

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**SERGIO MURILO FRANÇA DE SOUZA FILHO**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NAS AÇÕES DE  
NATUREZA INDIVIDUAL: POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA  
INDIVIDUAL PELO JUDICIÁRIO**

Vitória  
2011

SERGIO MURILO FRANÇA DE SOUZA FILHO

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NAS AÇÕES DE  
NATUREZA INDIVIDUAL: POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA  
INDIVIDUAL PELO JUDICIÁRIO**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover.

Vitória  
2011

SERGIO MURILO FRANÇA DE SOUZA FILHO

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NAS AÇÕES DE  
NATUREZA INDIVIDUAL: POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA  
INDIVIDUAL PELO JUDICIÁRIO**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover.

Aprovada em \_\_\_ de janeiro de 2012.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Prof. Dr.  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr.

Vitória  
2011

Agradeço a Deus, aos meus pais, demais familiares, referenciais acadêmicos e profissionais, sem os quais não teria alcançado tão grandioso e sonhado objetivo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me concedido a força e serenidade necessária para concluir essa importante e ousada trajetória em minha vida, jamais antes sequer imaginada.

De igual forma, agradeço aos meus pais e familiares pela vida e formação pessoal com honestidade, hombridade, dignidade, fé e motivação para sempre perseguir meus sonhos, por mais distante que estivessem, com discernimento, paciência e dentro dos padrões éticos que sempre nortearam nossa existência.

Ao meu pai (*in memoriam*), que sempre me acompanhou em espírito e com certeza intercedeu quando me faltaram forças para seguir em frente, banhando-me com bênção e esperanças infinitas.

Serei eternamente grato aos meus mestres pela formação humanística e acadêmica, em especial à professora Jeane Martins, que sempre me acompanhou e motivou desde a graduação em direito. Também à professora Gilsilene Passon, que me possibilitou enxergar além da sala de aula e foi a grande responsável por ter me apaixonado pelo meio acadêmico, ao qual pretendo ainda me dedicar com afinco.

Aos meus amigos pela compreensão dos períodos de afastamento e dedicação ao presente trabalho, em detrimento das conversas sempre proveitosas, divertidas e enriquecedoras, os quais dividiram comigo todas as angústias e aflições, sempre me apoiando nos momentos difíceis em busca do futuro esperado.

Por fim, agradeço imensamente à minha orientadora, Dra. Ada Pellegrini Grinover, pela contribuição imensurável de suas magníficas obras que estiveram presentes em minha vida por toda a trajetória acadêmica e, como concretização de um grande sonho, pela orientação ímpar durante o curso de mestrado, despertando meu interesse para o tema proposto no presente trabalho.

*Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a diletantismo, quando não a charlatanismo.*  
(José Carlos Barbosa Moreira. Reflexões sobre direito e sobre processo – Duas gerações de processualistas brasileiros -, separata, Rio de Janeiro, 1992. p. 26-27)

## RESUMO

Objetiva o presente estudo, inicialmente, analisar o papel constitucional desempenhado pelo Poder Judiciário ao intervir no planejamento e execução das chamadas políticas públicas, objetivando garantir o pleno gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais na busca constante pelo bem social comum. Buscando elidir os óbices impostos ao Judiciário no exercício do aludido controle, objetiva-se analisar a moderna interpretação conferida à teoria da Separação dos Poderes, fruto da transição ocorrida do Estado liberal para o Estado social, ao passo que a interpretação clássica concebida por Montesquieu não mais se sustenta na vedação da possibilidade de intervenção de um poder na esfera de competência de outro, ensejando a rediscussão sobre a clássica teoria da tripartição de poderes à luz da democracia moderna. Para afastar, ainda, outros óbices impostos à possibilidade de incursão do Poder Judiciário na formulação e execução das políticas públicas, será analisada a questão da indisponibilidade orçamentária do Estado (reserva do possível) e da legitimidade deste poder para que exercite a intervenção judicial, bem como o critério da lesão ou ameaça de lesão ao mínimo existencial como um pressuposto para a intervenção judicial sobre determinada política pública. Lado outro, será objeto de análise os limites impostos pela doutrina e jurisprudência ao exercício do referido controle judicial, que perpassa pelos limites da razoabilidade e da sujeição à reserva do possível. Objetivando conferir uma alternativa à judicialização massificada do direito à saúde em demandas individuais, cuja concessão individualizada acarreta a violação da igualdade substancial, será objeto de análise a possibilidade de se manejar instrumentos processuais que possuam alcance coletivo para a concessão universalizada deste direito, demonstrando-se a possibilidade de coletivização de uma demanda individual, utilizando-se como parâmetro a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, desenvolvido pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Controle judicial. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The study proposal initially to analyze the constitutional role performed by the judiciary to intervene in the planning and execution of so-called Public Policy, aiming to ensure the full exercise and enjoyment of fundamental social rights in the constant search for common social good. Searching to elide the obstacle imposed on the judiciary in the exercise of the alluded control objective is to analyze the modern interpretation given to the theory of Separation of Powers, the result of the liberal state transition occurred for the welfare state, while the classical interpretation conceived by Montesquieu no longer holds the possibility of power intervention within the competence of another, giving rise to renewed discussion on the classical theory of Separation of Powers regarding the modern democracy. To deviate, still other obstacles imposed on the possibility of incursion the Judiciary in the formulation and execution of public policy, shall be analyzed the issue of the state's budget unavailability (possible reserves) and the legitimacy of this power to exercise judicial intervention also the criterion of injury or threat of injury to a minimum as an existential presupposed for judicial intervention on specific public policy. In the other hand, will be object for analyze the limits imposed by the doctrine and case law to exercise judicial review, running through the limits of reasonableness and subject to the reservation as possible. In order to provide an alternative to mass judicialization of the right to health in individual claims, whose individualized grant, result in the substantial violation of equality, will be the object to analyze the possibility of managing procedural instruments that have collective reach for granