração de normas para um caso concreto via decisão em razão da ausência de lei municipal autorizadora do benefício agravado não afronta os artigos 195, §5º e 169 da CF/88<sup>673</sup>.

### 5.5.5 Direito à moradia

No que tange ao direito de moradia, o STF reconheceu o direito ao aluguel social no caso de residência interdita pela Defesa Civil, em virtude de Termo de Compromisso e de solidariedade entre os entes federativos, com base na Lei do Município de Niterói n.º 2.425/2007, afastando os argumentos consistentes na teoria da reserva do possível e na separação dos poderes. Nesse sentido, em relação à teoria da reserva do possível, a “jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende inaplicável por injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado”, o que torna possível a intervenção judicial, “pois não se trata de inovação na ordem jurídica, mas apenas determinação de que o Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. Assentou a Corte, ainda, a possibilidade de “controle jurisdicional na espécie, tendo em vista

---

<sup>673</sup> MI 3983. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19-9-2013.

a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas”<sup>674</sup>.

Mediante o Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 634.643, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal debateu o tema da fiscalização judicial de políticas públicas, em sede de ação civil pública, voltada à criação de vagas em abrigos para moradores de rua. Entendeu a Corte que não ofende o princípio da Separação de Poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. No caso, o agravo desafiava decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário manejado pelo Município do Rio de Janeiro, em face de acórdão do Tribunal estadual que manteve sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública para a criação de 65 vagas em abrigos do Estado para moradores de rua. A Corte destacou que o Ministério Público indicou concretamente a situação lesiva causada pelo Município, assinalando a relevância social da questão debatida nos autos, “uma vez que se trata de grave situação dos moradores de rua e da garantia de atendimento em abrigos a famílias e pessoas carentes desprovidas do elementar direito à moradia”. Portanto, o agravo regimental foi desprovido pelo Tribunal<sup>675</sup>.

#### 5.5.5.1 A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 407.688-8<sup>676</sup>, o STF reconheceu, por maioria, a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n.º 8.009/90, que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação.

A questão controvertida cingiu em saber *se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais.*

O relator, Ministro Cezar Peluso, entendeu que, embora o direito à moradia seja suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, sua dimensão objetiva supõe previsão legal de *prestações aos cidadãos*, de tal maneira que são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia.

<sup>674</sup> Ag. Reg. no RE com Agravo 855.762, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 19-5-2015.

<sup>675</sup> RE 634643 AgR. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma do STF, j. 26-6-2012.

<sup>676</sup> Recurso Extraordinário n.º 407.688-8, Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08-02-2006.

Sustenta que o direito social de moradia não se confunde com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel*, sendo que norma jurídica pode implementá-lo mediante o incremento de “oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”.

Aderindo a uma argumentação pautada em razões de economia, afirma que um dos *fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel.*

A linha de entendimento do relator foi acompanhada pela maioria da Corte, à exceção dos Ministros Carlos Ayres Britto e Eros Grau. Os votos vencidos encampam justamente a tese em torno do direito social de moradia.

A esse respeito, o Ministro Eros Grau, tecendo uma fundamentação calcada no princípio da igualdade, argumenta que, se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o objetivo de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Na sequência, deixa clara sua posição no sentido de que não está se apegando “à lógica do mercado” no seu voto, mas sim, ao que diz a Constituição. Ainda, ao criticar a ideia subjacente de “normas programáticas”, assinala que “a Constituição do Brasil vincula do legislador”. Vale trazer à colação o seguinte trecho de seu voto:

[...] Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto refere que, a partir das qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, “entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de locação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair”.



Invocando a fundamentalidade do direito social de moradia, como uma necessidade básica da pessoa, o Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau. Afirma a incongruência do tratamento conferido pelo legislador ao fiador e ao locatário, destacando que, o fiador sofre, nos termos da exceção legal do inciso VII do artigo 3º da Lei n.º 8.009/90, a incidência do vínculo da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação de devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente. Destaca, em seu voto, que o direito à moradia “qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração”, cuja essencialidade também é “proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu”, citando, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (artigo 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

#### **5.5.6 Controle jurisdicional de políticas públicas**

Mediante o ARE 883347 AgR, a Primeira Turma do STF assentou a validade da intervenção do Poder Judiciário em hipóteses excepcionais de omissão dos entes federados em cumprir a execução de políticas públicas. No caso, a Corte decidiu que não restou configurada ilegalidade ou omissão estatal, sendo que o recurso não atacou todos os fundamentos da decisão atacada (ausência de prequestionamento), razão pela qual foi conhecido e desprovido. Na origem, tratava-se de ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, sustentando a existência de risco iminente de deslizamento e escorregamentos geológicos em área habitada, sendo que, em sede recursal, o Tribunal de Justiça respectivo, no acórdão recorrido, fundamentou o processo de tomada de decisão no relatório de campo realizado na Comunidade São Miguel Arcanjo, especificando a extensão das áreas nominadas como de baixo, médio e alto risco, bem como a quantidade de residências localizadas nestas áreas sujeitas a risco iminente. Referiu, ainda que o Município do Rio de Janeiro promoveu a instalação do “Sistema de Alerta Preventivo” e a implementação do procedimento de evacuação e abrigamento provisório, o que implicou no afastamento da tese de omissão estatal e da inércia do ente federativo que justificasse a intervenção judicial<sup>677</sup>.

---

<sup>677</sup> Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 883.347. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 23-6-2015.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 851393<sup>678</sup>, a Suprema Corte decidiu sobre o controle jurisdicional de políticas públicas voltadas à realização de obra de drenagem pluvial, entendendo que não havia disponibilidade orçamentária por parte do Distrito Federal, razão pela qual eventual intervenção judicial implicaria em violação ao princípio da Separação de Poderes, razão pela qual o recurso foi conhecido e desprovido. Sustentou que o Tribunal *a quo* apreciou a matéria à luz dos fatos e das provas constantes dos autos e que a apreciação do pleito recursal demandaria análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei n.º 11.445/2007 e Lei n.º 4.320/64), além do reexame do conjunto fático-probatório do processo. A questão suscitada pelo Ministério Público pode ser sintetizada nos seguintes termos: *é cabível ao Judiciário impor ao Executivo a realização de obrigação de fazer consistente na elaboração de obra de saneamento básico em razão do direito subjetivo à moradia digna e à saúde?*

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, no presente caso, destoou de sua jurisprudência no sentido da admissibilidade da intervenção judicial em sede de políticas públicas, ainda que em bases excepcionais, invocando o princípio da Separação de Poderes, a reserva orçamentária e a discricionariedade do Poder Público. Ora, a partir de uma concepção republicana de Separação de Poderes, tal como sustentada na tese, o Poder Executivo não dispõe de “escolhas” ao seu alvedrio, mas sim, deve adotar decisões administrativas em consonância com os direitos fundamentais sociais. A decisão do STF no caso em tela não leva em conta a omissão administrativa e a fundamentalidade dos direitos sociais à moradia digna e à saúde como critérios de sindicabilidade jurisdicional, implicando em uma espécie de ativismo de caráter conservador. Na prática, o *decisum* desconsidera a evolução jurisprudencial, em torno da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, pois o caráter programático não pode legitimar o descumprimento da Constituição, apontando para uma oscilação jurisprudencial em detrimento da cadeia do direito ou da concepção da jurisprudência como um “romance em cadeia” (Dworkin).

Por outro lado, mediante o julgamento dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 700.227, a Segunda Turma do STF, em questão relativa à implementação de políticas públicas (obras de saneamento, construção de condomínios habitacionais e de escolas à Administração Pública), posicionou-se no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais como a dos autos, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem

---

<sup>678</sup> Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 851.393. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 26-5-2015.

que isso configure afronta ao princípio da Separação de Poderes. Houve a conversão dos embargos de declaração em agravo regimental, negando-lhe provimento no recurso extraordinário<sup>679</sup>.

Já no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 799.217, o STF entendeu pela inviabilidade do Recurso Extraordinário para o revolvimento da prova, sendo que, no caso dos autos, o Tribunal *a quo* assentou o dever do Município de Natal e da Companhia de Águas e Esgotos do RN – CAREN de realizarem, em 12 (doze) meses, obras de implantação de sistema definitivo de drenagem de águas pluviais, em especial diante da omissão dos órgãos públicos responsáveis em adotar políticas públicas destinadas a atender os direitos fundamentais sociais (saúde e meio ambiente equilibrado)<sup>680</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840712, foi suscitado o tema da atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, destacou o Ministro-Relator a existência de Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário 684.612, determinando-se o envio do processo ao Tribunal Regional de origem, para evitar decisões conflitantes e estabelecer a segurança jurídica. No caso do RE 684.612, debate-se política pública voltada à suficiência de profissionais na área da saúde, ao passo que no RE 840712, o tema discutido foi sobre a implantação de núcleo da Defensoria Pública da União, entendendo o tribunal *a quo* que tal pleito intentado pelo Ministério Público esbarraria no princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal. A repercussão geral pende de julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>681</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem admitindo a possibilidade de o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente estabelecidos sem que isto importe violação do princípio da separação de Poderes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes<sup>682</sup>.

---

<sup>679</sup> RE 700227 ED. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 23-4-2013. No mesmo sentido: RE 563144 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, j. 19-3-2013 (meio ambiente - demolição das construções em área pública e em desacordo com o projeto urbanístico). Como bem ressaltou a Procuradoria-Geral da República no caso, em trecho transcrito no acórdão, “admitir tese afastando a atuação administrativa de qualquer controle judicial redundaria em liberdade irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo supressão de normas constitucionais ou dispositivos legais, relegando seu cumprimento a plano secundário, a depender das prioridades estabelecidas pelo poder público, nem sempre coincidentes com o interesse coletivo que personifica e, assim, inidôneas a legitimar a discricionariedade na escolha dos motivos, oportunidade e conveniência, degenerando-se a simples arbítrio. Esta, por certo, não é a finalidade do art. 2º, da CF/88”.

<sup>680</sup> RE 799217 AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 25-6-2014.

<sup>681</sup> RE 840712 AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 25-11-2014.

<sup>682</sup> O caso envolvia, na origem, ação civil pública em relação à prestação estatal insuficiente na área de segurança pública do Município de Viadutos/RS. Ag. Reg. no RE com Agravo 845.393. Rel. Ministra Rosa

Em relação à inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes organizados e mantidos pela União, o Supremo Tribunal Federal tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade<sup>683</sup>.

---

Weber, Primeira Turma do STF, j. 19-5-2015. No mesmo sentido: AI 593676 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 28-02-2012, onde o debate travado no Tribunal *a quo* foi em relação à recuperação da praia do gasômetro, no Município de Porto Alegre, RS, bem como sua interdição enquanto não procedidas obras necessárias – construção de estações de tratamento de esgoto da cidade como forma de preservação da saúde pública, provendo em parte o apelo do Município no sentido da razoabilidade da fixação do prazo de seis anos para a conclusão das obras, tendo sido afirmada a responsabilidade solidária do Estado e do Município decorrente de lei não afastada pela doação do terreno por parte do primeiro. O agravo regimental proposto pelo Município de Porto Alegre invocou a violação ao princípio da Separação de Poderes, sendo desprovido pelo STF em face de cumprir ao Poder Judiciário, “em situações excepcionais”, determinar à Administração Pública que adote “medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera do outro”; AI 708667 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 28-02-2012, onde se discutiu a omissão do Município de São Paulo que não retirou as moradias irregulares (famílias morando em áreas de risco, sem qualquer fiscalização do ente público), sendo que as medidas adotadas pela Municipalidade foram insuficientes para a correta solução da questão. Destacou o relator, na esteira do Tribunal *a quo*, que não se trata de substituição indevida do Poder Executivo pelo Judiciário, uma vez que “o próprio Município de São Paulo se teria comprometido formalmente com o Ministério Público do Estado de São Paulo, mediante ‘Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta’, a remover as famílias instaladas em áreas de risco de determinada região do Município, sendo certo que a ação civil pública movida, na origem, pelo MP busca a apenas o cumprimento integral do referido termo, ao qual a Municipalidade livremente se obrigou”. O agravo foi desprovido; AI 7500768 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 25-10-2011 (determinação ao Estado da Bahia no sentido da realização de cirurgia de gastroplastia por meio de videolaparoscopia a ser custeada pelo PLANSERV); AI 734487. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, j. 3-8-2010; RE 559646 AgR. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, j. 7-6-2011 (direito à segurança e implantação de políticas públicas); AI 734487 AgR. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, j. 7-8-2010 (direito à saúde, solidariedade passiva dos entes federados e fiscalização judicial de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja interferência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo); RE 367432 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 20-4-2010 (ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público buscando o provimento de cargos dos servidores da Secretaria de Segunça Pública do Estado do Paraná, com remissão à ADPF 45/2004, de relatoria do Min. Celso de Mello, sendo negado provimento ao recurso).

<sup>683</sup> Precedentes: AC 3031 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 30-6-2015; ACO 2067. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 23-6-2015; ACO 1934 AR-segundo. Rel. Min. Luiz Fux, j. 23-6-2015; ACO 2146 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 23-6-2015; ACO 2065 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 23-6-2015; AC 2692 MC-AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; AC 3505 MC-AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; ACO 1393 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; AC 2692 MC-AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; AC 3505 MC-AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; ACO 1393 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; AC 2355 AgR. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, j. 9-6-2015; ACO 2661 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13-5-2015; ACO 1123 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 7-5-2015; ACO 2032 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18-3-2015; AC 3327 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11-12-2014; ACO 2131 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11-12-2014; ACO 1822 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11-12-2014; ACO 1832 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 27-11-2014; ACO 1902 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 27-11-2014. ACO 1600 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 27-

Debateu-se a Corte sobre a possibilidade de o Ministério Público firmar Termo de Ajustamento de Conduta com Município, tendo por objeto a implementação de política pública, no caso, apresentação de projeto e realização de obras para saneamento básico e proteção do meio ambiente. Afirmou a Corte a essencialidade do direito ao meio ambiente, bem como a legitimidade da atuação do Ministério Público para a formalização e eventual execução de termo de ajustamento de conduta, visando à defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afastou a tese da violação ao princípio da separação de Poderes, cumprindo ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar a adoção, pelo Estado, quando injustamente omissivo no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais. Ressaltou que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais sociais qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Saliencia, ainda, a legitimidade da intervenção jurisdicional, sempre que se impuser, “nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito”, a necessidade de “fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”<sup>684</sup>.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 669635, o Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a intervenção jurisdicional no destacamento de servidores para a manutenção do funcionamento do regime de plantão em uma delegacia de polícia, e que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a

---

11-2014; ACO 1848. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 6-11-2014; AC 3521 MC-Ref. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 11-9-2014; AC 3389 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 1º-8-2013; ACO 2131 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18-4-2013; ACO 2057 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 21-02-2013; AC 2971 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15-12-2011; AC 2971 MC-REF. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15-12-2011; ACO 1889 MC-REF. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15-12-2011; AC 2939 MC-REF. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18-8-2011; AC 2893. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22-6-2011; AC 2895 MC. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22-6-2011; ACO 1534 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17-3-2011; ACO 1594 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 16-9-2010; ACO 1576 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 23-6-2010; AC 2578 MC-REF. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 7-4-2010; AC 2327. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 29-4-2009; ACO 1534 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17-3-2011; ACO 1594 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 16-9-2010; ACO 1576 TA-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 23-6-2010; AC 2579 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 7-4-2010; AC 2327 MC-Ref. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 29-4-2009; AC 2094 MC-REF. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 18-9-2009 (no sentido de que o enquadramento do Estado como inadimplente há de observar o devido processo legal, destacando a relevância do tema e risco de manter-se com plena eficácia o quadro ante a necessidade de obter financiamentos para a execução de políticas públicas); AC 1084 MC-QO. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 1º-6-2006.

<sup>684</sup> RE 796347 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 24-3-2015.

Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso implique em violação ao princípio da separação de Poderes<sup>685</sup>.

Ainda em relação ao direito à segurança, mediante o Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 628159, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a fiscalização judicial de políticas públicas, em hipóteses excepcionais, para assegurar os direitos constitucionalmente previstos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da Separação de Poderes. No caso, foram rechaçados os argumentos do Estado do Maranhão, no sentido da oportunidade e da conveniência do ato administrativo, bem como da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Executivo no exercício discricionário de suas atribuições, sendo que o agravo regimental foi conhecido e desprovido<sup>686</sup>.

No mesmo sentido, no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 810.410, a Corte Suprema apreciou questão referente ao direito fundamental à segurança – determinação para implementação de políticas públicas mediante o destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de adolescentes infratores. Entendeu o Tribunal que não houve violação ao princípio da Separação de Poderes. O Tribunal *a quo* decidiu no sentido de reconhecer a obrigação estatal de disponibilização de efetivo policial militar para a instituição, em razão do despolicimento. Assim, o agravo regimental interposto pelo Estado de Goiás foi desprovido<sup>687</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 696.077, debateu-se a implementação de políticas públicas e o direito à saúde, mais especificamente a obrigatoriedade de o Estado disponibilizar moradia adequada para acolher menor acometida

---

<sup>685</sup> RE 669635 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma do STF, j. 17-3-2015. No caso em tela, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, “[...] o Ministério Público, fundamentado nas provas obtidas com a prévia instauração de inquérito civil, relacionou uma série de irregularidades e deficiências constatadas no funcionamento da única delegacia de polícia instalada naquela importante cidade do Meio Oeste catarinense: atrasos injustificados nas comunicações de prisão em flagrante e no encaminhamento de inquéritos policiais ao Fórum, funcionamento da delegacia apenas no horário comercial, ausência de carcereiro e constantes fugas de presos provisórios, cumprimento da função de escrivão policial por estagiários e bolsistas, ausência de delegado titular e de outros agentes policiais [...]. Especificamente sobre as denúncias apuradas pelo Ministério Público, em, pelo menos, quatro ofícios os delegados nomeados para responderem pela Delegacia de Polícia do Município de Videira reconheceram a extrema precariedade das condições de serviço [...]”.

<sup>686</sup> RE 628159 AgR. Rel(a). Min. Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 25-6-2013. O acórdão, todavia, não especifica a prestação positiva em matéria de segurança pública pleiteada pela parte autora, qual seja, o Ministério Público do Estado do Maranhão, limitando-se à transcrição de excertos de decisões da Corte sobre o tema do controle jurisdicional de políticas públicas. Não se pode olvidar, contudo, que a singularidade do caso concreto deve ser tomada em conta no processo de fundamentação, haja vista que faticidade é condição fundamental para a decisão jurídica democrática.

<sup>687</sup> AI 810410 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 28-5-2013. Na mesma linha (direito à segurança e implementação de políticas públicas): RE 559646 AgR. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, j. 7-6-2011

de leucemia linfóide aguda pelo período de tratamento pós-operatório, em decorrência de transplante de medula óssea. O Estado do Rio Grande do Sul sustentou que a questão suscitada é diferente dos casos em que a parte usuária do SUS busca o Poder Judiciário para que determine a obtenção de determinado medicamento ou procedimento, sendo indevida a responsabilidade do Estado pela ausência de moradia adequada para acolher a agravada. No entanto, a Corte entendeu, na esteira do Tribunal de Justiça de origem, que não há violação ao princípio da separação de Poderes, competindo ao Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados<sup>688</sup>.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 586.224, restou decidido o tema 145 da Repercussão Geral, provendo-se o recurso para declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP, firmando-se a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso IV, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal). No caso, debateu-se sobre lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. A partir de audiência pública realizada no STF, foram consideradas as questões sociais, econômicas e políticas envolvidas no tema, quais sejam: a) a relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima de cana-de-açúcar; b) a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; c) cultivo de cana em minifúndios; d) trabalhadores com baixa escolaridade; e) a poluição existente independentemente da opção escolhida. Do ponto de vista jurídico, consta do julgado que, enquanto a legislação estadual prevê a eliminação progressiva do método da queima da palha, a lei municipal estabelece a proibição, havendo um quadro de incompatibilidade entre os diplomas municipal e estadual, destacando-se que as questões suscitadas desbordam o interesse local. Observa-se no voto do relator uma preocupação com os direitos fundamentais dos trabalhadores e com o problema decorrente do eventual aumento do desemprego, a partir de uma análise da questão sob o prisma socioeconômico, caso fosse firmada a constitucionalidade da lei municipal, sendo que a não observância do critério temporal previsto na legislação estadual entraria em conflito com o princípio da proporcionalidade e a regra da ponderação<sup>689</sup>. Em que pese a legítima preocupação externada pelo Ministro-Relator, o fato é que o consequencialismo de ordem

---

<sup>688</sup> RE 696077 AgR. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 02-6-2015.

<sup>689</sup> RE 586224. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 5-3-2015.

econômica e as deficiências já apontadas na metódica da ponderação lançam uma argumentação metajurídica no exame do diploma legislativo em sede de processo objetivo de controle de constitucionalidade, mesmo porque há o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, em uma oscilação da judicialização da política rumo ao ativismo judicial (realismo pragmático adotado na fundamentação do voto do relator).

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 815.035, decidiu a Corte pelo não provimento da inconformidade recursal, pois a decisão do tribunal de origem possuía fundamentação infraconstitucional suficiente, tratando-se de oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. O caso cuidava de implementação de políticas públicas na área do ensino público<sup>690</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 768825, debateu o STF o tema das políticas públicas na área da segurança pública e a legitimidade do controle jurisdicional, tendo reiterado o Tribunal que é possível ao Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso implique em contrariedade ao princípio da separação dos poderes. Em relação aos limites orçamentários, a Corte julgou que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais, motivo pelo qual desproveu o agravo regimental<sup>691</sup>.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 595.129, assentou o STF a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, em situações excepcionais, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. Assinalou, também, quanto aos alegados limites orçamentários aos quais estão vinculados os recorrentes, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar de seus encargos constitucionais, negando provimento aos agravos regimentais<sup>692</sup>.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 739151, o debate travado foi sobre a omissão do Estado diante da necessidade de ampliação da atuação da Defensoria Pública<sup>693</sup>,

---

<sup>690</sup> RE 815035 AgR. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 3-3-2015.

<sup>691</sup> RE 768825 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, j. 12-8-2014. No mesmo sentido (direito à segurança): RE 367432 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, j. 20-4-2010.

<sup>692</sup> RE 595129 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, j. 3-6-2014.

<sup>693</sup> No que tange à implantação da Defensoria Pública e sua importância para o reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos”, e do acesso à justiça, o Supremo Tribunal Federal tem os seguintes precedentes: AI 598212 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 25-3-2014 (decisão no sentido do parcial provimento ao recurso de agravo, para estabelecer que a procedência da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná restringe-se, unicamente, à criação e à implantação da Defensoria Pública na Comarca de Apucarana/PR); RE 763667 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, j. 22-10-2013 (determinação ao ente público de nomeação de Defensor Público para a Comarca de Groafrás, diante da



sendo o Tribunal *a quo* manteve a sentença que condenou o ente estatal a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão, com a fixação de multa diária, para o caso de descumprimento da obrigação. Entendeu a Corte que o acórdão recorrido não discrepa da jurisprudência do STF no sentido da licitude de o Poder Judiciário, em face da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso importe em violação ao princípio da separação dos poderes. Assentou que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Judiciário não ofenda o princípio da separação de poderes. O Agravo Regimental foi conhecido e não provido<sup>694</sup>.

Mediante o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 658171, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a temática da implementação de políticas públicas ambientais, fixando o entendimento já firmado no sentido de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Cumpre ao Judiciário, em bases excepcionais, determinar à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias desse direito constitucional, sem que isso implique em violação ao princípio da Separação de Poderes. Assentou a orientação de que a Administração Pública não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. No caso, o Tribunal de origem (TRF5) destacou a ausência de discricionariedade, no que concerne à obrigação de atuar (recuperar a barragem), porque tal emerge de dispositivo legal, bem como da circunstância da obra ser necessária à garantia do mínimo vital afetado pela perda constante de água, para fins de armazenamento, na região do semiárido nordestino. Não foi acolhido pelo Supremo o argumento defensivo do ente público calcado na liberdade para escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras investir, adotando uma visão constitucionalmente adequada da decisão judicial democrática (que não se confunde, por óbvio, com escolhas discricionárias do administrador, sobretudo quando está em causa a omissão ilegítima do Poder Público em matéria de direitos fundamentais)<sup>695</sup>.

---

carência do aludido órgão, tendo sido negado provimento ao agravo do Estado do Ceará, para assentar o direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na Comarca onde residem, pela Defensoria Pública, tomando os seguintes parâmetros constitucionais para a fiscalização judicial: a proibição do retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso); AI 835956 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 7-5-2013 (pedido de atuação integral da Defensoria Pública na Comarca de Paço do Lumiar, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão).

<sup>694</sup> AI 739151 AgR. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 27-5-2014.

<sup>695</sup> RE 658171 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 1º-4-2014.

No julgamento do Recurso Extraordinário 636.941, em julgamento no qual a parte autora pretendia a declaração de imunidade quanto ao recolhimento da contribuição para o PIS (APESC, pessoa jurídica de direito privado, instituição comunitária, sem fins lucrativos, filantrópica, beneficente de assistência social, educacional e de saúde), mantenedora da UNISC, da Escola de Educação Básica Educar-se, do Centro de Educação Profissional (CEPRO) e do Hospital Santa Cruz (HSC), o Supremo Tribunal Federal afirmou que:

[...] Instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos são entidades privadas criadas com o propósito de servir à coletividade, colaborando com o Estado nessas áreas cuja atuação do Poder Público é deficiente. Conseqüentemente, *et pour cause*, a constituição determina que elas sejam desoneradas de alguns tributos, em especial, os impostos e as contribuições.

A *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa. Vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que estas entidades prestam ao Estado<sup>696</sup>.

Mediante o julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 665764<sup>697</sup>, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, a Suprema Corte Brasileira afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar políticas públicas na área de saúde. Além disso, assentou a Corte a tese da responsabilidade solidária dos entes públicos, sendo que o alegado descumprimento do limite orçamentário previsto em portaria exigiria o exame de norma infraconstitucional, implicando em uma ofensa constitucional indireta, que não viabiliza o agravo, o qual foi desprovido. No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela responsabilidade solidária da União com a Associação de Caridade Santa Casa de Rio Grande, responsável pelo atendimento de beneficiários de hemodiálise, haja vista que o repasse de verbas à entidade não foi realizado, com fundamento no teto físico orçamentário, o que está diretamente vinculado com ato administrativo (portaria) da União.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 417408, o STF afirmou a tese de que a implementação de políticas públicas ambientais é passível de fiscalização judicial, sem que isso implique em violação ao princípio da Separação de Poderes, em face da obrigação transindividual referente às presentes e futuras gerações (caráter intergeracional), competindo ao Ministério Público a sua proteção. O agravo regimental foi desprovido. No caso, cuidava-se de ação civil pública em face da Companhia Estadual de Águas e Esgotos e do Estado do

---

<sup>696</sup> RE 636.941, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 13-02-2014. O Tribunal, no caso, conheceu do recurso extraordinário da União, negando-lhe provimento, afirmando a imunidade em relação à contribuição do PIS como técnica de interpretação conforme a Constituição.

<sup>697</sup> RE 665764 AgR. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma do STF, j. 20-3-2012.

Rio de Janeiro, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto *in natura*, buscando providências no sentido do restabelecimento do equilíbrio ambiental e da saúde pública<sup>698</sup>.

Na ADIN 4029, de relatoria do Min. Luiz Fux, o tema de fundo foi a criação do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBio), sendo que, dentre as teses veiculadas, houve a suscitação da inconstitucionalidade material pela entidade proponente, sob o argumento de que a criação da nova autarquia vulnerou e fracionou o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), afrontando o disposto no artigo 225, § 1º, da Constituição. Além disso, alegou-se a violação dos princípios da proporcionalidade e da eficiência pela criação da nova entidade, em face do aumento do gasto público, sem a melhoria na execução da atividade administrativa. Diversamente do que decidido pela Corte em outros assuntos, inclusive na esfera ambiental, em uma postura de autocontenção judicial entendeu o STF por reconhecer, diante das dificuldades contramajoritárias, que não lhe cabe discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto<sup>699</sup>.

No que concerne à importação de pneus usados, o STF, no julgamento da ADPF 101, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, afirmou que existem decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul, o crescente aumento da frota de veículos no mundo e a necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente. Entendeu pela legitimidade da atuação preventiva, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Referiu a autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final (pneu). Sustentou a ponderação de princípios constitucionais, no caso, a demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, julgando parcialmente procedente a ADPF para proibir a partir do julgamento por submissão ao que decidido na arguição. Todavia, quanto à fundamentação empregada no voto da relatora, o recurso à “ponderação de princípios” não se mostra consentâneo com a segurança jurídica e a leitura integrativa do Direito, sendo que não resolve o problema do poder discricionário judicial. Em que pese a

---

<sup>698</sup> RE 417408 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 20-3-2012.

<sup>699</sup> ADIN 4.029. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 8-3-2012.

menção aos instrumentos normativos existentes no âmbito do Mercosul, em uma espécie de transversalidade ou pluriversalismo no raciocínio judicial, a crítica à metódica da ponderação, diante da ausência da lei de colisão e do risco decorrente do decisionismo judicial, mereceu acertada crítica por parte do Min. Eros Grau, que acompanhou a relatora quanto ao resultado, exceto quanto aos fundamentos da decisão<sup>700</sup>.

Mediante o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223, o STF afirmou o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição, destacando como parâmetros constitucionais a proibição do retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição do excesso. Em relação à fórmula da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, referiu o Tribunal que impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público. No caso concreto, cuidava-se de vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco ao qual se atribui omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública. Chama a atenção no caso que a vítima ficou tetraplégica e, para sobreviver, depende de um sistema de ventilação pulmonar artificial, com a necessidade de implantação de marcapasso diafragmático artificial (marcapasso frênico), havendo a recusa do Estado de Pernambuco em viabilizar a cirurgia de implante do referido marcapasso. Noutras palavras, a decisão da relatora, a qual recorre a um indeterminado conceito de “ordem pública administrativa”, para negar o direito fundamental à saúde da vítima, a qual já foi alvo de omissão lesiva por parte do ente estatal, em decorrência do roubo, implica em uma espécie de ativismo judicial conservador, atentando-se tão-somente à ocorrência de grave lesão à ordem pública, em detrimento das expectativas normativas de reconhecimento recíproco ou igual consideração e respeito. A maioria, contudo, proveu o agravo regimental<sup>701</sup>.

#### 5.5.6.1 Políticas públicas e ações afirmativas

Mediante o Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 33.072, debateu-se a reserva aos negros de 20% das vagas oferecidas em concurso público na Administração Direta e Indireta da União, com a alegada omissão dos Poderes Judiciário e Legislativo, o STF entendeu por negar provimento ao recurso, sob o fundamento da impropriedade do mandado

---

<sup>700</sup> ADPF 101. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24-8-2009.

<sup>701</sup> STA 223 AgR. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Acórdão Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14-4-2008.

de segurança e de que a realização de políticas públicas compensatórias da discriminação não pode prescindir da participação ativa dos cidadãos no processo político. Ressaltou a Ministra-Relatora a posição da Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.029, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 26-6-2012, no sentido de não caber ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais, por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto<sup>702</sup>.

Mediante o Recurso Extraordinário 440.028, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, apreciou caso envolvendo o acesso a prédio público por pessoa com deficiência. Entendeu a Suprema Corte que a Constituição Federal, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e as Leis n.º 7.853/89 (federal), n.º 5.500/86 e n.º 9.086/95, ambas do Estado de São Paulo, asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem. Na origem, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que, a despeito da relevância da obra destinada a deficientes físicos, pleiteada pelo Ministério Público em sede de ação civil pública, não caberia ao Executivo a execução de obra em um determinado prédio da rede estadual. Ponderou a necessidade de estudo e orçamentos para que se implante o comando constitucional em toda a rede e não num determinado prédio público, no caso a Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza, sob pena de interferência no poder de administrar do Executivo. O Relator, Ministro Marco Aurélio, ressaltou que faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, destacando que a jurisprudência da Corte contempla três requisitos para viabilizar a incursão judicial: a) a natureza constitucional da política pública reclamada; b) a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; c) a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. As premissas que assentam a decisão são as seguintes: 1) diante da inércia legislativa, não há preceitos sem eficácia, incidindo no caso a dignidade da pessoa humana e a busca de uma sociedade justa e solidária (artigos 1º, inciso III, e 3, inciso I, da CF/88); 2) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, bem como a denominada “cláusula constitucional de abertura”, acolhendo outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (artigo 5º, § 1º e § 2º, da CF/88); 3) o acesso ao

---

<sup>702</sup> MS 33072 AgR. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 6-11-2014. Todavia, a ADIN 4.029 teve como tema de fundo assunto diverso, qual seja, a criação do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBio), conforme já referido anteriormente.

Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaçada de lesão a direito é cláusula pétrea. Vale trazer a lume trechos do acórdão no sentido do provimento do recurso extraordinário:

[...] Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. O artigo 206, inciso I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância a regra constitucional, colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade.

A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania.

[...] Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra *O Espírito das Leis*, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem a opção da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados. A doutrina chama a atenção para o fato, muitas vezes despercebido, de ser despidendo evocar princípios constitucionais – como separação de Poderes ou democracia – quando o direito à prestação positiva vem expressamente estampado na legislação ordinária. É a situação que Ingo Wolfgang Sarlet denominou ‘direitos derivados a prestações’ (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005, p. 302). Como afirmado, o direito buscado neste processo decorre diretamente dos princípios e regras constitucionais, o que é, até mesmo, requisito para o acesso ao Supremo na afunilada via do recurso extraordinário. Ainda que assim não fosse, há lei a dar respaldo à pretensão inicial<sup>703</sup>.

---

<sup>703</sup> RE 440.028. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 29-10-2013.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da acessibilidade das pessoas com deficiências físicas aos prédios públicos, sustentando que os fundamentos do RE 440.028, no sentido de que a Constituição da República e a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência asseguram o direito fundamental de acessibilidade, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem. Quanto ao estabelecimento de prazo para a atuação da Administração Pública, entendeu o STF que a legislação infraconstitucional, em especial a Lei n.º 10.098/2000 e o Decreto regulamentador n.º 5.296/2004 cuidam da matéria, prevendo que a implementação das adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas deverá ser iniciada a partir do primeiro ano de vigência da lei. A Corte negou provimento ao agravo regimental<sup>704</sup>.

Mediante a ADIN 903, o Tribunal Pleno julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.820/92, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre adaptação dos veículos de transporte coletivo com a finalidade de assegurar seu acesso por pessoas com deficiência ou dificuldade de locomoção. Assentou a Corte o lugar constitucional conferido pela ordem jurídica no sentido da proteção das pessoas com deficiência, sendo que, diante da superveniência de lei federal (Lei n.º 10.098/2000), a legislação mineira, embora constitucional, perde a força normativa, na atualidade, naquilo que contrastar com a legislação geral de regência do tema, por força do artigo 24, § 4º da CF/88. Acompanhando o Relator, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, que analisou pedido de medida cautelar, formulado no mesmo processo de controle normativo abstrato, destacou a importância jurídico-constitucional e o relevo social do diploma legislativo mineiro, afirmando a competência legislativa concorrente do Estado-membro da Federação<sup>705</sup>.

No Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 829.984, a Primeira Turma do STF decidiu pela admissibilidade da fiscalização judicial de políticas públicas, em situações excepcionais, determinando à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da Separação de Poderes. No caso concreto, houve insuficiência ou deficiência da prestação estatal quanto ao fornecimento de medicamentos e materiais pensos necessários à consecução das atividades médicas de praxe em hospitais da rede pública do Estado de Rondônia. A intervenção judicial se justifica para compelir o agravante a adotar medidas

---

<sup>704</sup> RE 722778 AgR. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 25-3-2014.

<sup>705</sup> ADIN 903. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 22-5-2013.

pertinentes, a fim de evitar ou minorar os danos aos usuários do sistema público de saúde. O agravo foi desprovido pela Corte<sup>706</sup>.

Mediante o Recurso Extraordinário 597285<sup>707</sup>, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade das políticas de ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior, com o uso de critério étnico-racial, no caso, o programa de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (reserva de vaga ou estabelecimento de cotas). No caso específico, a UFRGS, no edital do Concurso Vestibular 2008, estabeleceu um percentual de 30% das vagas para egressos do sistema público, destinando, deste total, 50% para autodeclarados negros<sup>708</sup>. Houve divergência dos Ministros quanto aos fundamentos empregados para justificar a política de cotas raciais, destacando-se os seguintes argumentos: a) histórico (preconceito racial ao longo do tempo); b) dignidade da pessoa humana; c) compensação de desigualdades impostas contra as minorias; d) autonomia universitária. A maioria, quanto ao mérito, desproveu o recurso extraordinário, sendo que, em seu voto (vencido), o Min. Marco Aurélio questionou a proporcionalidade da instituição de 30% das vagas para cotistas, centrando o debate no fator de discriminação quanto à origem escola pública e escola privada e na importância do sistema meritório para o acesso ao ensino superior. Contudo, como bem observou a maioria, o critério meritocrático não é o único de ingresso ao ensino nas universidades, havendo uma imbricação entre os fatores racial, social e econômico, na linha do que assentado pelo Min. Joaquim Barbosa. A seu turno, em um raciocínio voltado à tradição histórica (no sentido inautêntico) de discriminação no Brasil, a partir do exame do código binário inclusão/exclusão, o Min. Ayres Britto salienta as diferenças entre cotas sociais e cotas raciais, com o seguinte recorte da realidade social:

[...] Enquanto o pobre é discriminado por algo externo a ele mesmo, à sua anatomia – que seria a falta de anel no dedo; de canudo de doutor debaixo do braço; ou um automóvel último tipo; ou uma casa residencial suntuosa, luxuosa; ou uma conta bancária polpuda; roupas; nível de vida –, o negro é discriminado por algo interior a ele: a cor da pele. Isso é completamente diferente, é como se padecesse de um déficit congênito, inato, de hipossuficiência ou de indignidade.

---

<sup>706</sup> AI 829984 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 14-5-2013.

<sup>707</sup> RE 597285. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 9-5-2012.

<sup>708</sup> A Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, salientou que o impetrante pretendia o ingresso no curso de Administração-Noturno, sendo que “de um total de 160 vagas, 112 estavam destinadas para acesso universal e 48 para inclusão social, sendo destas 24 para autodeclarados negros. Não havia, pois, para candidato impetrante, o acesso às 160 vagas, se a sua colocação era 132<sup>a</sup>. Sabia, pelo edital, que estavam disponíveis 112 vagas e não 160. Desta forma, se há um número determinado de vagas reservado para candidatos provenientes do ensino público e para candidatos autodeclarados negros provenientes do ensino público, ninguém retira o lugar de ninguém, estando os cotistas, apenas, ocupando um espaço que lhes é de direito. Inexiste, pois, o alegado direito líquido e certo da parte impetrante”.



Mediante a ADPF 186/2012<sup>709</sup>, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal tratou do tema do questionamento de atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. A Corte assentou a constitucionalidade das ações afirmativas, decidindo pela improcedência da demanda, invocando fundamentos diversos: a) princípio da igualdade material; b) mecanismos institucionais de correção de distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade; c) quadro histórico de desigualdade; d) critérios étnico-raciais ou econômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso V, da CF/88); e) justiça social como reconhecimento de valores culturais diversificados, mais do que redistribuição de riquezas criadas pelo esforço coletivo; f) legitimidade das ações afirmativas fundadas na discriminação reversa se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem, sob pena de tais políticas se converterem em benesses permanentes (transitoriedade das políticas de ações afirmativas). O relator destacou em seu voto os dados colhidos na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre políticas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior, que se realizou nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, ressaltando que o “mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo um critério puramente linear”, ou seja, atentando para a necessidade de observância do princípio da igualdade material. O Min. Joaquim Barbosa acompanhou na íntegra o voto do relator. A Ministra Rosa Weber também destacou, em seu voto, o contributo das audiências públicas, reconhecendo que os “concorrentes às vagas de cotistas, como emerge das audiências e das informações dos *amici curiae*, devem passar por uma nota de corte, de forma que entre eles está presente o critério do mérito”. No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia. Já o Min. Gilmar Mendes diverge quanto à fundamentação do relator, efetuando uma distinção entre política de ações afirmativas (gênero) e cotas (espécie), externando preocupação com o critério puramente racial, entendendo que o critério eleito pode permitir uma possível distorção, haja vista que pessoas que tiveram, embora “consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional

---

<sup>709</sup> ADPF 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 26-4-2012. No caso em tela, o Partido Democratas (DEM) ingressou com arguição de descumprimento de preceito fundamental, que visava à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UNB), instituindo o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. O pedido foi julgado improcedente pelo STF.

absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar esse caminho facilitário das cotas”, porque não se leva em conta “o referencial de índole social”, reafirmando a transitoriedade das políticas de ações afirmativas (*experimentalismo institucional*). O Min. Marco Aurélio, por sua vez, diferentemente do voto proferido no RE 597285, invocou o argumento histórico para sustentar a constitucionalidade da política de ações afirmativas, delimitando a matéria à discriminação racial.

Na ADIN 3330, de relatoria do Min. Ayres Britto, o STF reconheceu a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (PRONUNI), em atenção ao princípio constitucional da isonomia, diante das ações afirmativas do Estado para o acesso ao ensino superior, que tem por base o critério social. O relator argumentou com as desigualações para *contrabater* renitentes desigualações, sendo que a designação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas bolsistas não ofende a Constituição, tratando-se de um “*descrímen* que acompanha a *toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“*ciclos cumulativos de desvantagens competitivas*”). A ADIN foi julgada improcedente, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, o qual cingiu o seu voto aos requisitos das medidas provisórias, entendendo que a conversão da medida provisória em lei no caso do PRONUNI violou o devido processo legislativo. O Min. Gilmar Mendes acompanhou a maioria por outros fundamentos, ressaltando sua posição no sentido de que o critério socioeconômico estabelecido pelo PRONUNI seria mais eficiente do que o critério racial:

[...] o PRONUNI, o qual tem sido bastante bem-sucedido, optou por programa de ação afirmativa que leva em consideração critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada, com sucesso, parece ser bastante mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial.

O debate é complexo e não se está a propor soluções milagrosas, mas apenas a demonstrar que a introdução do critério de renda, além de outros, conjugados que sejam com o critério racial, tem o condão de conferir segurança à política de cotas, bem como uma maior eficácia social da referida política e a prevenção de conflitos raciais que, deve-se sempre salientar, são escassos no Brasil<sup>710</sup>.

No julgamento da Petição 3388, de relatoria do Min. Carlos Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu ação popular envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em observância aos artigos 231 e 232 da Constituição Federal. Entendeu que as

---

<sup>710</sup> ADIN 3330. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 3-5-2012.

terras indígenas fazem parte essencial do território brasileiro, havendo a necessária liderança institucional da União, sempre que os Estados e Municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como se afetação indígena, cumprindo a demarcação ao Poder Executivo da União. Ressaltou, ainda, que a demarcação avança no capítulo do constitucionalismo fraternal, havendo um falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. Afirmou a conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A questão se prende aos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo que o Tribunal Pleno fixou várias regras para conciliar a função social da propriedade e os direitos indígenas. A Corte declarou a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmou a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, fixando 19 (dezenove) regras (“salvaguardas institucionais”), havendo divergência dos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. A decisão judicial foi criticada em relação ao possível ativismo judicial, sendo que o Min. Barbosa pontuou em seu voto que a compete ao ente político e não ao Judiciário a demarcação contínua ou por ilhas, baseando-se nos “elementos sócio-culturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção”, votando pela improcedência da demanda<sup>711</sup>.

A importância não apenas do resultado prático alcançado, mas também do percurso argumentativo invocado é fundamental para a construção da solução constitucionalmente adequada. Dworkin traz um importante exemplo para a compreensão do raciocínio referente à responsabilidade política do julgador: tome-se o caso das ações afirmativas e as decisões proferidas no sentido favorável à tese das cotas raciais nas universidades. Pode chegar-se a idêntica conclusão lançando uma moeda para cima (cara ou coroa), ou assistindo a um programa de televisão. A decisão tomada com base em tais critérios ou premissas é produzida sem responsabilidade política por parte do intérprete, diferentemente do caso no qual houve uma reconstrução dos argumentos à luz da coerência e da integridade do Direito, sob a melhor luz das práticas interpretativas da comunidade política.

---

<sup>711</sup> PET 3388, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 19-3-2009; e PET 3388 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 23-10-2013.

### 5.5.6.2 Políticas públicas e execução penal: a questão carcerária em debate

Mediante o Recurso Extraordinário 592581, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça, que reformou sentença de primeiro grau, seguindo o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário intervir em políticas públicas do Poder Executivo, sob pena de violação ao princípio da Separação de Poderes. O Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a possibilidade ou não de intervenção do Judiciário nas políticas públicas voltadas à execução da pena, no sentido de determinar ao Poder Executivo a melhoria das condições carcerárias. E aqui vale dizer que a Corte Suprema andou bem ao afirmar a legitimidade da intervenção jurisdicional do Estado na função de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, compete ao Judiciário fiscalizar e determinar ao Poder Público que promova obras urgentes em unidades prisionais, com fulcro no direito fundamental à integridade física e moral do preso, em face da péssima condição dos presídios, conforme as inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Ressaltou que não há vontade política para resolver o problema dos presídios, em vista do contingenciamento dos recursos públicos federais, com a existência de condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A omissão do Poder Executivo em relação à questão dos presídios foi salientada no voto do Relator, lembrando que o albergue do Presídio Estadual de Uruguaiana não dispunha de mínimas condições para o cumprimento da pena, inclusive com a morte de um detento eletrocutado. A premissa seguida foi a de que, se o Juiz, na execução da pena, pode mesmo determinar até a interdição do presídio, é viável também que possa obrigar o Poder Executivo à realização de obras em casa prisional em atenção às condições de cumprimento da pena<sup>712</sup>.

As teses da reserva do possível e do princípio da Separação de Poderes foram rechaçadas no voto do Relator, diante da possibilidade de realização de convênios, mormente em situações graves que comprometem ou colocam em risco os direitos dos jurisdicionados, o que não implica em substituição do administrador pelo juiz ou a admissão da discricionariedade judicial<sup>713</sup>.

---

<sup>712</sup> De se lembrar que o próprio Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo manifestou-se em público no sentido de que os presídios no Brasil são “masmorras medievais”.

<sup>713</sup> “É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Essa a conclusão

O Ministro Edson Fachin afirmou que não deve ser afastado o princípio da Separação de Poderes, mas admite que a intervenção judicial afigura-se viável no caso, uma vez que a omissão do Executivo não pode implicar em omissão do Judiciário. Dele divergiu o Ministro Luiz Fux, entendendo que o “ativismo judicial” é cabível na situação em tela, a fim de assegurar a proteção aos direitos fundamentais dos presos<sup>714</sup>.

O Ministro Roberto Barroso aderiu ao posicionamento do Relator, ressaltando, contudo, que o Judiciário não está a exercer função de governo, mas protegendo as minorias, além das limitações decorrentes da capacidade institucional. Entende que o Poder Judiciário nos litígios de interesse público, regra geral, não deve dizer como deve ser a obra em um presídio, mas sim, impor ao Poder Executivo que faça o diagnóstico e que apresente um plano adequado para sanar a omissão sob monitoramento judicial. Todavia, no caso, diante de política pública existente e de omissão do Poder Executivo diante de situação emergencial em obra pontual e não sistêmica, pode o Poder Judiciário intervir no sentido de determinar ao gestor as providências cabíveis, sem ofensa ao princípio da Separação de Poderes.

---

do Plenário, que proveu recurso extraordinário em que discutida a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo estadual obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos. O Colegiado assentou tratar-se, na espécie, de estabelecimento prisional cujas condições estruturais seriam efetivamente atentatórias à integridade física e moral dos detentos. Pontuou que a pena deveria ter caráter de ressocialização, e que impor ao condenado condições sub-humanas atentaria contra esse objetivo. Entretanto, o panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência, tendo em vista a grande precariedade das instalações, bem assim episódios recorrentes de sevícias, torturas, execuções sumárias, revoltas, superlotação, condições precárias de higiene, entre outros problemas crônicos. Esse evidente caos institucional comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social. Além disso, a questão afetaria também estabelecimentos destinados à internação de menores. O quadro revelaria desrespeito total ao postulado da dignidade da pessoa humana, em que haveria um processo de ‘coisificação’ de presos, a indicar retrocesso relativamente à lógica jurídica atual. A sujeição de presos a penas a ultrapassar mera privação de liberdade prevista na lei e na sentença seria um ato ilegal do Estado, e retiraria da sanção qualquer potencial de ressocialização. A temática envolveria a violação de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. Dessa forma, caberia ao Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema constitucional fosse assegurado a qualquer jurisdicionado, de acordo com o postulado da inafastabilidade da jurisdição. Os juízes seriam assegurados do poder geral de cautela mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas, sempre que se mostrassem necessárias para assegurar a efetividade do direito buscado. No caso, os direitos fundamentais em discussão não seriam normas meramente programáticas, sequer se trataria de hipótese em que o Judiciário estaria ingressando indevidamente em campo reservado à Administração. Não haveria falar em indevida implementação de políticas públicas na seara carcerária, à luz da separação dos poderes. Ressalvou que não seria dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais fossem ameaçados. Outrossim, não caberia ao magistrado agir sem que fosse provocado, transmutando-se em administrador público. O juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”. Informativo 794 do STF, RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 13-8-2015. (grifo nosso)

<sup>714</sup> A expressão “ativismo judicial” foi empregada pelo Ministro Luiz Fux em sentido genérico. Contudo, segue-se o raciocínio articulado na presente tese, sustentando-se que a hipótese tratada pelo Supremo Tribunal Federal não é de ativismo judicial, mas sim, de judicialização de políticas públicas na esfera dos direitos fundamentais, em razão da omissão do Poder Público em situações de comprometimento aos direitos fundamentais dos presos.

O Ministro Luiz Fux destacou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aos casos em que se façam necessárias obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais, sem qualquer violação à cláusula da Separação de Poderes. A regra constitucional que veda o tratamento desumano e degradante constitui alicerce para sustentar a incidência do mínimo existencial em matéria de execução penal, bem como a existência do direito do jurisdicionado à política pública definida na Constituição.

A Ministra Carmen Lúcia ponderou que as políticas públicas voltadas à melhoria do sistema penitenciário são impopulares, mas isso não se afigura motivo para o descumprimento da Constituição, sublinhando, ainda, que a tese da ausência de recursos não merece guarida, haja vista a criação do Fundo Penitenciário, com a finalidade de suprir essa específica demanda.

O Ministro Gilmar Mendes lembrou as condições de sobrevivência nos presídios, em virtude da precariedade e da superlotação carcerária. A matéria está associada à ideia de segurança pública, na medida em que se tenham condições dignas nos presídios. Afastou a tese da reserva do financeiramente possível<sup>715</sup> e a alegação de violação ao princípio da Separação de Poderes, pois a melhoria das condições prisionais encontra subjacente uma política pública prevista na Constituição e na legislação infraconstitucional: a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84). Além disso, ressaltou que a responsabilidade pela execução das penas é do Poder Judiciário, nos termos da Lei de Execuções Penais, que prevê a realização de inspeções pelo juiz de execuções criminais, com a atuação do Ministério Público. Criticou o emprego da expressão “ativismo judicial” no caso concreto, a qual traduz a existência de um excesso por parte do Judiciário, sendo que a prestação jurisdicional invocada tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais.

O Ministro Marco Aurélio rechaçou a tese de que não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em políticas públicas, que seriam de competência discricionária do Poder Executivo, assentando a natureza constitucional da política pública reclamada, a correlação entre a política pública reclamada e os direitos fundamentais e a prova da omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública. Citou alguns casos de jurisprudência, com o debate em torno da fiscalização judicial de políticas públicas, a título de ilustração, a acessibilidade das pessoas com deficiência física à escola pública.

---

<sup>715</sup> Afirmou o Ministro Gilmar Mendes que a tese da reserva do possível surge a partir de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, no caso do acesso às universidades públicas alemãs, ressaltando, todavia, que tal limite não pode levar à ideia de que constitui um “abre-te-sésamo” para legitimar a omissão lesiva do Poder Público aos direitos fundamentais e que as alocações de recursos públicos deve observar os objetivos constitucionais.

O Ministro Celso de Mello ressaltou a figura do excesso de execução em seu voto, frisando a situação precária e caótica dos presídios brasileiros, em razão da qual o Estado impor a pena mais gravosa ao apenado do que a legalmente prevista, com a subversão das funções primárias da pena. Isso constitui expressão de graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental do sentenciado de não sofrer na execução da pena tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física, especialmente em condições de tamanha adversidade, como se nota a partir do exame desta questão singular ocorrida no Estado do Rio Grande do Sul. A dignidade da pessoa humana constitui um valor-fonte que informa e inspira todo o ordenamento constitucional, sendo um dos fundamentos que ancoram a República Brasileira. Reconheceu, ainda, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa sob a custódia do Estado e de direitos de caráter metaindividual, como defensor do povo (“ombudsman”, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição da República), mediante o instrumento processual da ação civil pública, na esteira da jurisprudência do STF. Não compete ao Judiciário formular políticas públicas, cumprindo-lhe, por outro lado colmatar as omissões inconstitucionais dos outros poderes, nos casos de inércia/descumprimento por omissão dos encargos legais e constitucionais, afastando as teses da reserva do possível e da discricionariedade administrativa do Poder Executivo, com base no direito ao mínimo existencial para a vida condigna. No processo hermenêutico não se pode converter as normas legais e constitucionais em promessas inconsequentes, sobretudo em atenção à centralidade dos direitos fundamentais da pessoa (direito do preso ao tratamento penitenciário digno), aderindo à tese do Ministro-Relator.

A Corte, então, à unanimidade de votos, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Gaúcho, com a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para manter a sentença de primeiro grau, sendo enunciada a seguinte tese de repercussão geral: *É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*

No entanto, é preciso ressaltar que a expressão “obras emergenciais” assume relevo na tese firmada em sede de repercussão geral, como limite à intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas prisionais, a fim de que não haja a substituição do administrador pelo juiz, de modo que a Corte ressaltou que não compete ao Judiciário a formulação de

políticas públicas. A intervenção judicial pontual para a colmatação de omissões inconstitucionais deixa em aberto a temática relacionada aos limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário em questões de maior espectro, de caráter sistêmico. Nesse sentido, pendem de apreciação os seguintes casos: a) RE 580.252, Rel. Min. Teori Zavascki (responsabilidade civil do Estado em se tratando de preso por superlotação e em condições degradantes)<sup>716</sup>; b) RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes (possibilidade de cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, em face da impossibilidade de o Estado disponibilizar vagas para o cumprimento da pena no regime previsto na condenação penal); c) ADI 5170, Relatora Ministra Rosa Weber (responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos detentos); d) ADPF MC 347, Rel. Min. Marco Aurélio (busca o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, e a adoção de providências estruturais em face da lesão a preceitos fundamentais dos presos<sup>717</sup>).

#### 5.5.6.3 ADPF n.º 45/2004: parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas

A decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45-9/2004<sup>718</sup> tem a seguinte ementa:

<sup>716</sup> No RE 580.252, o Ministro Roberto Barroso encaminha o seu voto incorrendo na problemática do ativismo judicial debatido na presente tese de doutoramento, entendendo que a indenização ao preso tem caráter subsidiário, propondo, em realidade, a interferência judicial na esfera legislativa, com a possibilidade de remissão de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições de superlotação ou degradantes, em uma atitude judicial behaviorista que resulta em transferir para a sociedade o ônus decorrente da omissão dos poderes democraticamente eleitos (Executivo e Legislativo), os quais devem ser responsáveis pelas políticas públicas de direitos fundamentais, sobretudo diante da fundamentalidade do direito à segurança e do direito do preso ao tratamento penitenciário digno. Sugere a adoção da seguinte tese em repercussão geral: *O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remissão de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remissão, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.* (grifo nosso)

<sup>717</sup> O Ministro Relator Marco Aurélio deferiu em parte a medida liminar requerida na ADPF MC 347, determinando, entre outras providências, a realização, pelos juízes e tribunais, das audiências de custódia, bem como o descontingenciamento do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Contudo, a tese do “estado de coisas inconstitucional”, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Constitucional Colombiana, em razão da vagueza e da amplitude, abre a possibilidade de um ativismo judicial, em contraposição à ideia de uma decisão jurídica democrática. ADPF MC 347. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 27-8-2015.

<sup>718</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45-9, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29-4-2004 (decisão monocrática).



**Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).**

No caso em tela, cuida-se de arguição de descumprimento promovida contra veto presidencial, que incidiu sobre dispositivo de proposição legislativa que se converteu na Lei n.º 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado tem o seguinte conteúdo:

Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

A alegação foi no sentido de que o veto importou em desrespeito a preceito fundamental da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Posteriormente, foi editada a Lei n.º 10.777, de 24-11-2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, razão pela qual entendeu o Ministro Celso de Mello que a superveniência de fato juridicamente relevante fez instaurar situação de prejudicialidade da ADPF proposta.

Não obstante tenha sido julgada prejudicada a arguição, merece destaque a fundamentação lançada na decisão monocrática ora em comento.

É possível estabelecer as seguintes linhas de argumentação do *decisum*: a) o cabimento da ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Constituição Federal, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na Constituição; b) a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, com função voltada a tornar efetivos os direitos sociais, também qualificados direitos de segunda geração, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas; c) a omissão inconstitucional, total ou parcial, como fundamento

da intervenção judicial; d) dentre as funções institucionais do Poder Judiciário, em especial do STF, não se inclui a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo; e) reserva do possível, cláusula que, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de eximir-se de suas obrigações constitucionais; f) mínimo existencial, com o estabelecimento de prioridades orçamentárias; g) observância do binômio que compreende a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em favor do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas; h) limites à liberdade de conformação do legislador, a qual não é absoluta, nem a de atuação do Poder Executivo, com a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Poder Público.

A tese da fiscalização judicial de políticas públicas resta admitida na decisão, em bases excepcionais, desde que caracterizada a situação de omissão inconstitucional, total ou parcial, com a incidência do mínimo existencial e da reserva do possível. Por outro lado, em que pese a relevância das razões invocadas, fundamentadas em argumentos de princípio e não de política, a faticidade dos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário traz à colação a problemática enraizada nos limites da atuação da jurisdição, ordinária ou constitucional, bem como da delimitação dos direitos sociais na multiplicidade das situações. Como aduz Castanheira Neves, a busca de soluções judicativo-decisórias passa necessariamente pela lógica do problema (jurisprudencialismo), sendo que ainda restam pendentes de esclarecimento as fronteiras da intervenção legítima da função judicante no controle de políticas públicas.

Dito de outro modo, o tratamento da omissão inconstitucional no STF tem oscilado em determinadas situações, conforme os casos envolvendo o direito de greve dos servidores públicos, o direito de reposição salarial anual, o patamar do salário-mínimo e a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. A incidência dos parâmetros gerais identificados na decisão do Ministro Celso de Mello não apresenta uma criteriologia para a aferição dos limites da jurisdição nos casos concretos, com margens para variações entre a autorrestricção e o ativismo judicial.

Não é possível, pois, o manejo de ações civis públicas como instrumento de governabilidade, sob pena de absorção da agenda do orçamento público, peça fundamental da formulação e execução das políticas públicas, por critérios jurisdicionais discricionários, promovendo-se uma espécie de “colonização” da política pelo direito.

Um dos maiores desafios da Corte Constitucional Brasileira é o decorrente da omissão inconstitucional (total ou parcial) do legislador, o que reflete no julgamento das questões afetas às políticas públicas de direitos fundamentais sociais. Houve uma evolução hermenêutica no tema da omissão parcial, em razão das decisões aditivas proferidas em sede de mandado de injunção nos casos referentes ao direito de greve dos servidores públicos e ao aviso prévio proporcional.

A Corte, ainda, reconheceu a fungibilidade entre as ações direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão no caso envolvendo o repasse decorrente do Fundo de Participação dos Estados<sup>719</sup>. Todavia, percebe-se uma variação do tipo de controle exercido e da sua intensidade, de acordo com a situação de omissão inconstitucional. Nesse sentido, enquanto na questão referente ao salário mínimo e a omissão inconstitucional parcial, o Supremo editou a súmula vinculante n.º 4<sup>720</sup>, no tema da delimitação das terras indígenas da reserva Raposa do Sol, a Corte lançou mão de 19 (dezenove) regras para a resolução do problema, substituindo-se ao Parlamento<sup>721</sup>.

## 5.6 CONCLUSÕES PARCIAIS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. A INTEGRIDADE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

Após o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais, é possível afirmar as seguintes conclusões parciais:

1. A jurisprudência do STF, no período investigado (*1º de maio de 1996 a 30 de agosto de 2015*), oscilou entre a judicialização da política, em razão do seu caráter contingencial, sobretudo em razão da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo nas áreas envolvendo os direitos sociais à saúde e à educação, e o ativismo judicial, mediante práticas comportamentais ou behavioristas que excederam os limites semânticos das disposições constitucionais, desconsiderando a natureza de bens coletivos dos direitos à saúde e à educação.

---

<sup>719</sup> ADI 875, 2727 e 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>720</sup> Súmula Vinculante n.º 4 do STF: *Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.*

<sup>721</sup> PET 3388, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 19-3-2009.

2. A regra do artigo 196 da Constituição Federal prevê que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, exercido mediante *políticas sociais e econômicas*, instituindo o Sistema Único de Saúde, regido pela igualdade e pela universalidade, de modo que, em determinadas situações, a concessão indiscriminada de medicamentos, tratamentos e outros procedimentos pode implicar em questões decorrentes da adequada alocação de recursos públicos. De se lembrar, outrossim, que até a Constituição Federal de 1988, a saúde no Brasil, em regra, era submetida ao regime privado, sendo que o atendimento gratuito era prestado pelas entidades filantrópicas. Os dados revelam que, no atual marco histórico, aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) da população brasileira depende do SUS (rede pública), ao passo que 25% (vinte e cinco por cento) dispõem de plano de saúde privado<sup>722</sup>, o que revela a necessidade de uma compreensão holística do serviço público de saúde, à luz do princípio da igualdade.

3. A leitura dos direitos sociais a partir da ótica do indivíduo, sem levar em conta a sua inserção no tecido social e as necessidades de uma sociedade carente de concretização de direitos sociais, é nítida na perspectiva da sua fruição preponderantemente individual e não coletiva no exame dos casos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. Nos litígios de interesse público, envolvendo políticas públicas de direitos sociais, percebe-se a insuficiência dos critérios decisórios adotados, sendo que a maioria dos casos não evidencia a dimensão objetiva dos deveres estatais de proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, no que se refere à temática da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal assinalou adequadamente que significativa parcela dos casos analisados envolve negativa de concessão de prestação por parte do Poder Público em se tratando de *políticas públicas já existentes*.

5. A reserva do possível e o princípio da Separação de Poderes foram afastados diante da aplicação do mínimo existencial, em se tratando de *acesso individual a direitos sociais*, assumindo o Poder Público o ônus da argumentação referente à insuficiência de recursos, de maneira objetivamente demonstrável. Por outro lado, o emprego indiscriminado da ponderação contribui para a debilidade/fragilidade no juízo de concretização dos direitos sociais, sob o império de uma “Constituição *prima facie*”, de modo que sua eficácia fica condicionada ao resultado discricionário da colisão de direitos fundamentais no caso concreto.

---

<sup>722</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167.

6. Além do mínimo existencial, recentes precedentes têm acolhido como parâmetros constitucionais a proibição do excesso ou do arbítrio, a proibição da insuficiência e o princípio da proibição do retrocesso social, bem como a diferença entre direitos originários (com previsão constitucional, mas sem regulamentação), sujeitos ao mínimo existencial, e derivados a prestações (com regulamentação na legislação infraconstitucional), cumprindo ao Estado fornecer as prestações positivas previstas na legislação de regência, nomeadamente quando em causa direitos sociais dos grupos vulneráveis (a título de exemplo, a decisão do STF no caso da acessibilidade aos alunos com deficiência em escola pública).

7. O tema das omissões inconstitucionais é o maior desafio para a construção de parâmetros de integridade da decisão constitucional, havendo decisões diferenciadas quanto ao nível de controle e de intensidade, com oscilações jurisprudenciais expressivas, ilustrativamente, nos casos envolvendo saneamento básico, a envolver direitos sociais híbridos (moradia digna e saúde), greve dos servidores públicos, fixação do salário mínimo, direitos indígenas (reserva indígena Raposa Serra do Sol), ações afirmativas (Pró-Uni, cotas raciais, acessibilidade, proteção das mulheres vítimas de violência de gênero), sistema prisional, entre outras matérias.

8. As decisões são tomadas por aglutinação de votos, sem uma definição mais precisa em torno do posicionamento da Corte, em função do Regimento Interno do STF, observando-se, em determinados casos, argumentos metajurídicos alicerçados em razões pragmatistas, o que pode fragilizar a autonomia do Direito, designadamente em face da Política e da Economia. Ademais, é preciso avançar-se para que haja a consolidação de uma cultura de Corte Constitucional no Brasil, com a vinculação horizontal e vertical aos precedentes, havendo a possibilidade da adoção das técnicas do *overruling* (superação do precedente) e do *distinguishing* (especificação do caso frente ao precedente), de maneira fundamentada.

9. A eficácia dos direitos sociais tem sido afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, mas, em algumas decisões, é nítida a técnica decisória que ressalva eventual modificação futura de entendimento, condicionando-o a uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*, em especial no que toca às tendências internacionais de crise financeira que se anunciam no cenário brasileiro, sobretudo nas esferas do direito à seguridade social e do direito ao trabalho. Vê-se, pois, a propensão do STF a escolher razões consequencialistas, direcionadas aos resultados/impactos, afastando-se da *coerência de princípios*, o que pode contribuir para o enfraquecimento da autonomia do Direito, uma vez que a escolha é uma questão de política e não de princípio, como lembra Dworkin.

10. A evolução jurisprudencial nas técnicas de interpretação constitucional, com reflexos em alguns remédios jurídicos, como o mandado de injunção e a reclamação, tem se mostrado frequente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o emprego da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (*ex nunc*), sem um necessário filtro hermenêutico, pode trazer prejuízos à segurança das relações jurídicas, com a produção de efeitos jurídicos de situações que violam a Constituição.

#### 5.7 A RESPONSABILIDADE HERMENÊUTICA COMO GARANTIA DECISÓRIA: UMA TEORIA POLÍTICO-NORMATIVA DE CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao discorrer sobre o *standard* de racionalidade, nas relações entre a filosofia e a hermenêutica jurídica, Stein o define como “aquele núcleo de determinadas Filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima de conhecimento e da experiência”. Promovendo um encontro entre o Direito e a Filosofia. O que se quer, em realidade, é “encontrar elementos de racionalidade que garantem orientação e espaços de validade intersubjetivos”. A partir da distinção de Putnam, entre racionalidade I e II, afirma Stein que “o modo de fundamentar por meio da argumentação e de regras de inferência seria apenas aquilo que poderia ser fornecido pela lógica”. Há, todavia, outro *standard*, para além da lógica formal e suas aplicações “e que poderíamos chamar de *dimensão transcendental*”. O transcendental não-clássico, liberto das “amarras da subjetividade para lhe dar uma função de fundamentação no sentido de elemento organizador, estruturante e abrangente” seria uma racionalidade constituída “por um modo de ser que é condição de possibilidade de qualquer discurso e que, portanto, sempre estará presente operativamente na produção de uma fixação de limites ou de fundamentação”.

O *como* hermenêutico, em Heidegger, transcende o esquema lógico-argumentativo (*como* apofântico), bem como os “princípios epocais” (como a ideia em Platão, em Aristóteles, o conceito de substância, o *cogito* de Descartes, a *vontade de poder* de Nietzsche, etc.), pondo à vista “um modo de ser fundamental do ser humano quando pensa, fala, escreve e assim utiliza os recursos da fundamentação para determinar os limites do discurso humano”. Assumem relevo a pré-compreensão, a faticidade e a historicidade em Gadamer, de modo que a hermenêutica jurídica “repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois em tudo o que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão”. Há, pois, um modo de “habitar” no

Direito, mediante a articulação do papel da Filosofia no Direito, na busca dos limites e da fundamentação, mediante *standards* de racionalidade<sup>723</sup>.

Na senda da *Crítica Hermenêutica do Direito* (Streck), conforme já debatido no decorrer na presente tese, a teoria do Direito e da Constituição reclama as seguintes pautas hermenêuticas: a) a preservação da autonomia do Direito; b) o estabelecimento de condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) a garantia do respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever de fundamentação das decisões judiciais; e e) a garantia que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada<sup>724</sup>.

A *Responsabilidade Hermenêutica como Garantia Decisória* é uma teoria político-normativa de concretização judicial dos direitos sociais (e das políticas públicas de direitos sociais), centrada nos seguintes parâmetros: 1º) a diferença ontológica entre os direitos fundamentais, mediante uma compreensão unitária entre os direitos individuais e os direitos sociais; 2º) o círculo hermenêutico e o dever de justificação; 3º) a tradição como limite hermenêutico e os ideais de coerência, integridade e consequência; 4º) a faticidade e a garantia da igual liberdade, em face da universalização dos direitos sociais; e 5º) o romance em cadeia e o diálogo construtivo entre as dimensões da decisão jurídica democrática.

### **5.7.1 A diferença ontológica entre os direitos fundamentais: por uma compreensão integrativa entre os direitos individuais e os direitos sociais**

No contexto brasileiro, a efetividade dos direitos sociais reside na sua nota de fundamentalidade, na sua caracterização como cláusulas pétreas e, sobremaneira, na afirmação de sua dimensão propriamente ética, mediante a construção de um novo paradigma, que “justifique racionalmente a integridade dos direitos humanos, neles incluídos os direitos sociais”<sup>725</sup>.

Releva notar a existência de três tipos de falácias teóricas que excluem os direitos sociais da categoria dos direitos humanos fundamentais: a) o primeiro problema situa-se no possível conflito latente com os direitos civis e políticos; b) a segunda dificuldade teórica insere-se na concepção funcional dos direitos sociais, situando-os em uma relação de

<sup>723</sup> STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 152-69.

<sup>724</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 585-7.

<sup>725</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 210.

subsidiariedade frente aos direitos individuais; c) outra dificuldade está no formalismo positivista, que prestigia o império da liberdade formal na esfera da aplicação da lei. Tais problemas inserem-se no argumento neoliberal de que os direitos sociais “não passam de promessas vazias e que, em última análise, acabam sendo atentatórios às liberdades e direitos individuais”<sup>726</sup>.

No que tange às falácias políticas sobre os direitos humanos e sociais, destacam-se três argumentos principais: a) os direitos sociais são direitos de segunda ordem, pois não participam do momento fundador do Estado de Direito, o qual foi estruturado para assegurar, preliminarmente, os direitos individuais; b) os direitos sociais dependem de uma economia forte, que possa manter as prestações sociais de incumbência do Estado; c) o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários, cumprindo notar, todavia, que a escassez de recursos afeta a integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais<sup>727</sup>.

Há uma diferença fundamental entre a dogmática da colisão e a hermenêutica filosófica, porquanto na primeira a consequência é a ponderação, a recair a sorte do caso sobre o subjetivismo do julgador, ao passo que a última é antirrelativista, alicerçando-se na tradição para criar uma espécie de “constrangimento epistemológico” no órgão decisório<sup>728</sup>.

É preciso admitir, com Gadamer, que “*os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos constituem a realidade histórica de seu ser*”. É preciso distinguir os verdadeiros preconceitos, que geram a compreensão, dos falsos pré-juízos, que levam aos mal-entendidos, buscando-se, de certo modo, provocá-los mediante o encontro com a tradição, o que implica em “suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto

<sup>726</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 211.

<sup>727</sup> *Ibid.*, p. 212-4. Por outro lado, vale referir que o autor tece críticas tanto à reserva do possível como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, quanto ao conceito de mínimo existencial, o qual, em face da indeterminação, abre espaço para o argumento do “voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante”. A concepção de mínimo existencial trabalhada na presente tese leva em conta tanto o mínimo vital ou fisiológico quanto o mínimo sociocultural, mediante a inserção do ser humano na vida comunitária, em especial mediante o direito à educação, sendo que um conceito fechado pode “sequestrar” a temporalidade do fenômeno, o qual varia em consonância com as circunstâncias fáticas de tempo e de lugar.

<sup>728</sup> Para Streck, há uma diferença entre decisão e escolha. A decisão jurídica “*não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha ou a eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quicá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107.



de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e *a fortiori* de todo preconceito tem a estrutura da *pergunta*<sup>729</sup> (grifos do autor).

Na esfera judicial, argumentos de política em matéria de direitos sociais não podem sobrepujar os argumentos de princípio, diante da necessidade de uma reconstrução da história institucional da proteção dos bens coletivos no Brasil. Isso à luz da hermenêutica filosófica e da percepção dos elos de conexão entre a linguagem e a realidade, porquanto “assume uma postura responsável com relação aos rumos da sociedade”, motivo pelo qual “a pergunta implica e exige uma atitude responsável por quem dialoga”<sup>730</sup>.

Decidir os casos que envolvem direitos sociais não significa uma substituição do administrador ou do legislador pela figura do juiz no processo de tomada de decisão, mas sim, assinalar a omissão inconstitucional e lesiva a direitos fundamentais, instando os poderes constituídos para que cumpram suas funções. A separação de poderes não pode implicar no descumprimento da Constituição; caso contrário, estar-se-ia adentrando em um terreno movediço, de modo a se validar uma contradição autofágica que pode minar a própria autonomia do Direito frente à política.

É preciso, pois, a adoção de mecanismos endoprocessuais voltados para assegurar a construção democrática de provimentos judiciais que estejam em consonância com a proteção suficiente dos direitos fundamentais<sup>731</sup>, independentemente do critério geracional, mediante a

---

<sup>729</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 368, 395-6.

<sup>730</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 244.

<sup>731</sup> Nesse sentido, a tutela inibitória possui um traço diferenciador em relação às tutelas de natureza ressarcitória (indenizatória): o dever de prevenção que brota da nova configuração do Estado Democrático de Direito. Marinoni assinala que para a efetiva proteção do direito fundamental ao ambiente e às normas que lhe conferem proteção, é necessária uma ação que “i) ordene um não-fazer ao particular para impedir a violação da norma de proteção e o direito fundamental ambiental; ii) ordene um fazer ao particular quando a norma de proteção lhe exige uma conduta positiva; iii) ordene um fazer ao Poder Público quando a norma de proteção dirigida contra o particular requer uma ação concreta (por exemplo, fiscalização de área de preservação permanente); iv) ordene um fazer ao Poder Público para que a prestação que lhe foi imposta pela norma seja cumprida (por exemplo, tratar da canalização de um rio); v) ordene ao particular um não-fazer quando o estudo de impacto ambiental, apesar de necessário, não foi exigido; vi) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento contraria o estudo de impacto ambiental sem a devida fundamentação, ressentindo-se de vício de desvio de poder; vii) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento se fundou em estudo de impacto ambiental incompleto, contraditório ou ancorado em informações ou fatos falsos ou inadequadamente explicitados”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 277-8. Daí a importância, também, das sentenças mandamentais, com a possibilidade da adoção das *astreintes*, inclusive direcionadas em face do agente público que contribuiu, por ação ou por omissão, para o déficit de proteção dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Ribeiro destaca as principais diferenças entre as sentenças mandamentais e as executivas, referindo a possibilidade, em relação àquelas, que a inércia do demandado pode configurar crime de desobediência ou ensejar a multa pecuniária (*astreinte*). RIBEIRO, Darci. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94.

(re)leitura do processo a partir da (des)construção de certas ideologias que prejudicam a efetividade (eficácia social) da tutela pretendida.

A tensão entre os princípios e a política deve levar em conta a violação de direitos fundamentais, por ação ou omissão do ente público, demandando uma compreensão ético-democrática do processo jurisdicional. Não há mais espaço para um processo pautado exclusivamente pelo modelo liberal-individualista de resolução de conflitos (“A” e “B”, “Caio” e “Tício”, etc.), haja vista que as questões trazidas pela dinâmica social reclamam a justiciabilidade dos deveres estatais, pena de se forjar uma “exceção constitucional” de caráter permanente no que toca à implementação de políticas públicas de direitos sociais.

Em relação ao caso português, Novais sustenta uma dogmática de direitos fundamentais unitária e abrangente, compreendendo os direitos *como um todo*. Ao tempo do Estado de Direito liberal, os direitos fundamentais identificavam-se com os direitos de liberdade, sobretudo o direito de propriedade; todavia, na medida em que a natureza liberal do Estado cedeu lugar a uma nova fase de Estado, o Estado social e democrático de Direito, houve o alargamento do elenco dos direitos considerados fundamentais, sendo incluídos os direitos sociais. Como lembra o autor, o Estado social não se basta, como anteriormente, com “a garantia e protecção da liberdade e da propriedade do reduzido corpo de cidadãos que possuíam recursos, as habilitações e a educação para procurar, por si próprios, as condições de uma existência digna”, destacando que o ente estatal assume-se também como provedor de “todas as pessoas sob a sua jurisdição e que, abandonadas às capacidades próprias e aos recursos proporcionados pelo livre jogo do mercado, seriam incapazes de aceder àquelas condições mínimas de existência”, ou seja, de “gozo de liberdade”<sup>732</sup>.

---

<sup>732</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 255-6. Refere que as “preocupações com a efectividade institucional, com a participação igualitária fáctica e não meramente jurídico-formal, à luz de uma nova concepção de dignidade da pessoa humana, que, num processo conhecido, haviam conduzido à *chegada* dos direitos sociais às Constituições, invadiram também as concepções gerais sobre os direitos fundamentais, incluindo uma reconversão profunda do próprio elenco dos direitos de liberdade (com a desvalorização relativa do direito de propriedade) e modificações sensíveis na forma de conceber os deveres que, das respectivas normas constitucionais de protecção, se impunham ao Estado. Essas mudanças reflectiram-se numa complexificação e diversificação dos tradicionais deveres de respeito e protecção, mas, sobretudo, geraram ainda o surgimento e desenvolvimento de um *novo* dever geral de promoção dos direitos fundamentais consentâneo com a posição interventiva do Estado social de Direito”. Explicita o autor que o “dever de promoção do acesso é sobretudo considerado no âmbito da garantia dos direitos sociais, dado que, precisamente, a escassez dos bens por eles garantidos e o seu custo inibem o respectivo acesso a grande parte da população. Assim, a dimensão principal destes direitos é justamente associada ao dever estatal de prestações fácticas de promoção de acesso a bens sociais, a ponto de ser muito comum, na doutrina, a identificação pura e simples dos direitos sociais com o dever de prestação. Essa identificação, não sendo rigorosa, é facilmente compreensível quando se tem em conta que para grande parte da população o acesso aos bens sociais como a saúde, a educação, a habitação ou o trabalho estaria facticamente vedado sem a ajuda estatal”. *Ibid.*, p. 257 e 262.

Assinala o autor que tudo aquilo que é dogmaticamente aplicável aos denominados “direitos de liberdade, às suas diferentes modalidades e nas várias dimensões juridicamente relevantes, é exactamente aplicável, na mesma medida e com idênticos condicionamentos, às correspondentes modalidades e dimensões dos direitos sociais”<sup>733</sup>.

A partir de uma sistematização, destaca três grandes diferenças no mundo dos direitos fundamentais: a) a opção normativa do legislador constituinte; b) a natureza do dever estatal correlativo (dever de respeito, dever de proteção ou dever de promoção do direito fundamental); e c) a estrutura negativa ou positiva do direito fundamental<sup>734</sup>. Salaria a existência de duas reservas: a) do *oportunamente adequado*, aplicável aos direitos a proteção ou ao cumprimento dos correlativos deveres estatais de proteção, com a violação ao princípio da proibição do défice ou da proibição de proteção insuficiente, na hipótese de lesão a direito fundamental desprotegido ou insuficientemente protegido por omissão do poder público; e b) do *financeiramente possível*, a qual incide nos deveres estatais de promoção, que constituem a “a dimensão principal dos direitos sociais”. Entende que a reserva do financeiramente possível é um “condicionamento real, objetivo que afecta intrinsecamente o conteúdo normativo de alguns direitos fundamentais”, entendimento em relação ao qual se diverge do doutrinador, justamente pela posição no sentido de que a reserva do possível deve ser comprovada pelo poder público e configura, ademais, um elemento extrínseco aos direitos sociais. Sustenta, também, que as diferentes reservas são determinantes porque são elas que “marcam e definem as margens correspondentes de legislador/administração e juiz no domínio dos direitos fundamentais, têm que ver com a natureza específica e própria de cada um daqueles deveres estatais”<sup>735</sup>.

Em sentido contrário à tese da unidade dogmática entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, a doutrina portuguesa majoritária diferencia os regimes jurídicos. Morais, por exemplo, adota uma posição consistente em um regime constitucional reforçado de proteção dos direitos civis e políticos, sustentando a natureza primacial dos direitos, liberdades e garantias. Os fundamentos do regime privilegiados dos direitos de liberdade, em seu entendimento, são os seguintes: a) supremacia material dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais como um imperativo de axiologia constitucional; b) a diferença qualitativa e quantitativa das obrigações prestacionais do Estado na esfera dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos sociais; c) a refração da supremacia substancial dos direitos,

---

<sup>733</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 268.

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 268-87.

liberdades e garantias na sistematização constitucional dos direitos fundamentais; d) reservas sobre a dimensão subjetiva dos direitos sociais a prestações constantes da Constituição; e) relevância do regime constitucional privilegiado de defesa dos direitos, liberdades e garantias; f) diferenças nos regimes de suspensão de direitos de liberdade de direitos sociais; g) o relevo horizontal e vertical da reserva parlamentar de lei na esfera dos direitos, liberdades e garantias; h) o regime de aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias nas suas dimensões positiva e negativa; i) o alcance da cláusula explícita de proteção dos direitos, liberdades e garantias como limite material de revisão constitucional. Quanto às fragilidades da tese da indivisibilidade de direitos, aponta o plano dogmático, a reserva do possível, o direito subjetivo, a separação de poderes e a legitimidade democrática, a unidade de ação administrativa, o princípio da igualdade e a preclusão de eventuais contradições argumentativas<sup>736</sup>.

Para além da dogmática que opera uma cisão estruturante entre direitos fundamentais, entificando o “ser” da Constituição e submetendo os direitos sociais a um tratamento secundário, uma compreensão hermenêutica integrativa contribui para a fundamentalidade dos direitos sociais e a sua justiciabilidade. A hierarquização promovida por determinado setor doutrinário, no sentido de que apenas o mínimo existencial estaria abrangido pela nota de fundamentalidade e não os direitos sociais como um todo, não encontra respaldo na Constituição da República Brasileira.

É preciso lembrar, por exemplo, que até o advento da Constituição da República de 1988, a saúde pública era prestada por entidades filantrópicas, sendo assegurada aos indivíduos que dispunham de planos de saúde ou, então, pelo sistema privado, mediante o código binário inclusão/exclusão inerente à economia de mercado. Após, foi instituído o Sistema Único de Saúde, mediante políticas sociais e econômicas que assegurem o tratamento universal e igualitário, na perspectiva da igualdade material como fundamento estruturante das prestações positivas do Estado.

A diferença ontológica contribui, desse modo, para uma (re)leitura no sentido de que os direitos individuais e os direitos sociais se sustentam reciprocamente, evitando a entificação do ser “direito social”, próprio do pensamento metafísico, que se ampara na cisão contemporânea entre “ser e dever-ser, entre fato e valor, entre questão de fato e questão de

---

<sup>736</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do estado social*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2014, (v. 2), p. 553-601.

direito, cisaõ essa que se sustenta numa concepção de neutralidade axiológica do ser e entende os valores como produto da subjetividade (filosofia da consciência)”<sup>737</sup>.

Uma compreensão integrativa de direitos fundamentais deve tomar em consideração a inequívoca dimensão intercultural da decisão jurídica democrática, o que implica no reconhecimento da igualdade na diferença, bem como à crítica diante da concepção (de)generacional dos direitos humanos fundamentais (Sánchez Rubio), a mascarar os processos de dominação ideológica provenientes da cultural liberal-individualista e dos embates para a afirmação da eficácia dos direitos sociais<sup>738</sup>.

### 5.7.2 O círculo hermenêutico e o dever de justificação jurídico-constitucional

A hermenêutica, para além do objetivismo do positivismo primevo e do subjetivismo das posturas realistas, “reivindica que a interpretação tenha sentido e que isso seja devidamente explicitado”<sup>739</sup>.

A ideia do círculo hermenêutico remete ao reconhecimento de que toda a interpretação é norteada por pressupostos do entender, sendo que o decisivo não é sair do círculo, senão entrar nele de modo justo, conforme chegou a falar Heidegger. É preciso distinguir entre uma concepção lógico-epistemológica e uma concepção fenomenológica do círculo. Nesse sentido, do ponto de vista lógico, “o círculo será somente *vitiosus* quando em uma prova se dedique, por exemplo, a dar por suposto o que há de provar-se. Neste caso, se pode falar também de uma *petitio principii*”. Já o círculo fenomenológico se aplica ao “conteúdo puramente descritível do círculo do entender: em efeito, expressa a circunstância demonstrável de vez em quando de que toda interpretação se deixa guiar por pressupostos do entender: no propósito, na previsão e na antecipação”. Daí que a “interpretação que seja consciente, ao menos, de seu juízo preestabelecido, verá que ‘sua primeira, constante e última função é evitar que as ocorrências e os conceitos populares lhe imponham em nenhum caso o ‘ter’, o ‘ver’ e o

<sup>737</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 293.

<sup>738</sup> Seria equivocado pensar que “as mesmas condições do passado nas quais surgiram os chamados direitos individuais, permaneceram na atualidade e que nada de modificações deste então. As gerações de direitos humanos parecem que questionam isto, porém, creio que não se sai do ‘perfeito’ modelo inicial. No interior do próprio desenvolvimento do sistema capitalista, uma vez que triunfou a classe burguesa e subiu ao poder, foram surgindo outros coletivos humanos que sofriam outras situações de exploração e marginalização social. Reagiram à sua maneira, com suas próprias especificidades – a classe operária, mulheres, negros – porém tiveram que se adaptar à forma de institucionalizar e garantir direitos estabelecida pelos que controlaram o poder e suas formas de expressão”. SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 99-101.

<sup>739</sup> STRECK, op. cit., p. 331.

‘conceber’ ‘prévios’. Dessa maneira, não se pode afirmar que este “conceito de interpretação hermenêutica representa carta branca para todo juízo preestabelecido de caráter interpretativo”, tratando-se, em verdade, de um “conceito interpretativo crítico, mais ainda, autocrítico, que se preocupa de uma demonstração pelas coisas mesmas”<sup>740</sup>.

Daí a necessidade de se “escutar o texto” enquanto evento, o que significa dizer a necessidade de se estabelecer um diálogo hermenêutico tomando como referência a existência histórica. Isso porque o intérprete “não pode compreender o conteúdo de um ponto situado fora da existência histórica”, senão “somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)juízo”. O mandamento fundamental de toda interpretação reside em “proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas elas mesmas’”, tarefa que “não é discricional se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto”, de tal modo que não existe interpretação constitucional como concretização “independentemente de problemas concretos”<sup>741</sup>.

Assim, quando Gadamer refere que não se interpreta por etapas, está a deixar claro a incidibilidade entre a compreensão, a interpretação e a aplicação. A impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar implica a “impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos”, porquanto o intérprete “sempre atribui sentido (*Sinngebung*)”<sup>742</sup>. Ademais, a impossibilidade de cisão afasta a ideia de “ponderações em etapas”, o que coloca em xeque as teorias argumentativas, reféns do “paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência”<sup>743</sup>.

<sup>740</sup> GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Herder, 2003. p. 130-1. (Tradução nossa). Como afirma o autor, “a ideia do círculo descreve o constante processo de revisão das antecipações do entender, e o faz à luz de uma compreensão mais profunda do todo e de suas partes. Gadamer reconhecerá na coerência do todo e de suas partes um critério da correção do entender”. Logo, “o que eu trato de entender tem que constituir um todo coerente. Se vê nisso que, para Gadamer, a concordância da interpretação com esse sentido coerente segue sendo a norma teleológica de toda interpretação. Essa coerência na coisa é o que antecipa o entender”. Salienta, ainda, que “o círculo, em Gadamer, descreve mais bem um constante processo de revisão, mais ainda, uma regra imanente de toda interpretação: há que elaborar os projetos de compreensão que se aproximem mais à coerência do *interpretandum*”. *Ibid.*, p. 131-3. (Tradução nossa).

<sup>741</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 61-2.

<sup>742</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91.

<sup>743</sup> *Ibid.*, p. 91. Daí a acertada crítica de Lenio Streck à ideia de cisão entre justificação (associada à validade normativa) e aplicação (adequabilidade ou concreção) proposta por Klaus Günther, em sua *Teoria da Argumentação*. Para um aprofundamento, ver GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

Na atividade de interpretação constitucional, é preciso, ainda, atentar aos limites semânticos do texto, o que delimita o âmbito de possibilidades tópicas ou a partir do problema, o que é um pressuposto da “função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição”. Nessa senda, se, por um lado, é viável a mutação constitucional por interpretação, por outro, está excluído “um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação”. Logo, onde o intérprete “passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”<sup>744</sup>.

Dá a importância de se levar a sério uma concepção democrática de processo e de decisão jurídica. Quais os efeitos endoprocessuais da democracia, a fim de que seja cumprida a exigência de justificação jurídico-constitucional do processo de tomada de decisão?

Tomaz de Oliveira refere que “uma decisão judicial estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a *coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade*”. Destaca, ainda, como base em Dworkin, que a ideia de princípio “não é materializável *a priori* em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade diferencial dos significados destes instrumentos jurídicos”<sup>745</sup> (grifos do autor).

A seu turno, Walber Carneiro, em sua proposta hermenêutica, alicerçada em uma filtragem heterorreflexiva, sustenta a necessidade de uma abertura compreensiva no jogo dialógico contratextual, além de diálogos com o sistema, a doutrina, a jurisprudência e as partes, sendo que a análise correta dos precedentes reclama a consciência de que “por trás das súmulas, ementas e acórdãos, existem problemas, situações concretas cujos sinais característicos foram determinantes para a formação do julgado”<sup>746</sup>.

O processo jurisdicional democrático prestigia a participação do cidadão na resolução dos conflitos de interesse, ora pelo fato de que o juiz deve ouvir as partes envolvidas, ora em razão do dever de fundamentação das decisões judiciais, em consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Em uma perspectiva crítica, Nunes refere que o contraditório “constitui uma verdadeira garantia de não surpresa”, aglomerando os seguintes direitos: a) direito a uma

---

<sup>744</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 69-70.

<sup>745</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 216.

<sup>746</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 278.

cientificação regular durante todo o procedimento; b) direito à prova; c) direito de assistir pessoalmente a assunção da prova; d) direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada, que decida a causa de acordo com as provas e elementos adquiridos no debate contraditório<sup>747</sup>.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), publicado em 17 de março de 2015 e em período de *vacatio legis* (um ano – artigo 1.045), demanda uma leitura na perspectiva traçada pela coerência e pela integridade do Direito, exigindo do magistrado uma atuação pautada “em princípios, e não por fé”, cujo alicerce estruturante é uma “doutrina da responsabilidade”.

Em um esforço de síntese e destacando alguns aspectos do NCPC, cumpre ressaltar que o legislador acolheu o contraditório como garantia de influência e de não surpresa, sendo que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (artigo 9º), com a ressalva das hipóteses de tutelas de urgência/evidência. Estabeleceu, ainda, que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (artigo 10).

Vale destacar que o artigo 371 do Novo Código de Processo Civil (NCPC) afasta a ideia do livre convencimento motivado do juiz, em uma ruptura paradigmática com a filosofia da consciência, em razão do giro ontológico-linguístico da hermenêutica filosófica. Deve o magistrado, pois, declinar as razões de seu convencimento, dentro de um cenário processual caracterizado pela intersubjetividade (comparticipação e policentrismo)<sup>748</sup>.

<sup>747</sup> NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 170-1. Nessa toada, o princípio do contraditório dinâmico receberia uma nova significação, passando a ser entendido como “*direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões*”. Isso representa uma transformação do conceito de contraditório na doutrina pátria, reduzido ao mero direito à bilateralidade de audiência (dizer e contradizer), operando-se uma teorização de relevância prática quando confrontada com a proposta de Fazzalari: “o contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. amp. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p. 94.

<sup>748</sup> O modelo constitucional do processo, segundo Dierle Nunes, tem como fio condutor o policentrismo processual e a participação, capazes de implementar uma “responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos provimentos”. Afirma, ainda, que o processo, “em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada a cada caso em análise”. NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 360-1.



Nos litígios de interesse público, caracterizados em regra pela edição de provimentos judiciais de natureza prestacional em face do Poder Público, as ideias de participação e policentrismo decisório podem contribuir para uma “execução dialogada” no processo de implementação de políticas públicas de direitos sociais, destacando-se que a complexidade das demandas reclama a fixação de cronogramas de execução, a exemplo da judicialização das questões afetas ao saneamento básico, com a construção de redes de água e esgoto. Assinala Saldanha que não há um “modelo fundante ou congelado de contraditório”, destacando, com propriedade, que, dentre as demandas recebidas pelo poder judicial, estão pautas de reivindicação vinculadas aos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, “como moradia, saúde, educação, proteção ao meio ambiente, direitos das minorias e tantas outras categorias de direitos que impõem uma diversa perspectiva de proteção jurisdicional para serem atendidas com eficácia”<sup>749</sup>.

O dever de justificação da decisão judicial (ou de fundamentar a fundamentação) está previsto no artigo 489, § 1º, do NCPC, em consonância com o comando constitucional (artigo 93, inciso IX), estabelecendo o legislador o dever de responsabilidade política da jurisdição como corolário da democracia endoprocessual.

Dessa maneira, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida: significa dizer que não deve o juiz ou tribunal, no ato de decidir a lide, cingir-se à mera reprodução dos textos legais, de tal modo que o raciocínio meramente subsuntivo, descolado da realidade fática do caso concreto, implica em nulidade do *decisum*;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso: a adoção de conceitos indeterminados não pode ser utilizada pelo magistrado como um recurso indiscriminado, a revelar que o legislador buscou imprimir relevo à singularidade do caso concreto, diante dos problemas da abstrativização da prestação jurisdicional;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão: a exigência democrática da motivação tem em perspectiva a faticidade do caso analisado pelo julgador,

---

<sup>749</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil*. A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. p. 203-4.

sendo que não é considerada fundamentada a decisão que se reporta à consideração de motivos genéricos ou desvinculados da singularidade da lide;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador: o legislador acolheu o princípio da vinculação ao debate, não podendo surpreender as partes com um fundamento novo lançado sem a análise das partes, motivo pelo qual deve analisar os argumentos expendidos pelas partes como garantia do contraditório dinâmico;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos: a adoção indiscriminada de precedentes ou enunciados de súmulas sem a vinculação temática com a causa debatida nos autos do processo macula de nulidade a decisão judicial. É preciso diferenciar o precedente da súmula, pois o primeiro decorre da reconstrução da história institucional do respectivo tribunal (inferior ou superior) sobre a matéria decidenda, ao passo que o enunciado sumular se aproxima do instituto dos assentos no sistema português. Há sérias críticas feitas por Lenio Streck<sup>750</sup>, com base em Castanheira Neves, em torno das súmulas vinculantes, diante do engessamento do tempo do Direito e da evolução dos acontecimentos sociais (*holding*);

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento: as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, do sistema da *Common Law*, são fundamentais para a distinção ou a superação do precedente, de modo a se assegurar a estabilidade, a coerência e a integridade nas decisões judiciais.

Todavia, o § 2º do artigo 489 do NCPC viola os ideais de coerência e de integridade, ao estatuir que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Há uma aproximação falha com a teoria da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, pois o referido autor defende a colisão entre princípios e não entre regras, sendo que a ponderação é

---

<sup>750</sup> Refere o autor que a “súmula vinculante, por sua vez, assemelha-se ao assento português, uma vez que, tal como foi concebida, se desvincula dos julgados que a formaram e adquire autonomia, isto é, vale seu enunciado por si somente, por consequência, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, impondo-se como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicado a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula [...]”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71-2.

uma regra (e não um princípio) extraída do princípio da proporcionalidade (subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

### 5.7.3 A tradição e os ideais de coerência, integridade e consequência

De que maneira é possível uma aplicação coerente e íntegra dos direitos sociais por parte do poder judicial?

O recurso hermenêutico à tradição confere um limite objetivo à interpretação judicial, a partir da necessidade da reconstrução da história institucional do Direito, compreendido sob a melhor luz, dentro de uma cadeia discursiva onde sobressaem os ideais de coerência e integridade.

Ora, mas o que significa propriamente a tradição?

A tradição, segundo Gadamer, não corresponde ao mero prosseguimento da transmissão de uma informação sobre algo que aconteceu, tratando-se de monumentos, isto é, aquilo que reclama a necessidade de pensar algo e em que se deve pensar. Isso se dá por lembrança mítica, de maneira que a essência do mítico reside no fato de ele não ser passível de verificação e de comprovação com vistas à correção. A ideia de uma ciência universal que abrange todas as verdades não se compatibiliza com o ponto de vista da experiência, cujo progresso impassível de ser concluído transpõe qualquer verdade alcançada. A liberação das ciências humanas da dependência direta do ideal metodológico das ciências naturais decorre do âmbito no qual aqueles se movimentam, isto é, a prática, que corresponde a uma fonte de experiência e inteligência. A prática de vida leva a situações de decisão e quer-se decidir de maneira correta, sendo que não se segue uma evidência baseada em demonstrações, entrando em cena um pressuposto que se encontra no mesmo nível da filosofia prática: a ética, em conexão com *ethos* e com o hábito que se adquiriu, seguindo-se processos de adaptação iniciados muito cedo e que se denominam “socialização”. Na vida prática, não são seguidos cegamente os padrões de civilidade, mas sim, assume-se uma responsabilidade essencial à pessoa no processo de tomada de decisão<sup>751</sup>.

---

<sup>751</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antonio Casanova, Petrópolis: Vozes, 2009. p. 226-37. Conforme Gadamer, “o encontro com as formas de cultura humana, com as questões da religião, do direito, dos hábitos, do agir, um encontro que tem lugar na ciência, não é certamente igual à própria decisão do agente na concreção de sua situação de vida. E, no entanto, exatamente esse é o elemento particular que as assim chamadas ciências humanas trazem para o interior do todo de nosso fazer científico, o fato de todos os seus encontros e de todos os seus assim chamados ‘objetos’ não serem submetidos a uma ciência esclarecedora, tal como essa ciência nos deixa de resto perseguir as ordens da natureza enquanto a meta suprema do conhecimento e reconhecer tudo como casos de leis. As ciências humanas pertencem muito mais a ordens que se formam e se transformam constantemente junto a elas por

No plano interconstitucional, debate-se sobre a adoção de um sistema coerente de intervenção judicial na esfera dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, tomando-se como referências a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão e a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A autoridade da tradição em Gadamer está associada à responsabilidade no mundo prático, o que se reflete nos ideais de coerência e integridade no Direito, tendo com ponto de apoio a lição de Dworkin. Além disso, as consequências da decisão jurídica democrática devem ser tomadas em conta, não na perspectiva utilitarista<sup>752</sup>, mas à luz de uma compreensão hermenêutica de natureza deontológica da comunidade de princípios<sup>753</sup>. Nessa perspectiva, o campo jurídico, com a sua inter-relacionalidade e interferência no contexto problemático, terá de convocar uma “ética da responsabilidade”, tomando-se em conta o “resultado da decisão”, cumprindo anotar que tal relevo “não autonomiza qualquer outro cânone metódico”, pois a “consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justeza normativo-material”<sup>754</sup>.

Um convite ao tema reclama o contributo de Victor Hugo, pensador francês e crítico da injustiça social e da miséria da França no século XVIII, destacando-se pelo enfrentamento da pena de morte em suas obras, designadamente em “O último dia de um condenado”. Na

---

meio de nossa própria participação concreta e que contribuem, com isso, para o nosso saber sobre as possibilidades humanas e sobre os pontos normativos comuns que dizem respeito a nós mesmos. Assim, elas nos colocam diante de nós mesmos. Todavia, isso sempre inclui a visão de nossos próprios limites”. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antonio Casanova, Petrópolis: Vozes, 2009. p. 236-7.

<sup>752</sup> Com razão aponta García Figueroa que Dworkin endereça suas críticas ao positivismo jurídico, ao realismo e, finalmente, rechaça o utilitarismo: a teoria de Dworkin “se mostra decididamente contrária ao utilitarismo. Esta corrente unificaria o positivismo e realismo jurídicos por quanto que ambos compartilhavam a comum característica de excluir a moral do direito. Esta vinculação do positivismo jurídico ao utilitarismo que se observa na construção de Dworkin, estranha aos olhos do teórico do direito continental, é habitual na jurisprudência de raiz inglesa. Neste sentido, Dworkin sai em defesa dos direitos morais das pessoas frente aos cálculos consequencialistas das correntes utilitaristas, erigindo-se assim em um autêntico ‘anti-Bentham’. Por outro lado, participa em um amplo movimento tendente a romper a circularidade implícita no sintagma ‘Estado de Direito’ quando o direito é identificado com a vontade do Estado”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 220.

<sup>753</sup> Em um sentido análogo, MacCormick ensina que “como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual tal decisão *deveria* favorecer um lado em vez do outro, as consequências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente”. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 193. Refere, apenas, que “os direitos são consequências em relação às decisões de princípios que fazemos no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas”. Id. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 160.

<sup>754</sup> NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra (Studia Iuridica I), 1993. p. 203-5.

leitura proposta por Streck<sup>755</sup>, a pena de morte deve ser banida por princípio, não admitindo eventuais razões de conveniência com base na empiria, afastando-se, pois, de leituras utilitaristas ou consequencialistas (no sentido negativo).

Nessa linha de compreensão, se é verdadeiro o argumento de que há uma tradição ilegítima que conforma o modo de interpretação dos juristas, que apostam na plenipotenciariade da regra, na equiparação entre texto e norma, entre vigência e validade, na busca de essências (vontade da norma ou do legislador), não menos acertada é a tese ancorada na existência de uma tradição legítima, conformada à luz do constitucionalismo contemporâneo e das correntes pós-positivas que sinalizam para a superação do modelo exegético-positivista, que ampara decisões tomadas a partir de raciocínios subsuntivos, em pleno modelo do Estado Democrático de Direito<sup>756</sup>.

Uma comunidade política somente tem força moral para impor obrigações aos seus membros se tratar as pessoas com igual consideração e respeito, ou seja, se suas políticas tratarem as vidas das pessoas como igualmente importantes e respeitarem as responsabilidades individuais sobre as suas próprias vidas, de modo que os princípios da dignidade são “trunfos em relação às políticas coletivas do governo”<sup>757</sup>.

Entre nós, o artigo 926 do NCPC prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A tradição legítima conforma a integridade e a coerência das decisões, demandando o exame da cognição judicial<sup>758</sup> na órbita

<sup>755</sup> STRECK, Lenio. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>756</sup> Id. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322. Segundo o autor, tomando por base a obra de Gadamer, “[...] o legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central-primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem (R. Hönlgswald): a linguagem não é um mero fato, e sim princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que *a tradição terá uma dimensão linguística*. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer [...]”.

<sup>757</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 338.

<sup>758</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118. Refere o autor que “a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade). No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Neste plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (parcial), segundo a extensão permitida. No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta)”. Ibid., p. 118.

do processo envolvendo litígios de interesse público, nomeadamente na esfera dos direitos sociais e das respectivas políticas públicas.

Com apoio na tradição hermenêutica e na coerência de princípios que integram o Direito, sustenta-se o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Reportando-se à temática ambiental, a título de ilustração, se no plano do direito material é inaceitável a tese da existência de um direito adquirido de degradação ambiental, o plano processual deve corresponder à natureza do direito subjetivo posto em causa, de espectro coletivo.

Isso porquanto o direito ao ambiente transcende os aspectos patrimoniais, sendo que a sua nota de fundamentalidade ou imediatidade demanda uma compreensão hermenêuticamente adequada do processo coletivo na perspectiva do dever de proteção do Estado<sup>759</sup>. No caso de contaminação de uma baía, é evidente que a mesma não pertence a ninguém em particular, danos que serão suportados pela comunidade em conjunto, assim como a limpeza beneficiaria o grupo em sua totalidade. Daí o seu caráter de indivisibilidade reclama a adoção das ações coletivas para a proteção dos direitos difusos em jogo<sup>760</sup>. A dimensão temporal reclama a concretização efetiva do princípio da duração razoável do processo, com a tramitação célere e efetiva da causa, sem abdicar da qualidade do provimento jurisdicional. Mormente na temática do Direito do Ambiente, o tempo adquire especial relevância, sobretudo diante da natureza irreversível ou a difícil reparação dos danos ambientais, além dos princípios da precaução e da prevenção<sup>761</sup>.

Daí se extrai a importância dos ideais de coerência e integridade, devendo os juízes, de igual modo, levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles somente podem fazê-lo “na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas”<sup>762</sup>.

---

<sup>759</sup> Darci Ribeiro faz uma distinção entre direitos subjetivos imediatos e mediatos, comparando-os, na linha de Ferrajoli, com os direitos fundamentais e patrimoniais, respectivamente. O referido doutrinador, na linha de Ávila, entende que a efetividade é um postulado normativo, ressaltando a sua real importância para a construção do Estado Democrático de Direito. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

<sup>760</sup> Cf. GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Tradução de Lucio Cabrera Acevedo. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 57.

<sup>761</sup> O Direito do Ambiente, “diferentemente dos demais ramos do saber jurídico, muito dificilmente opera seus efeitos pela ótica da reparação dos danos. Ele é, por natureza, um Direito que, para ser efeito, deve se antecipar aos fatos que busca combater. É um ramo da ciência jurídica notadamente acautelatório, que se pauta pela prevenção aos danos ambientais, afastando, antecipadamente, o ilícito, ou fazendo-o imediatamente cessar”. TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 162.

<sup>762</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 148. Enquanto Posner defende um consequencialismo de caráter econômico, Dworkin defende uma

É preciso conferir autonomia ao Direito de modo a evitar que argumentos de política ou de economia possam fragilizá-lo, mormente na conjuntura atual, em que a sociedade parou de se questionar (Castoriadis), pautando-se por uma lógica utilitarista (no sentido negativo), que vulnera os direitos fundamentais sob a alegação de um suposto “bem-estar geral”, ao talante das maiorias políticas. A coerência é uma valiosa ferramenta contra a discriminação, ao passo que a integridade no Direito impõe à jurisdição que trate as pessoas com igual consideração e respeito.

#### 5.7.4 A faticidade e a garantia de igual liberdade: a universalização dos direitos sociais

A fundamentação ética dos direitos sociais pressupõe duas etapas fundamentais, quais sejam, a consideração do direito à igualdade como critério de aferição da universalidade e a leitura não reducionista da filosofia política kantiana<sup>763</sup>.

A ideia de igualdade social exige, para além da igualdade formal, a igualdade material, mediante a elaboração legislativa voltada ao atendimento das demandas sociais dos excluídos. A eliminação das desigualdades configura tarefa irrenunciável pela constatação de igual “dignidade das pessoas, apesar das desigualdades físicas e psicológicas. Essa igualdade material é que irá garantir a cada indivíduo o gozo de renda mínima, moradia digna, emprego, assistência sanitária, educação fundamental e apoio em tempos de dificuldade”<sup>764</sup>.

Já o modelo teórico sugerido pelo autor é o kantiano, partindo-se da segunda formulação do imperativo da moralidade – “seres racionais estão pois todos submetidos a esta

---

espécie de consequencialismo deontológico, razão pela qual, em sua leitura, o direito como um todo (e não as ideologias ou preferências subjetivas), associado aos princípios, auxiliam o juiz a mapear e a decidir quais consequências devem ser tomadas em avaliação. Após o debate em torno do pós-escrito de Hart e da questão da filosofia política, Dworkin faz um apelo àqueles que planejam se dedicar à filosofia do direito: “Quando o fizerem, assumem as legítimas responsabilidades da filosofia e abandonem a neutralidade. Falem em nome da sra. Sorenson e de todas as outras pessoas cujo destino depende de novas afirmações acerca daquilo que o direito já é. Ou, se não puderem falar em nome delas, pelo menos falem com elas e expliquem porque elas não têm direito àquilo que reivindicam. Falem com os juristas e juízes que terão de se haver com a nova Lei dos Direitos Humanos do Reino Unido. **Não digam aos juízes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Eles querem saber como entender essa lei enquanto direito, como decidir, e a partir de qual fonte, de que modo a liberdade e a igualdade passaram a ser vistas em nossos dias, não apenas com ideais políticos, mas também como direitos jurídicos [...]**”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 263-4. (grifo nosso)

<sup>763</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 218.

<sup>764</sup> Ibid., p. 221. O autor afirma que é o “*status positivus* que permite ao Estado construir socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva”, assinalando, ainda, que “só se pode exigir de um cidadão que assumam responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna”. Ibid., p. 220-1.

lei que manda que cada um deles jamais se trata a si mesmo com meios, mas sempre simultaneamente como fins”, salientando que a “fundamentação ética kantiana aponta para a natureza social do ser humano”, o que confere condição de possibilidade para desenvolver a “ideia de que os direitos sociais têm caráter de universalidade obrigatória”<sup>765</sup>.

Aquele que “compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão”, o que significa dizer que, para a hermenêutica jurídica, é essencial que a lei “vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica”<sup>766</sup>. Lenio Streck, tomando como alicerce o pensamento de Gadamer, afirma que “um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetual*) do intérprete”<sup>767</sup>.

A singularidade do caso concreto e a reconstrução da história institucional do Direito devem ser tomadas em conta pelo intérprete ao aplicar os precedentes, sob pena de uma hermenêutica divorciada dos ideais de coerência e de integridade no Direito e na decisão judicial. Daí se releva a importância da *applicatio* para a compreensão do Direito, haja vista que, em Gadamer, há uma indissociabilidade entre interpretação e aplicação<sup>768</sup>.

É justamente na “abertura da clareira” que devem ser estabelecidas as bases para “*descobrir o ainda não-desvelado (ou o que foi entulhado) do texto constitucional*”, exigindo-se do intérprete a tarefa do desvelamento do sentido (in)autêntico que compromete a eficácia das normas constitucionais, mediante o acontecimento da Lei Maior em sua substancialidade<sup>769</sup>.

<sup>765</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 222. Releva notar, segundo o autor que, o caráter de universalidade obrigatória dos direitos sociais deriva do fato de “serem direitos que se encontram nas origens da sociedade humana, representando a dimensão da pessoa como *bios politikôn*”. *Ibid.*, p. 222.

<sup>766</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 406-7.

<sup>767</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 297-9.

<sup>768</sup> Como refere Silva Filho, “Gadamer aponta a indissociabilidade entre interpretação e aplicação como uma decorrência da  *fusão de horizontes*, onde o intérprete, situado em seus pressupostos, ao se dar conta dos mesmos, propicia o aparecimento da novidade que o objeto a ser interpretado descortina. Esta novidade virá como uma resposta para a pergunta que o intérprete faz, daí porque quanto mais visível esta estiver, melhor será entendida aquela. Assim, quando o operador do Direito se depara com o texto da norma, ele já traz a pergunta que o motivou em direção a ele. Esta pergunta é formada, de modo complexo, abrangendo os conhecimentos dogmáticos que possui previamente, o problema concreto ou fictício que busca resolver e os conhecimentos que possui quanto ao âmbito da norma. No embate destes elementos, o texto da norma será sempre acrescido de uma nova compreensão, abrindo espaço para que algo mais seja dito, propiciando reformulação, reafirmação ou acréscimo”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003. p. 152-3.

<sup>769</sup> STRECK, op. cit., p. 302-4.



Ferrajoli<sup>770</sup> refere que as relações entre os direitos, como assinala a história, são de sinergia, destacando que “sem a garantia de direitos sociais, em especial à educação e à informação, os direitos de liberdade não podem ser exercidos com conhecido de causa, assim como, sem a garantia dos direitos de liberdade, também não o são os direitos políticos”.

Ademais, a reserva do possível encontra reservas na observância da “esfera do indecidível que não”<sup>771</sup>, a apontar que a saúde pública, máxime de crianças e adolescentes, configura autêntica função de garantia, razão pela qual vincula os Poderes Constituídos, em especial o Executivo, à observância do direito fundamental.

Por sua vez, é preciso lembrar, com Cittadino, que a forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira depende da superação da “*cidadania de baixa intensidade*”, conferindo-se “prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal”. A cidadania juridicamente participativa dependerá da atuação do Judiciário e da jurisdição constitucional, mas, sobretudo, “do nível de pressão e mobilização política que, sobre ele se fizer”<sup>772</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores na temática relativa ao direito fundamental à saúde passou por algumas fases, conforme registra Barcellos<sup>773</sup>, sendo que, em um primeiro momento, a compreensão que se tinha era de que o artigo 196 da Constituição Federal era uma norma programática, cabendo ao Executivo e ao Legislativo a criação e a execução de políticas públicas, pois dependem de previsão orçamentária, e não ao Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Em uma segunda fase, o referido entendimento foi reformulado pela jurisprudência, em face de decisões de concessão de prestações de saúde, com fundamento constitucional, ainda no final da década de 1990, concluindo-se no sentido da irrelevância dos óbices à intervenção do Poder Judiciário, tratando-se de formalidades, não raras vezes, sequer destacadas na decisão judicial.

---

<sup>770</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

<sup>771</sup> Ferrajoli sustenta que não existe contraposição entre os direitos fundamentais, mas sim, que o verdadeiro contraste está na concepção de poder e em sua relação com as liberdades. Id. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. (v. 1). p. 414.

<sup>772</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 231-2.

<sup>773</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Cord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 159-82.

A questão da judicialização da saúde fez com que houvesse a coexistência de uma terceira fase, consistente nos problemas decorrentes da referida judicialização, sem prejuízo dos méritos, a partir das seguintes críticas: 1) crítica financeira (custos/equidade), relacionada ao custo das prestações concedidas pelo Judiciário e do impacto dessas decisões em relação à igualdade na distribuição dos recursos; 2) crítica técnica, consistente na alegação de falta de capacidade técnica ou operacional do Judiciário em matéria de saúde pública; 3) crítica política, segundo a qual não caberia ao Judiciário definir as prioridades em matéria de saúde pública, em virtude do cenário de escassez de recursos. Diante das limitações das críticas, é possível sustentar a existência de uma quarta fase, tratando-se de buscar soluções alternativas no Direito a fim de que se consiga lidar com a judicialização da saúde e as suas críticas<sup>774</sup>.

Para isso, alguns caminhos alternativos podem ser destacados: a) a utilização preferencial de ações coletivas; b) o esforço de diálogo e de construção de soluções compartilhadas não apenas no momento que antecede à judicialização, mas no interior do próprio processo jurisdicional, buscando-se medidas não apenas de caráter coercitivo, mas, sobretudo, dialógico nas demandas judiciais envolvendo a Administração Pública; c) o acesso à informação, tema relacionado ao controle social e jurídico, com a participação da sociedade para a melhoria do SUS, com dados referentes aos investimentos a serem aplicados em saúde, os serviços que serão prestados à população, além do resultado pretendido. Em suma, da indiferença à euforia na interpretação referente ao direito à saúde, é importante a construção de caminhos alternativos mediante o diálogo entre o Direito e os demais campos do conhecimento, “de sorte que será preciso desenvolver, do ponto de vista jurídico, formas por meio das quais essa interação poderá acontecer”<sup>775</sup>.

Dos julgados analisados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, foram tratados, em regra, como direitos subjetivos individuais, olvidando-se da sua dimensão coletiva, o que prejudica a universalização e o acesso igualitário ao sistema público de saúde por parte da população que não recorre ao Judiciário<sup>776</sup>.

---

<sup>774</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 159-82.

<sup>775</sup> *Ibid.*, p. 171-82.

<sup>776</sup> Para Rodotà, a perspectiva de solidariedade em matéria de direitos sociais está associada à crise do Estado Social, manifestando-se em sua dimensão universalística entre pessoas, resguardando a tutela geral da saúde; entre gerações, no caso do sistema de pensões; e em relação a determinados bens, como na questão ambiental, entre as gerações presentes e futuras. A autodeterminação exige que se garantam as condições do agir livre em um contexto social adequado, sendo que os direitos sociais são estruturantes para o exercício dos direitos civis e políticos, confirmando uma linha reconstrutiva alicerçada na conexão entre os princípios e a indivisibilidade dos direitos. A solidariedade projeta efeitos além-fronteiras, a exemplo dos assuntos

Não se pode olvidar que a racionalidade, a universabilidade e a coerência são filtros hermenêuticos para uma resposta constitucionalmente adequada<sup>777</sup>.

Em relação aos parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, Sampaio afirma faz uma distinção entre as violações de direitos fundamentais por ação e por omissão do Poder Público: no primeiro caso, havendo quebra aos deveres de abstenção ou de respeito (dimensão negativa dos direitos fundamentais), incide o *princípio da proibição do excesso*; já quando em causa a ofensa aos deveres de proteção e promoção desses direitos (dimensão positiva dos direitos fundamentais), cabe o recurso ao *princípio da proibição da insuficiência*. Em relação ao último princípio, após a identificação de um dever de proteção ou de promoção, há que se precisar *como* se dará a proteção e/ou promoção, ou seja, de um segundo patamar argumentativo, recorrendo o autor à doutrina de Reis Novais, para acentuar o recurso aos seguintes subprincípios: princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da razoabilidade. Em todo esse complexo, a *justificação constitucional* assume relevo, sendo que eventual restrição à política pública de direitos sociais deve estar ancorada em *razões suficientemente fortes* que justifiquem a atuação estatal restritiva<sup>778</sup>.

Consoante Streck, a igualdade, o devido processo legal, o republicanismo, o Estado Social, o dever fundamental de concretização dos direitos sociais, entre outros, são “*obrigações principiológicas de raiz, que vinculam a applicatio*”<sup>779</sup>. O princípio tem um caráter deontológico e não se dá antes da *applicatio*, de modo que se deve partir para um recorte teórico que possibilite: a) que os princípios representem uma concepção pós-

relativos à imigração e à tutela do ambiente ou da garantia transnacional dos direitos sociais (projeção cosmopolita da solidariedade). Impõe-se uma compreensão da cidadania como igualdade de direitos, além da ideia em torno da “democracia de proximidade”, a fim de se reforçar os vínculos comunitários em prol da efetivação dos direitos sociais. Ressalta a necessidade de expansão da cultura de participação, bem como da legitimação para agir da pessoa para a tutela dos interesses não egoístas, não individuais, abrangendo as situações coletivas, a exemplo da proteção do ambiente e do espaço urbano. Assim, o discurso da crise do Estado não pode permitir uma leitura ideológica, de tal maneira que a temática dos recursos escassos implica diretamente os critérios de alocação, em uma interpretação “constitucionalmente orientada”, compreendendo a solidariedade como uma “utopia necessária”. RODOTÀ, Stéfano. *Solidarietà: un’ utopia necessaria*. Roma: Laterza, 2014. p. 50-1; 78-9; 82; 103; 118-9; e 126.

<sup>777</sup> Nesse sentido, conforme refere MacCormick, “uma vez que a argumentação judicial caminhe nos limites da universalizabilidade, a matéria também dirá respeito ao estabelecimento de normas de correção, trazendo ao centro do argumento, portanto, razões de correção. Nesse contexto e nesse nível, correção e orientação a objetivos são dois lados da mesma moeda”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 160. Ainda segundo MacCormick, a noção de “justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual”. Id. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 126.

<sup>778</sup> SAMPAIO, Jorge da Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 658-9.

<sup>779</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

positivista do Direito, em um processo de descontinuidade em relação aos “princípios gerais” do positivismo; b) que os princípios não substituam a legislação democrática, sobretudo a Constituição, sob pena do risco decorrente do “pamprincipiologismo”; c) que os princípios apontem para um processo de consolidação, evitando-se o “grau-zero principiológico”. Pode-se debater a aplicação dos princípios, em um nível hermenêutico, mas não o seu “domínio” sintático-semântico, sendo que talvez nisso resida o “principal problema para a compreensão do que seja um princípio e a sua diferença em relação à regra (preceito)”. A concretização do Direito pressupõe a sobreposição das questões de princípio em relação às questões de política, além da contenção da moral e dos moralismos, o que pode ser visto nas cláusulas pétreas e na função conferida à jurisdição constitucional<sup>780</sup>.

Verifica-se um tratamento desigual necessitado de justificação jurídico-constitucional quando:

- uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação é tratada juridicamente de maneira determinada, por meio de ingerência ou prestação, em participação ou procedimento;
- outra pessoa, grupo de pessoas ou situação é tratada juridicamente de determinada maneira diferente; e quando
- ambas as pessoas, grupos de pessoas ou situações podem ser abrangidos sob um conceito supraordenado comum que exclui outras pessoas, grupos de pessoas ou situações<sup>781</sup>.

Na perspectiva de uma compreensão dos direitos sociais pelo Sistema de Justiça na condição de bens coletivos, cenário que demanda a criação ou o aumento de programas orçamentários, Lopes adverte para os riscos do efeito carona (*free rider*), em face da garantia constitucional da universalidade:

<sup>780</sup> STRECK, Lenio Luiz. O sentido dos princípios constitucionais ou de como princípios não são valores. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 625-8.

<sup>781</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012. p. 293. Propõem o seguinte esquema organizacional, mediante um controle em duas fases, a fim de verificar se o direito fundamental de igualdade é violado por lei: “**I.** Tratará a lei de modo desigual (diferente) o que é essencialmente igual (comparável)? **1.** Serão as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações comparáveis? **2.** Serão elas tratadas de modo desigual (diferente) pelo mesmo poder normativo? **II.** Estará jurídico-constitucionalmente justificado o tratamento desigual? **1.** Terá a lei surgido no respeito pelas normas de competência e de procedimento? **2. a)** No caso de princípios de igualdade especiais: estarão satisfeitas as suas exigências especiais em matéria de fundamentação do tratamento desigual [...] **b)** No caso do princípio da igualdade em geral: verifica-se um tratamento desigual de menor ou de maior intensidade? – No caso de menor intensidade: existirá uma razão objetiva para o tratamento desigual? – No caso de maior intensidade: servirá o tratamento desigual um fim legítimo e o tratamento desigual será apto, necessário e adequado para atingir o fim em vista? **3.** Satisfará a lei as exigências da reserva de parlamento? **4.** Estará a lei redigida de maneira clara e determinada na previsão e na estatuição? *Ibid.*, p. 335-6.

Ora, os direitos sociais – especialmente saúde e educação – realizam-se pela provisão de bens coletivos. Não creio que o fato de se realizarem pela provisão de bens coletivos seja em si mesmo obstáculo a sua ‘justiciabilidade’, mas é bom estar consciente do fato. Alguns direitos de que se fala hoje – o direito à diferença, à não-discriminação, ao respeito público, por exemplo – envolvem a constituição de um bem coletivo (a honra ou a imagem pública de certo grupo social). Ora, os bens coletivos precisam ser criados ou aumentados por meio de gastos e programas orçamentários. Por isso o fornecedor dos bens coletivos necessita de recursos materiais e institucionais (recursos de poder) tanto para criá-los quanto para evitar o perigo sempre constante do carona (o *free-rider*, ou *predador*) que, valendo-se das características do bem público/coletivo, tenta beneficiar-se dele sem pagar a respectiva ‘conta’.

[...] Curiosamente, o art. 196 da CF é sempre citado apenas na sua primeira parte. Omitem-se da citação todos os outros termos do artigo, que na sua versão integral diz: ‘A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas* sociais e econômicas que visem à *redução do risco* de doença e de outros agravos e ao *acesso universal igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’ [...] Como se vê, uma leitura completa mostra que a garantia do ‘direito à saúde’ prevista na Constituição é feita mediante ‘políticas’ que têm dois objetivos: *redução do risco* (ou seja, diminuição estatística) e *acesso universal*. Pode-se, portanto, entender que o dever do Estado consiste em realizar e executar programas (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitados pelo objetivo de acesso universal. O problema do acesso universal nunca é discutido pelos tribunais nos casos dramáticos e urgentes de pedidos individuais de medicamento. Deste modo permanece a tensão entre a *necessidade individual* de um cidadão em particular, que não se pode negar, e o *dever* do Estado de provê-lo daquele tratamento específico. Para que a necessidade individual se convertesse em direito, na forma do art. 196 da Constituição, parece-me que seria necessário fazer o pedido em termos *universais*, ou seja, para que o Tribunal se dispusesse a conceder o tratamento em termos de direito, não em termos de misericórdia ou caridade, seria preciso que fosse filtrado pelo princípio da universalidade [...] <sup>782</sup> (grifos do autor).

Por outro lado, a universalização dos direitos sociais não pode implicar na violação ao direito fundamental de acesso à justiça e à dignidade humana, sobretudo porque as situações de vida colhidas no mundo prático não se amoldam isomorficamente às previsões jurídicas. Caso contrário, caminhar-se-ia no sentido da instituição de uma espécie de jurisdição do “conceito sem coisas” (Streck), em uma autêntica abstrativização da prestação jurisdicional, em prejuízo das expectativas legítimas em torno da força normativa da Constituição (Hesse).

A título de ilustração, se a regra geral em matéria de saúde é no sentido da observância da política pública prevista em lei, com a concessão de medicamentos previstos nas listagens do SUS, há situações específicas de medicamentos que não constam das listas, mas foram

<sup>782</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 236, 250-1. Sublinha, ainda, que “a doutrina constitucional está baseada no conceito de direito subjetivo individual e no Brasil não incorpora jamais o problema central de um regime democrático, qual seja o da universalidade, da simultaneidade do gozo e da isonomia abstrata e universal”. *Ibid.*, p. 256.

aprovados pela ANVISA. Ainda, há casos de medicamentos novos, ou seja, que não tem o registro na entidade brasileira, mas possuem aprovação ou registro em entidade congênere, a exemplo da *Food and Drug Administration* (FDA), nos Estados Unidos.

Dáí se infere que a compreensão do direito à saúde, a partir da lógica dos bens coletivos, tendo em mira a universalização do direito social, não pode enfraquecer a dimensão subjetiva, sob pena de instrumentalização do ser humano, na perspectiva kantiana e adotada pela construção teórica ora proposta. Assume relevo, pois, a adoção de mecanismos não apenas coercitivos, mas dialógicos, envolvendo uma estrutura processual compartilhada e policêntrica para a construção democrática e igualitária de decisões judiciais.

### **5.7.5 O “romance em cadeia” e o diálogo construtivo entre as dimensões da decisão jurídica democrática**

O estudo das dimensões da decisão jurídica democrática convida à reflexão dos limites e das possibilidades emancipatórias do órgão decisório, nomeadamente o juiz, a fim de concretizar o sentido transformador da Constituição.

A esse respeito, é preciso dizer que a Constituição tem de ser vista como uma realidade viva e dinâmica, a palmilhar na caminhada uma intensa busca da efetivação dos direitos humanos e fundamentais, em especial os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

O paradigma ideológico do racionalismo processual, por sua vez, prende o magistrado a um dogmatismo exacerbado, em uma perspectiva traçada pela busca incessante da certeza e da geometrização do Direito. Mister é uma ruptura com tal paradigma, em especial na seara dos litígios de interesse público, com reflexos no processo jurisdicional, em especial na temática da produção da prova.

Nessa linha, o acesso à verdade hermenêutica lança no processo a quebra das essências em função das incertezas científicas, mormente na esfera dos conflitos socioambientais, assumindo o juiz não apenas uma função de mero gestor ou árbitro do conflito, haja vista os poderes instrutórios a ele conferidos. Por outro lado, o dever de fundamentação e o controle democrático exercido pelas partes e pelo processo procuram conter a problemática do ativismo judicial. Desse modo, tanto o decisionismo quanto o *bypass* constitucional são antitéticos frente à democracia no processo jurisdicional.

O conteúdo da decisão jurídica reflete, pois, a pré-compreensão do Direito e da Constituição por parte do intérprete, não lhe sendo dado incursionar livremente e sem qualquer vinculação a uma hermenêutica jurídica que integre o texto à realidade da vida, construindo um sentido constitucional legítimo/autêntico<sup>783</sup>.

Há, pois, um direito fundamental à resposta hermeneuticamente adequada, o qual se apresenta como elemento essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, concepção que se ajusta ao princípio do devido processo legal, às técnicas de tutela e ao dever fundamental de proteção dos direitos fundamentais sociais, com esteio na tradição, na coerência e na integridade da decisão jurídica democrática. Esta, por sua vez, tem como traço característico a pluridimensionalidade, devendo estar amparada em consistente fundamentação racional, sob os influxos da fenomenologia hermenêutica e dos vetores anteriormente sinalados, numa resistência em face das maiorias conjunturais (função contramajoritária dos direitos fundamentais).

A ideia do “romance em cadeia” associada à coerência narrativa brota como elemento fundamental da *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*, inserindo o intérprete na cadeia da interpretação em prol do reconhecimento da história institucional do Direito, a partir das dimensões do ajuste e da finalidade, além do limite interpretativo decorrente da concepção da integridade do direito. Isso implica em rejeitar apreciações pautadas no subjetivismo decisório, à luz de um dever de responsabilidade política (*a have a duty*), conforme Dworkin, em uma valiosa aproximação entre o Direito e a Literatura:

[...] Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então.

[...] **Cada juiz, então, é como um romancista na corrente.** Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos

<sup>783</sup> Como refere Schapp, a “decisão do juiz configura o caso”, de maneira que o “juiz tenderá a uma solução, mas terá num primeiro momento ainda dúvidas. Mas a ‘coisa’ continuará no tempo que segue seu trabalho nele, enquanto se ocupa com outros processos. Finalmente – depois de novo estudo – aparece-lhe a solução que primeiramente havia vislumbrado, mas agora como a única solução defensável ou então uma solução, até agora não levada seriamente em consideração, se impõe de modo cada vez mais forte. Este processo de amadurecimento pode ser estimulado através de diálogos com colegas juízes ou com as partes que reforçam ou enfraquecem as próprias dúvidas”. Na perspectiva do autor, é fundamental a questão sobre de que “situação se parte propriamente para chegar a perguntar pelo sentido de um texto. Obviamente esta situação em si mesma deve ser introduzida no questionamento, pois é ela quem propriamente determinar para quem a resposta representa uma solução”. SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 107 e 112.

plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. **Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.** Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

[...] Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um **teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor.** Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. **O Direito é um empreendimento político,** cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (grifo nosso)

[...] **O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. As dimensões do ajuste fornecerão alguns limites. Não existe, é claro, nenhum algoritmo para decidir se uma determinada interpretação ajusta-se satisfatoriamente a essa história para não ser excluída. Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de alguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.**

[...] O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma **concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste** – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira<sup>784</sup>. (grifos nossos)

---

<sup>784</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 236-41. Dworkin afirma que uma proposição do Direito é bem fundada se “faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas”. Argumenta que há duas dimensões a partir das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificativa dos dados jurídicos existentes: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. A primeira supõe que uma teoria política apresenta uma justificativa melhor que outra se “alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra”. Refere que duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas em sistemas jurídicos frágeis, com poucas regras estabelecidas, ao passo que em sistemas jurídicos modernos, tal probabilidade de empate é muito pequena, o que não significa dizer que os juristas discordem sobre qual teoria fornece uma justificativa melhor: raro será, todavia, que “muitos juristas concordem que nenhuma fornece uma adequação melhor que a outra”. Já a dimensão da moralidade política supõe que “se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto uma teoria política ou moral; isto é, se apreende



Por seu turno, o romance em cadeia implica na compreensão da intersubjetividade que decorre do processo interpretativo, de maneira que o juiz não está isolado do contexto histórico e da estrutura a que pertence (Poder Judiciário), sendo que as tensões entre o texto/evento e o presente são tratadas em Gadamer a partir de sua concepção de fusões de horizontes.

O horizonte do presente não se forma à margem do passado, de modo que não há um “horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados”. Daí que o compreender é “sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”, cumprindo referir, ainda, que o projeto de horizonte histórico “não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente”. A realização controlada da fusão de horizontes é caracterizada como a “vigília da consciência histórico-efetual”, sendo que o problema central da hermenêutica, qual seja, a aplicação, “está presente em toda compreensão”<sup>785</sup>.

O diálogo construtivo-hermenêutico entre as dimensões da decisão jurídica democrática aponta para o problema da *applicatio* como mediação com o presente, o que leva ao fato de que compreender e interpretar o Direito reclama o horizonte histórico, tendo em um dos seus extremos a situação concreta e definida e no outro uma diretriz de conduta que seria muda se não se lhe outorga voz ao presente. Para captar o sentido das leis, o jurista precisa submergir no rio da história e deslizar até o presente de sua aplicação. Uma norma não pode ser interpretada de maneira isolada dos sucessivos comportamentos que regula e configura, mas, apesar disso, para que mantenha a sua pretensão diretiva e sua iniciativa, deve ser entendida como início de um largo processo interpretativo e aplicativo que configurará a totalidade do que se denomina de mundo jurídico<sup>786</sup>.

Reportando-se ao caso brasileiro, se é certo que não há liberdade com fome, não menos verdadeira é a constatação de que a liberdade de oportunidades sociais fica sensivelmente prejudicada se a educação básica não é garantida como prioridade fundamental

---

melhor os direitos que as pessoas realmente têm”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 213.

<sup>785</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 404-5.

<sup>786</sup> FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuno. *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992. p. 98. Afirma o autor que a busca de sentido de um texto discorre pela via da tradição histórica de suas sucessivas aplicações. O sentido somente sai à luz aplicando a norma e aplicar é a via de acesso ao seu conhecimento. Não é, por consequência, legítimo culpar a hermenêutica jurídica de ser uma teoria do “livre conhecimento do direito”, já que nela nunca se rompem os vínculos com o enunciado normativo e, se se procede desde uma distância temporal, isso não é a espaldas do texto, ao revés, em contínuo diálogo e dependência da tradição do texto. *Ibid.*, p. 100.

pelos Municípios. A título de exemplo, o controle de políticas públicas deve ter em mira a necessária prognose em torno das taxas de fecundidade, assegurando o mínimo existencial consistente em uma adequada infraestrutura em termos de recursos humanos e materiais aos alunos e professores da rede municipal.

Outra demanda importante que se insere dentro do mínimo existencial é a relativa ao direito fundamental à saúde e o caráter de direito subjetivo público que confere balizas ao Poder Público e ao legislador no sentido de garantir, por exemplo, atendimento médico pediátrico na rede municipal, sobretudo para os casos de urgência e emergência. Não se desconhece a regionalização do SUS; a praxe, todavia, é a do deslocamento de gestantes e crianças para outros centros urbanos, sob a alegação da falta de condições para o atendimento.

Há, pois, uma responsabilidade política da jurisdição, de modo que cada juiz é uma espécie de “romancista na corrente”, como um parceiro de um complexo “empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”. O juiz “*deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”, determinando “o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado com um todo, o propósito ou o tema da prática até então”<sup>787</sup>.

Por conseguinte, uma noção sinestésica – e não anestésica – de direitos humanos implica em potencializar as “dimensões não jurídicas de sua articulação, reconhecimento e de cumprimento prévio à sua violação (pré-violatórias) que se desenvolvem em todos os espaços sociais”<sup>788</sup>, em face dos limites de uma posição acentuadamente normativista.

---

<sup>787</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238. Uma “consideração plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito [...] deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”. *Ibid.*, p. 239.

<sup>788</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 128-9. Infere o autor que “quanto maior seja essa cultura sobre direitos humanos, menores são as demandas que tenham que passar pelos tribunais”, sendo mister ampliar e complexizar as concepções de democracia e de direitos humanos, a fim de estabelecer “uma dinâmica mais profunda, ativa e participativa da cidadania, mais aberta à construção de espaços de reconhecimento emancipadores da humanidade”. *Ibid.*, p. 130-1.

## 6 CONCLUSÃO

À luz do que foi exposto, do debate entre a judicialização da política e o ativismo judicial em matéria de direitos sociais, é possível afirmar as seguintes conclusões:

1. A liberdade e a igualdade, no processo interpretativo, não estão necessariamente em conflito, sendo que a tese da unidade do valor, de Ronald Dworkin, procura construir uma rede argumentativa pautada na *comunidade de princípios* e na tese do *Direito como Integridade*. Desse modo, a igual liberdade norteia a compreensão em torno da diferença ontológica (e não cisão) entre os direitos, liberdades e garantias, e os direitos econômicos, sociais e culturais, pois as dimensões de direitos fundamentais se estruturam reciprocamente. Dito de outro modo, *não há liberdade com fome!*

2. Não obstante a ausência de um “pacto semântico” em torno de ambas as definições, é possível afirmar que a judicialização da política não se confunde com o ativismo judicial: a judicialização é contingencial e decorre da omissão dos poderes executivo e legislativo na implementação dos direitos fundamentais e das políticas públicas de direitos fundamentais; por sua vez, o ativismo judicial tem uma forte conotação behaviorista ou comportamental, revelando-se um ato de vontade do julgador mediante uma interpretação para além dos limites semânticos dos textos normativos, à luz de argumentos metajurídicos de política, de moral ou de economia, fragilizando a autonomia e a integridade do direito.

3. O debate entre Hart e Dworkin permanece atual, sendo que é possível extrair consequências no âmbito da teoria do Direito e da democracia, designadamente nas relações entre regra e princípio, direito e moral e na esfera da discricionariedade interpretativa. Nesse sentido, pode-se afirmar que: a) Não há uma cisão, mas uma diferença ontológica entre regras e princípios, não havendo um catálogo de princípios *a priori*, uma vez que os princípios acontecem na *applicatio*; b) O pós-positivismo implica em uma institucionalização da moral no direito, não de uma moral vulgar, mas sim, da moralidade política da comunidade; c) A democracia exige o controle do poder discricionário, sobretudo pela ausência de fronteiras claras em relação ao arbítrio, mediante alternativas teóricas nos seguintes planos: a) fontes do Direito: Constituição e diálogo com os tratados internacionais de direitos humanos; b) norma jurídica: normatividade dos princípios, que não se confundem com valores; c) interpretação: viragem ontológico-linguística promovida pela hermenêutica filosófica; d) decisão judicial: controle democrático sobre como os juízes fundamentam e decidem os casos.

4. A matriz do neoconstitucionalismo, em sua recepção teórica brasileira, aposta no poder discricionário judicial, na ponderação e na possibilidade da adoção da moral como

*corretiva* do direito posto, o que enfraquece a democracia constitucional diante do solipsismo teórico (o “sujeito viciado em si mesmo”) e do positivismo axiológico (Constituição como “ordem de valores”).

5. A ideia de uma *Responsabilidade Hermenêutica* tem como matriz teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica (viragem ontológico-linguística), de Heidegger e Gadamer, o Direito como Integridade, de Dworkin, mediante uma interlocução crítica com o Constitucionalismo Garantista, de Ferrajoli, além da perspectiva traçada pela Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck. A hermenêutica filosófica é um empreendimento propositivo, ressaltando que a atividade de interpretação não é meramente reprodutiva, mas sim, de produção de sentido normativo. Não é possível banhar-se mais de uma vez no mesmo rio, como recordava Heráclito.

6. A leitura moral de Dworkin e o garantismo de Ferrajoli possuem o mesmo enraizamento na filosofia kantiana, a qual se opõe ao utilitarismo pragmaticista, que está na base de expressiva corrente de sustentação teórica do ativismo judicial. O romance em cadeia fundamenta o diálogo jurisdicional em matéria de direitos sociais. Para além da separação/vinculação entre o direito e a moral, há uma cooriginariedade entre ambos, de tal modo que o juízo substancial de constitucionalidade das leis passa inexoravelmente por uma leitura moral da Constituição, como condição de possibilidade da democracia através do direito. Não se pode descurar do contributo teórico da moral no processo de tomada de decisão judicial, pois os princípios não estão “soltos no ar”, mas inseridos em uma comunidade de princípios, na perspectiva da construção de respostas constitucionalmente adequadas. A moralidade aqui trabalhada não é a moral individual, mas sim, a moralidade política instituída no direito por intermédio dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais (igualdade material, devido processo legal, contraditório, dignidade da pessoa humana, entre outros).

7. O reconhecimento da autoridade da tradição, em Gadamer, e a integridade do direito, em Dworkin, a partir da filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, permitem uma reconstrução da história institucional dos direitos sociais no Brasil, os quais preexistem à decisão judicial, de modo a diferenciar a decisão jurídica democrática de posturas judiciais ativistas que corrompem a autonomia do Direito e a própria democracia.

8. O conteúdo deontológico ou normativo dos princípios lança sobre os direitos sociais uma normatividade forte/garantista, de modo que a igualdade e a proibição da insuficiência constituem elementos nucleares dentro das perspectivas traçadas pelo Estado Democrático de

Direito Brasileiro, nomeadamente em face de argumentos metajurídicos de política, moral ou de economia que colocam em risco o princípio da Separação de Poderes.

9. A crise de representação política que permeia as relações entre o Estado e a sociedade civil reclama a necessidade de uma transição do modelo de democracia representativa para novas formas de democracia participativa, com a ampliação do acesso à deliberação em torno dos assuntos de interesse coletivo. A experiência das audiências públicas, designadamente no âmbito do Inquérito Civil, tem mostrado a relevância do debate plural e comunitário em relação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

10. A concepção constitucional de democracia se estrutura na imbricação recíproca entre os direitos fundamentais e a soberania popular, de tal modo que a vocação do Estado Democrático de Direito reside na implementação das promessas constitucionais, as quais vinculam o legislador, o administrador e o juiz.

11. Há um déficit histórico de fruição dos direitos políticos no Brasil, quadro que dificulta a reivindicação comunitária pela concretização dos direitos fundamentais no debate democrático, agravado pelo cenário de patrimonialismo e de estamento no âmbito das estruturas sociais e estatais.

12. A corrupção afeta a confiança no serviço público e a probidade na Administração Pública – bem jurídico coletivo –, implicando em graves prejuízos à concretização de políticas públicas de direitos sociais, o que demanda a construção de uma cultura de transparência e *accountability*, com o incremento dos canais de acesso à informação e dos mecanismos de prestações de contas por parte dos gestores públicos.

13. A relação jurídico-administrativa implica na ideia de governança responsável, comportando dupla dimensão: a) objetiva, na qualidade de dever de incumbência do ente público; e b) subjetiva, na condição de titularidade individual e coletiva mediante as ações judiciais cabíveis (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, etc.).

14. Políticas Públicas de Direitos Fundamentais, sobretudo quando houver risco ou comprometimento à integridade do jurisdicionado, têm precedência sobre as demais: a Constituição estabelece a primazia na concretização dos direitos fundamentais, de tal modo que o controle jurisdicional deve estar voltado à igualdade e à universalização.

15. Em uma concepção republicana do princípio da Separação de Poderes, é preciso distinguir, com Ferrajoli, as instituições/funções de governo e as instituições/funções de garantia: enquanto aquelas estão associadas à representatividade democrática decorrente do sufrágio, estas, por sua vez, radicam a sua legitimação na observância dos direitos fundamentais e da Constituição. Ademais, tendo em vista a diferença entre “escolha” e

“decisão” (Streck), mais especificamente, entre discricionariedade e coerência/integridade do Direito, é possível afirmar que não há lugar para discricionariedade interpretativa em matéria de direitos fundamentais sociais.

16. Os direitos sociais são trunfos contra a maioria, não se submetendo às escolhas do gestor: daí a relevância do debate entre procedimentalismo e substancialismo, sendo que as tensões e, sobretudo, as convergências/aproximações abrem uma clareira para a compreensão dos limites e possibilidades da jurisdição no controle de políticas públicas de direitos sociais. A feição contramajoritária dos direitos sociais está vinculada ao fato de que a democracia não se edifica tão somente a partir da regra da maioria, mas deve prestar contas, sobretudo, à proteção dos direitos fundamentais.

17. O acesso aos direitos sociais é simultaneamente individual e coletivo, sendo que o diálogo entre as demandas e, sobretudo, envolvendo os poderes constituídos e o Ministério Público, possibilita rearranjos institucionais voltados ao fortalecimento da atuação sistêmica, a exemplo do SUS, com a redução das desigualdades sociais.

18. A axiologização dos princípios, em razão da recepção acrítica do neoconstitucionalismo, dentre outros fatores, implica no *ativismo judicial em matéria de políticas públicas*, quadro que enfraquece a autonomia do Direito e a normatividade dos direitos fundamentais.

19. A ponderação, originária da Escola da Jurisprudência dos Interesses (Heck), padece de déficit democrático, pois não questiona os seus pressupostos, tampouco os direitos em rota de colisão e que estão colocados nos pratos da balança, de modo a comprometer a racionalidade decisória em face da consciência ou da ideologia do julgador ou do Tribunal.

20. Os direitos sociais radicam nos ideais de igualdade e de universalização, afigurando-se como um imperativo ético-jurídico decorrente da responsabilidade política da jurisdição a justiciabilidade e a eficácia dos direitos sociais, dentro das balizas previstas nas políticas públicas previstas na Constituição Federal e nos respectivos diplomas legais.

21. É fundamental uma compreensão dos direitos sociais em sua pluridimensionalidade e como bens coletivos, observando-se, a hermenêutica que melhor prestigie a pessoa humana, na linha do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em um autêntico *diálogo de Cortes*, mediante uma leitura que harmonize a soberania dos Estados ao *jus cogens*.

22. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais e de políticas públicas de direitos sociais, no período investigado (*1º de maio de 1996 a 30 de agosto de 2015*), oscilou entre a judicialização da política e o ativismo judicial, em uma

compreensão dos direitos sociais a partir de uma matriz liberal-individualista – e não como autênticos bens coletivos –, com o emprego indiscriminado da ponderação, malferindo o critério da universalização dos direitos sociais. Há, pois, a necessidade de um diálogo entre as dimensões – subjetiva e objetiva – dos direitos sociais, porquanto a sua concretização depende da provisão de bens coletivos, por intermédio da consecução de políticas públicas.

23. Vale destacar que os casos analisados envolvendo políticas públicas de direitos fundamentais, em significativa parcela, trataram de *políticas já existentes*, de modo que a omissão administrativa ou a insuficiência em termos de governabilidade dos entes federados, com o descumprimento da Constituição da República, enseja o incremento da judicialização de políticas públicas de direitos sociais.

24. Cumpre à Administração Pública, dentro da concepção de boa governança ou de governança responsável, fomentar a criação de espaços de interlocução e de mediação entre o ente público e os administrados, na linha da “sociedade aberta dos intérpretes administrativistas” (Häberle), no âmbito da relação jurídico-administrativa.

25. A omissão inconstitucional é um dos principais desafios do Supremo Tribunal Federal, sendo que as decisões aditivas procuraram imprimir efetividade aos institutos do mandado de injunção e da reclamação, não podendo ser qualificadas, *a priori* e de maneira descontextualizada, como ativismo judicial, o que reclama o exame do caso concreto. Contudo, é perceptível a utilização de argumentos metajurídicos de política e de economia, de caráter pragmatista, em especial no campo dos direitos à seguridade social e ao trabalho, diante da tendência decorrente da crise econômica e financeira. Além disso, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (*ex nunc*), com base em argumentos de política – sem uma adequada filtragem hermenêutica à luz da coerência e da integridade do Direito –, contribui para a insegurança das relações jurídicas, diante da produção de efeitos de situações que ofendem a Constituição.

26. O cidadão tem o direito subjetivo à política pública de saúde prevista na legislação de regência, de modo que as decisões que concedem medicamentos não registrados na ANVISA e sem eficácia comprovada caminham na senda do ativismo judicial, sendo, portanto, antidemocráticas, não observando os limites semânticos do texto constitucional, designadamente o disposto no artigo 196 da Constituição Federal.

27. A *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade* é uma teoria político-normativa dirigida a uma compreensão adequada à Constituição no âmbito da concretização judicial dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais. A proposta teórica desenvolvida é composta pelas dimensões procedimental e substancial (temporal, jurídico-política,

socioeconômica, moral, cultural), estabelecendo certos parâmetros hermenêuticos e constitucionais para a construção de uma boa resposta ou uma resposta hermenêuticamente adequada na esfera dos direitos sociais e das respectivas políticas públicas.

28. À dimensão procedimental releva os diálogos interconstitucional e institucional, mediante a intersubjetividade dos contextos vivenciais (Wittgenstein) e a participação moral da “comunidade de intérpretes” (Häberle), que se materializam no respeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório dinâmico – comparticipação e policentrismo – como limites hermenêuticos à atividade do intérprete.

29. O diálogo entre as Cortes Constitucionais e entre elas e os Tribunais Regionais de Direitos Humanos é um valioso recurso hermenêutico para a construção de uma decisão jurídica democrática, dentro de um marco interconstitucional de eficácia dos direitos sociais. Merece crítica, pois, o critério hierárquico adotado pelo STF para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, em face do controle de convencionalidade e do princípio *pro homine* (solução mais favorável à pessoa humana).

30. A dimensão jurídico-política permite inferir que os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais implicam em posições jurídico-subjetivas por parte dos cidadãos, sendo que o princípio da proibição da proteção insuficiente atua como vetor de racionalidade interpretativa para a fiscalização judicial dos direitos sociais.

31. À dimensão temporal assume importância o princípio da vedação do retrocesso social, o qual também possui um caráter propositivo, no sentido da progressividade dos direitos sociais. Os direitos sociais são cláusulas pétreas, consoante o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República Brasileira.

32. A dimensão socioeconômica aponta para a relevância do mínimo existencial, o qual não se confunde com a ideia de um mínimo vital ou um mínimo de subsistência, pois congrega uma perspectiva voltada a um ideal de vida boa, diante do objetivo fundamental da República Brasileira consistente na redução das desigualdades sociais. A teoria da reserva do possível deve ser interpretada com reservas, à luz da crítica hermenêutica, mediante a comprovação objetivamente mensurável por parte do Poder Público.

33. A dimensão moral revela uma cooriginariedade e não uma pretensão de correção entre o Direito e a Moral, sendo que o argumento jurídico é – do início ao fim – um argumento moral, a partir da ideia estruturante consistente na igual preocupação e respeito com os cidadãos e do princípio da proteção fundamental prioritária dos direitos sociais, em especial no que tange aos grupos vulneráveis, consistindo em um limite objetivo à atividade de interpretação e aplicação do Direito, opondo-se às razões utilitaristas ou pragmatistas.



34. A dimensão cultural sinaliza a interculturalidade como matriz de racionalidade decisória, sendo que os direitos sociais reclamam a construção de ações afirmativas – as quais não se limitam à fixação de cotas de acesso com base em critérios étnicos, raciais ou sociais –, em atenção à dinâmica do princípio da igualdade material.

35. Além das dimensões, em relação aos parâmetros hermenêuticos de controle jurisdicional, a diferença ontológica entre os direitos individuais e os direitos sociais revela que ambos se estruturam reciprocamente, mediante uma hermenêutica integrativa. Assim, não há uma cisão estrutural entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, mas uma diferença (ontológica) que impede a entificação do “ser” dos direitos sociais em sua fundamentalidade e eficácia.

36. O círculo hermenêutico e o dever de justificação jurídico-constitucional: a pré-compreensão é elemento estruturante da decisão jurídica, associada ao dever de justificação, o que implica na ruptura do paradigma da filosofia da consciência ou da subjetividade, rumo à intersubjetividade e ao mundo prático da reviravolta ontológico-linguística.

37. A tradição e os ideais de coerência, integridade e consequência: a tradição, no sentido autêntico, está imbricada com a coerência e a integridade, lançando a historicidade como vetor hermenêutico, além da preocupação com as consequências das decisões jurídicas, em uma perspectiva de moralidade política e não meramente econômica.

38. A faticidade, a igual liberdade e a universalização dos direitos sociais: a hermenêutica da faticidade e a *applicatio* levam à análise das especificidades do caso concreto para a construção da solução judicativo-decisória adequada à Constituição, devendo o magistrado atentar ao âmbito da norma (Müller) ou ao recorte da realidade social, promovendo, em razão da liberdade igual, a universalidade dos direitos sociais.

39. A igualdade tem um enraizamento de moralidade política, de natureza ontológico-existencial, de modo que significa tratar as pessoas com *igual consideração e respeito*, o que não significa *prestações iguais*, mas a análise do caso concreto, mediante o recurso hermenêutico à coerência, à integridade e à faticidade. O controle da interpretação reclama a racionalidade, a justificação e a capacidade de universalização do provimento judicial, corolários do princípio da igualdade.

40. O diálogo construtivo entre as dimensões da decisão jurídica democrática (omissão inconstitucional, mínimo existencial, reserva do possível – e seus limites hermenêuticos –, proibição do retrocesso social, proporcionalidade como proibição do excesso/insuficiência). O mínimo existencial, designadamente em matéria de saúde e educação, com a incidência dos percentuais previstos na Constituição para as referidas áreas, insere-se justamente na

contrapartida do dever fundamental de pagar impostos, em observância ao princípio da proporcionalidade, na perspectiva da vedação da proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 31, n. 1, p. 27-32, 1988.

ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. *O estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ALAN, José Alexandre Zachia. *A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, Tomo LIV.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 11-46.

ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência da crise. Disponível em: <[http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o\\_impacto\\_juridico\\_da\\_jurisprudencia\\_da\\_crise.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Minha filosofia do direito. Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Derechos sociales y ponderación*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAGGIO, Antonio Maria. “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro 1789’”. *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 7-24.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-47.

\_\_\_\_\_. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 159-82.

- BARRETO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Unisinos, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. Os desafios dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56, p. 47-88, set./dez. 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_; DONKIS, Leonidas. *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- \_\_\_\_\_; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.
- BECK, Ulrich. *Risk society. towards a new modernity*. Tradução de Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, maio/ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- \_\_\_\_\_; MASSONETO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 45, p. 80-87, 2004.

BERLIN, Isaiah. *Sobre la libertad*. Tradução de Julio Bayón et al. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese et al. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968.

CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-27.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Tradução de Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 195-207.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 'Bypass' social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 243-68.

\_\_\_\_\_. *"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *A governance do terceiro capitalismo e a constituição social*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Stvdia Ivridica, 2006. p. 145-54.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato et al. (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 31-44.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 35-68.

\_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

\_\_\_\_\_. *Figuras de lo pensable*. (Las encrucijadas del laberinto VI). Tradução de Jacques Algasi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2001.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 25, v. 8, p. 1839-49, ago. 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria Araújo de. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5, v. 1, p. 45-66, jan./jun. 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocência Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2002.

COLEMAN, Jules. Beyond inclusive positivism. *Ratio Juris*, v. 22, Issue 3, p. 359-94, set. 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1487838](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1487838)>. Acesso em: 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to the legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: COMANDUCCI, Paolo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Tradução de Perfecto Andrés et al. 2. ed. Trotta: Madrid, 2005.

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

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 40, p. 67-89, 2011. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214/1147>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CONILL SANCHO, Jesús. *Ética hermenéutica*. Crítica desde la facticidad. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes VS. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 135-97.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Costa. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

COSTA, Marcelo Cacinotti. Perspectivas hermenêuticas da noção de direito subjetivo: desapropriação judicial e posse-trabalho. In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 2014. Disponível em: <<http://ww.conpedi.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009.

DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, p. 25-43, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954/0>>. Acesso em: 5 ago 2015.

DAMÁSIO, António. *Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos*. Adaptação para o português do Brasil Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

DAVIS, Dennis M. Socio-economic rights: the promise and limitation. The south African experience. In: BARAK-EREZ, Daphne; GROSS, Aeyal M. *Exploring social rights: between theory and practice*. Ed. Oregon: Oxford and Fortland, 2007, p. 193-212.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DENNET, Daniel C. *Consciousness explained*. New York: Back Bay Books/Little, Brown and Company Hachette Book Group, 1991.

DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Lisboa, 2003. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

\_\_\_\_\_. What if everybody did it? Da incapacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 13, p. 303-45, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DÍAZ, Elías. *Ética contra política*. México: Fontamara, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes, Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. Tradução de André Pedreira Ibáñez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuno. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Pulicaciones Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

\_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teórico e come progetto político. Roma: Laterza, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Col.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-64.

\_\_\_\_\_. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1: teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. (v. 1).

\_\_\_\_\_. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. (v. 2).

FIGAL, Günter. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. 2. reimp. Madrid: Trotta, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Lisboa, 1974. (v. 1).

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova, Petrópolis: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes: una crítica. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 249-331.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Las transformaciones del estado contemporâneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Regras da ponderação racional. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 147-73.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Tradução de Lucio Cabrera Acevedo. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio da igualdade (o direito como instrumento de transformação social)*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013. p. 67-80.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Herder, 2003.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. 2. ed. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (volumes 1 e 2).
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russel, 2003.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr/es/recpc>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução de María Hernández Díaz. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 251, p. 139-78, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em: 1º maio 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008.

\_\_\_\_\_. *Immanuel Kant*. Barcelona: Editorial Herder, 1986.

\_\_\_\_\_. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Carl. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridade*. Curitiba: Jurá, 2012.

HONETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. In: JAYME, Erik. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, A. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? In: HOLLERBACH, Alexander et al. (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85-94.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KOSELLEK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

KRAUSE, Priscila Tahisa. A absolutização do direito à saúde – uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul frente às decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-75-AUTORA-PRISCILA-TAHISA-KRAUSE.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

KRELL, Andreas J. A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil. In: DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008. p. 281-3.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMEGO, José. Nótula do tradutor. Um filho do seu tempo. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e jurisprudência*. Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Coleção Estado e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Filosofia contemporânea*. Teresópolis: Daimon, 2003.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.
- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, n. 1, art. 2. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol.48/issi/2>>. Acesso em: 14 out. 2015.
- LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limites da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 375-85.
- LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. Curitiba: Juruá, 2014.
- \_\_\_\_\_. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 63, p. 51-86, maio/set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Uma teoria da decisão ambiental. In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=882137f311c5728f>>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_; COSTA, Marcelo Cacinotti. Perspectivas hermenêuticas da noção de direito subjetivo: desapropriação judicial e posse-trabalho. In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 2014. Disponível em: <<http://ww.conpedi.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2015.
- LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas de saúde e burocratização: o (des)caminho trilhado para efetividade do direito à saúde – um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 169-80.
- \_\_\_\_\_; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cibercidadania no mundo globalizado: os desafios das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas*. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Bogotá, ano XIII, p. 215-30, 2012. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr15.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da 'reserva do possível'. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-93.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *O oráculo de Delfos: conselho de estado e direito no Brasil oitocentista*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (v. 2).

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 1-14.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. (Apresentação). In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges: Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO DE ASSIS, John Gledson. *50 Contos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARÍA BANDIERI, Luis. Justicia constitucional y democracia: un mal casamiento? *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 333-362.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*. Cebrap, n. 58, p. 200, [s. d.]. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito e a política: teoria da democracia*. Coordenação de Luiz Moreira, e Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3-56.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2002.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231-78.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MIRANDA, Jorge. Brevíssima nota sobre o jus cogens. *Revista Jurídica*. Lisboa: Nova Sede, n. 18/19, p. 7-17, out./dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: tomo II. Constituição*. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: tomo IV. Direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do estado social*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2014. (v. 2).

\_\_\_\_\_. *Justiça constitucional: tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_; NASCIMENTO, Valéria Ribeiro do. O direito à saúde e os 'limites' do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/467/409>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. (v. 2).

\_\_\_\_\_. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra (Stvdia Ivridica I), 1993.

\_\_\_\_\_. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011. (Coleção Díke, sob a direção de Vicente de Paulo Barreto).

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. "Accountability horizontal e novas poliarquias". *Lua Nova* n. 44, 1998.

\_\_\_\_\_. "Democracia delegativa?". *Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira: Lisboa: Edições 70, 2006.

PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do Direito Internacional. Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos. In: SABADELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 205-217.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: desafios e perspectivas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 409-25.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

POGREBINSKI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Como deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009. p. 123-58.

PUNTEL, Lorenz B. *Estrutura e ser*. Um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *O tribunal constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANCIÈRE, Jaques. *El ódio a la democracia*. Tradução de Eduardo Pellejero. Disponível em: <[www.doc-04-bk-apps-viewer.googleusercontent.com](http://www.doc-04-bk-apps-viewer.googleusercontent.com)>. Acesso em: 5 ago. 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

RAZ, Joseph. Incorporation by law. *Legal Theory*, v. 10, p. 4, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=999579](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999579)>. Acesso em: 27 set. 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICOEUR, Paul. *Caminos del reconocimiento*. Tres estudios. Tradução de Agustín Netra. México: FCE 2006.

\_\_\_\_\_. *O Justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Coordenação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

RODOTÀ, Stéfano. *Solidarietà: un’utopia necessaria*. Roma: Laterza, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and Corruption. Reflection on the State-Building Process. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers)>. Acesso em: 8 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Trust, honesty and Corruption. Reflection on the State-Building Process. *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2001. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers)>. Acesso em: 8 ago. 201

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_\_. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, Jorge da Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra, Studia Iuridica 56, 2001.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a Cegueira*. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

\_\_\_\_\_. *Carta de José Saramago lida no Encerramento do II Fórum Social Mundial*.

Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/010/10saramago.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. 2. Série. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 243-63.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-113.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 87-142.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-72.

SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileiro-ec-86>>. Acesso em: 30 maio 2015.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metologia jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

SCHWABE, Jürgen. *50 anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Organizado por Leonardo Martins, tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, p. 828-9; 832-6, 2005. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e Constituições. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. (v. 1).

SGUBBI, Filippo. L'Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore). In: SGUBBI, Filippo. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p. 547-94.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <[www.jahr.org](http://www.jahr.org)>. Acesso em: 5 ago. 2015.

SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 43-66.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*. Disponível em: <<http://srn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 14 out. 2015.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet et al. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199-224.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

\_\_\_\_\_. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

\_\_\_\_\_. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

STENGEL, Richard. *Os caminhos de Mandela*. Tradução de Douglas Kin. São Paulo: Globo, 2010.

STERN, Klaus. *Derecho de la Republica Federal Alemana*. Tradução de Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, v. 15, n. 1, p. 158-73, jan-abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado em Direito. Anuário 2005, n. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137-180.

\_\_\_\_\_. *Direito: dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

\_\_\_\_\_. *É possível fazer direito sem interpretar?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de ‘como discricionariedade não combina com a democracia’: o contraponto da resposta correta*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94.

\_\_\_\_\_. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *O sentido dos princípios constitucionais ou de como princípios não são valores*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 607-29.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; LIMA, Vinicius de Melo. “Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Coord. Heloisa Estellita. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, v. 111, p. 333-57, nov./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <[http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo\\_lennio07pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lennio07pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.

SWETT, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 8, v. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

THE FREE RIDER PROBLEM. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 6 abr. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. amp. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. São Paulo: Itataia, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000.

\_\_\_\_\_; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus attivismo: in difesa d'una teoria garantista della decisione giudiziale*. Tese de doutorado em Direito sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Roma, 2011.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al., sob a orientação de Ernildo Stein. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. *Harvard law school: public law & legal theory working paper series*, p. 9-20. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1368857](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857)>. Acesso em: 31 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Ajudicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *The Yale Law Journal*. n. 115, p. 1347-1379, 2006.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1296840](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840)>. Acesso em: 14 out. 2015.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reforma*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *O direito e sua linguagem: com a colaboração de Leonel Severo Rocha*. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. A lamentável fragilidade dos dissensos nos casos Obamacare I e II. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-30/lamentavel-fragilidade-dissensos-casos-obama-care-ii>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montanoli. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made Law*. Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

**APÊNDICE A – REFERÊNCIA DAS DECISÕES INVESTIGADAS**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 1439. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT e outros. Intimado: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 22-5-1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>>. Acesso em 10-8-2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 91. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Intimado: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília/DF, j. 26-02-2007 (decisão monocrática). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003019&base=basePresidencia>>. Acesso em 16-10-2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 175 AgR. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Intimados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 17-3-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 47 AgR. Requerente: Estado de Pernambuco. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Intimados: União, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 17-3-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>> Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 642536 AgR. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amapá. Recorrido: Estado do Amapá. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 5-02-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em 20 ago.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 727864 AgR. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 4-11-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 801676 AgR. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Patrícia Morais Dantas de Souza. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 19-8-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 740800 AgR. Rel(a). Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-12-2013. Disponível em:



<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5017787>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 642536 AgR. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 05-02-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 858075 RG. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: União e Município de Nova Iguaçu. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 21-5-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8685668>>. Acesso em 5 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 855178 RG. Recorrente: União.

Recorrida: Maria Augusta da Cruz Santos. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 5-3-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 670422 RG. Recorrente: STC. Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 11-9-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 684612 RG. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 06-02-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047751>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 581488 RG. Recorrente: Conselho Reginal de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: União, Município de Canela e Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 30-8-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2730000>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 657718 RG. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 17-11-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 597064 RG. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorridos: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Intimado: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba LTDA – UNIMED CURITIBA. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 9-12-2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621168>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 573540 RG. Recorrentes: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e Estado de Minas Gerais. Recorridos: Cassiano Ricardo Campos Fardin e outros. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 3-4-2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527687>>. Acesso em 15 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 573540. Recorrentes: Estado de Minas Gerais e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG. Recorridos: Cassiano Ricardo Campos Fardin e outros. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 14-4-2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612268>>. Acesso em 15 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 566471 RG. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Intimados: ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e outros. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 15-11-2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271286 AR. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 12-9-2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 247900. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridas: Ida Maria Lorez Huber e outros. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, j. 20-9-1999. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28247900.NUME.+OU+247900.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/p7nr36e>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 264269. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Teresinha Palhano. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília/DF, j. 29-6-1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 242859. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Ruth Regina Serissol Nunes e Município de Porto Alegre. Rel. Ilmar Galvão. Brasília/DF, j. 29-6-1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 267612. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Augusto Seleprion. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF, j. 02-

08-2000. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048926&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 761 AgR. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Cândido da Silva Dinamarco. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 7-5-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590045>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 815 AgR. Agravantes: Município de São Paulo e Estado de São Paulo. Agravado: Cristiano Galvão Rocha. Intimado: União. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 7-5-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8625237>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 879204 AgR. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Isaque Pereira da Silva representado por Angélica Borges Pereira da Silva. Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-4-2015.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8439004>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 810864 AgR. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Gabriel Rodrigues dos Santos (representado por Venilda da Silva Rodrigues). Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 18-11-2014.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7589406>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 820910 AgR. Agravante: União.

Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 26-8-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6644180>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 607381 AgR. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 31-5-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 368564. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Rel. Min. Menezes Direito. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 13-4-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 799400 ED. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargados: União e José Salomoni Filho. Intimado: Município de Santa Maria. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 24-6-2014.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6541666>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 554088 AgR. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Intimado: Lucimeri Morovic. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-6-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535215>>. Acesso em 5 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 745745 AgR. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 02-12-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 581352 AgR. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 29-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 875333 ED. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: B de M B representado por C E B B E E C de M. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-4-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8428052>>. Acesso em 10 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 860979 AgR. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 14-4-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 891418. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 30-6-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116319>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 838816 AgR. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: G T representado por Amanda Lúcia Cichetti Tonhon. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 03-02-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7777702>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 850215 AgR. Agravante: Estado da Paraíba. Agravado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Rel. Ministra Carmen Lúcia. Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 7-4-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8321441>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 4.102. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 30-10-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708618>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 761127 AgR. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 24-6-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 809018 AgR. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel. Min Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-9-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 635679 AgR. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 6-12-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694642>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 770 AgR. Agravante: Município de Brusque. Agravados: Juiz de Direito da Vara de Família, Órfãos, Sucessões, Infância e Juventude da Comarca de Brusque e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Intimado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 5-3-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8058016>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 595595 AgR. Agravante: Município de Criciúma. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-4-2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594740>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639337 AgR. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Intimados: Promotor de Justiça da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro e A C C e outros. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-8-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 464143 AgR. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Gabriel Duarte Galbero. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 15-12-2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608283>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 22-11-2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 594018 AgR. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-6-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 664053 AgR. Agravante: Estado de Rondônia. Agravado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-3-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583997>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 32732 AgR. Agravante: União. Agravado: Lais Pinheiro de Menezes. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-6-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590415. Recorrente: Banco do Brasil S/A (Sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC). Recorrido: Claudia Maria Leite Eberhardt. Amicus Curiae: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 30-4-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 599166 AgR. Agravantes: Luiz Paulo Malafatti e outros. Agravado: Estado de São Paulo. Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 31-5-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627876>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 603575 AgR. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Benedito Novo. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 20-4-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611114>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 25-10-2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 25-10-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Rel. Min. Maurício Correa. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 25-10-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. no RE 879.666. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Emerson Santos. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 26-5-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=879666&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE-AgR 663104. Agravante: Estado de Pernambuco. Wellington Antônio Santana de Sá. Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T. STF, Brasília/DF, j. 28-02-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1827657>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 649393. Agravante: Fundação Ezequiel Dias – FUNED. Agravado: Victor Hugo Etmuller Roca. Rel. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 22-11-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1627104>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 676665 AgR-ED-AgR. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: José Otávio Barbosa Júnior. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 26-5-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8685553>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 752206 AgR. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Cláudia Lúcia de Lima. Intimado: Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 29-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5017478>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 681356 AgR. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Emerson Santos. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-8-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765455>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 646000 RG. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravada: Beatriz Saléh da Cunha. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 31-5-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258055>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1442. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 3-11-2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 4568. Requerentes: Partido Popular Socialista e outros. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 3-11-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 658312. Recorrente: A. Angeloni & Cia Ltda. Recorrido: Rode Keilla Tonete da Silva. Amici Curiae: Associação Brasileira dos Supermercados (ABRAS) e Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN). Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 27-11-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 658312 ED. Embargante: A. Angeloni & Cia Ltda. Embargada: Rode Keilla Tonete da Silva. Amici Curiae: Associação Brasileira dos Supermercados (ABRAS) e Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN). Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 5-8-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9306241>>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 4374. Reclamante: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Reclamada: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Intimado: José Severino do Nascimento. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-4-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 567.985. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza. Intimados: União, Defensoria Pública-Geral da União e ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-4-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em 20 ago. 2015.



BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580963. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Recorrida: Blandina Pereira Dias. Intimado: União. Amicus Curiae: Defensor Público-Geral Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-4-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3128. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR). Requerido: Congresso Nacional. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel p/ acórdão Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-8-2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2968289/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3128-df>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3105. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requerido: Congresso Nacional. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel p/ acórdão Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-8-2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741262/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3105-df>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 2010 MC. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 30-9-1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2010-df>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 3983 AgR. Agravante: Município de Campinas. Agravada: Alina Teresa Hernandes. Intimados: Presidente da República, Presidente do Senado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 19-9-2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24348238/agreg-no-mandado-de-injuncao-mi-3983-sp-stf>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. no RE com Agravo 855.762. Agravante: Município de Niterói. Agravado: Jefferson Marques Faria. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 19-5-2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D306943933%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D306943933%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 634643 AgR. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 26-6-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18508183/recurso-extraordinario-re-634643-rj-stf>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 407.688. Recorrente: Michel Jaques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília/DF, j. 08-02-2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 883.347. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: Recorridos: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-6-2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/187114268>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 851.393. Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravados: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP) e Distrito Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 26-5-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8696273>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 700227 ED. Embargante: Município de Camboriú. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-4-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3890562>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 563144 AgR. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 19-3-2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101172/agreg-no-recurso-extraordinario-re-563144-df-stf/inteiro-teor-111571105>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 799217 AgR. Agravante: Município de Natal. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Intimado: Companhia de Águas e Esgoto do Rio Grande do Norte (CAERN). Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-6-2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25243117/agreg-no-recurso-extraordinario-re-799217-rn-stf/inteiro-teor-135266494>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 840712 AgR. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-11-2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339006/agreg-no-recurso-extraordinario-re-840712-ce-stf/inteiro-teor-159286784>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag. Reg. no RE com Agravo 845.393. Agravante: Estado do Maranhão. Agravado: Ministério Público do Estado do Maranhão. Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 19-5-2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/195722362/andamento-do-processo-n-845393-do-dia-08-06-2015-do-stf>>. Acesso em 10 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 593676 AgR. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-02-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888585>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 708667 AgR. Agravante: Município de São Paulo; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-02-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 734487. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-8-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 559646 AgR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 7-6-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>>. Acesso em: 10 jun. 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 734487 AgR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 7-8-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 20 ago. 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 367432 AgR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 20-4-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062>>. Acesso em: 10 jun. 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 3031 AgR. Agravante: União. Agravado: Estado do Pernambuco. Intimado: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 30-6-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9133000>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2067 AgR. Agravante: União. Agravado: Estado do Paraná. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-6-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9076860>>. Acesso em: 10 jun. 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1934 AR-segundo. Agravante: União. Agravado: Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília/DF, j. 23-6-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9077647>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2146 AgR. Agravante: União. Agravado: Estado de Goiás. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-6-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282146%2ENUME%2E+OU+2146%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ogykw8y>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2065 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado da Bahia. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 23-6-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282065%2ENUME%2E+OU+2065%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nalmgxd>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2692 MC-AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado da Bahia. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 9-6-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8797079>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 3505 MC-AgR. Agravante: União.

Agravados: Estado de Goiás e outros. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 9-6-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283505%2ENUME%2E+OU+3505%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ouadkkk>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2692 MC-AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado da Bahia. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 9-6-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8797079>> Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1393 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Maranhão. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 9-6-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8796724>> Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2661 MC-Ref. Autor: Estado de

Alagoas. Réus: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 13-5-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8642174>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1123 AgR. Agravante: União.

Agravado: Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 7-5-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281123.NUME.+OU+1123.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l68p3wr>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2032 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-

3-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282032.NUME.+OU+2032.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pbk6w38>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 3327 MC-Ref. Autores: Estado de Ceará e outros. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 11-12-2014.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7796775>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2131 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Maranhão. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 11-12-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282131.NUME.+OU+2131.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qesvkpp>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1822 AgR. Agravante: União.

Agravado: Fundação de Hematologia e Hemoterapia de PE (HEMOPE). Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 11-12-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281822.NUME.+OU+1822.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ofl487q>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1832 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Piauí. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 27-11-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281832.NUME.+OU+1832.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/njfmqma>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1902 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Piauí. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 27-11-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281902.NUME.+OU+1902.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ohc57w8>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1600 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Piauí. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 27-11-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281600.NUME.+OU+1600.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pu2buy6>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1848 AgR. Agravante: União.

Agravado: Estado do Maranhão. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 6-11-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688023>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 3521 MC-Ref. Autor: Estado do Amapá. Réu: União. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 11-9-2014.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6882803>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 3389 MC-Ref. Autor: Estado do Piauí. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 1º-8-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4396222>>.

Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2131 TA-Ref. Autor: Estado do Mato Grosso. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-4-2013.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805048>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 2057 MC-Ref. Autor: Estado de Rondônia. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 21-02-2013.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3492844>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2971 MC-Ref. Autor: Estado do Piauí.

Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 15-12-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863888>>.

Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1889 MC-REF. Autor: Estado do Rio Grande do Norte. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 15-12-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6424197>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2939 MC-REF. Autor: Estado de Rondônia. Réu: Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-8-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7086548>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2893 MC. Autor: Estado do Piauí. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 22-6-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2895 MC. Autor: Fundação de Hematologia e Hemoterapia de PE (HEMOPE). Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 22-6-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081218>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1534 TA-Ref. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Réus: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 17-3-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621714>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1594 TA-Ref. Autor: Estado da Paraíba. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 16-9-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6573508>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1576 TA-Ref. Autor: Estado de Minas Gerais. Réus: União e Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 23-6-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613529>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2578 MC-REF. Requerente: Estado da Paraíba. Requerido: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 7-4-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3323897>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2327-1. Requerente: Estado do Mato Grosso do Sul. Requerido: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 29-4-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595373>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1534 TA-Ref. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 17-3-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621714>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1594 TA-Ref. Autor: Estado da Paraíba. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 16-9-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6573508>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1576 TA-Ref. Autor: Estado de Minas Gerais. Réus: União e Fundação Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 23-6-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613529>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2327 MC-Ref. Autor: Estado de Mato Grosso do Sul. Réu: União. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 29-4-2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595373>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2094 MC-Ref. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: União. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 18-9-2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570087>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 1084 MC-QO. Requerente: Instituto de Desenvolvimento Rural do Amapá (RURAP). Requerido: União. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 1º-6-2006. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353757>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 796347 AgR. Agravante: Município de Panambi. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 24-3-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8439189>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 669635 AgR. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 17-3-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8203872>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 628159 AgR. Agravante: Estado do Maranhão. Agravado: Ministério Público do Estado do Maranhão. Rel(a). Min. Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-6-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323920>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 810410 AgR. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 28-5-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4291294>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 559646 AgR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel(a). Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 7-6-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 696077 AgR. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Julia Daniele Dutra (representada por Gilmar Antônio Dutra). Intimado: Município de Montenegro. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 02-6-2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8695556>>. Acesso em 20 ago. 2015.



BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 586224. Recorrentes: Estado de São Paulo e Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo (SIFAESP). Recorridos: Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 5-3-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 815035 AgR. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Intimados: Defensoria Pública da União e Estado do Amazonas. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-3-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8029542>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 768825 AgR. Agravante: Estado da Bahia. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 12-8-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6555550>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 367432 AgR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 20-4-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 595129 AgR. Agravantes: Estado de Santa Catarina e União. Agravado: Ministério Público Federal. Intimado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 3-6-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6274153>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 598212 ED. Embargante: Estado do Paraná. Embargado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-3-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 763667 AgR. Agravante: Estado do Ceará. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 22-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 835956 AgR. Agravante: Estado do Maranhão. Agravado: Ministério Público do Estado do Maranhão. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 7-5-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4105563>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 739151 AgR. Agravante: Estado do Piauí. Agravado: Ministério Público do Estado do Piauí. Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 27-5-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6113719>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 658171 AgR. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 1º-4-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5716326>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 636.941. Recorrente: União. Recorridos: Associação Pró-Ensino em Santa Cruz do Sul (APESC). Amici Curiae: Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), Associação Beneficente Ouro Branco, do Hospital de Caridade de Crissiumal, da Sociedade Beneficente Hospital Candelária e da Associação Hospital de Caridade Nossa Senhora dos Navegantes. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 13-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 665764 AgR. Agravante: União. Agravado: Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 20-3-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885686>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 417408 AgR. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE). Agravado: Ministério Público Federal. Intimado: Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 20-3-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 4.029. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA (ASIBAMA NACIONAL). Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional: Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 8-3-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 101. Requerente: Presidente da República. Intimados: Associação Nacional da Indústria de Pneumático (ANIP), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e outros. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 24-8-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 223 AgR. Agravante: Marcos José Sila de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Rel(a). Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Acórdão Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 14-4-2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 33072 AgR. Agravantes: Instituto de Advocacia Racial (IARA) e outros. Agravados: Presidente da República, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Presidente do Tribunal de Contas da União e Defensor Público-Geral Federal. Impetrado: Procurador-Geral da República. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 6-11-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7342541>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 440.028. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Estado de São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 29-10-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919884>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 722778 AgR. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, Brasília/DF, j. 25-3-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5580555>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 903. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimado: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 22-5-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5236160>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 829984 AgR. Agravante: Estado de Rondônia. Agravado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, Brasília/DF, j. 14-5-2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4290589>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 597285. Recorrente: Giovani Pasqualito Fialho. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Intimado: União. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 9-5-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 186. Requerente: Democratas (DEM). Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), Reitor da Universidade de Brasília e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB). Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 26-4-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3330. Requerentes: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), Democratas (DEM), Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP). Intimados: Presidente da República, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH). Requerido: Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 3-5-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PET 3388. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 19-3-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PET 3388 ED. Embargante: Augusto Affonso Botelho Neto e outros. Embargado: União. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 23-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592581 RG. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Brasília/DF, j. 13-8-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580.252 RG. Recorrente: Anderson Nunes da Silveira. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília/DF, j. 17-02-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF MC 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, j. 9-9-2015. Informativos 796, 797 e 798 do Supremo Tribunal Federal. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>. Acesso em 18 out. 2015; <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm>>. Acesso em 18 out. 2015; e <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n.º 45-9. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília/DF, j. 29-4-2004 (decisão monocrática). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 875, 2727 e 3243. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e

Congresso Nacional. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília/DF, j. 24-02-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 ago. 2015.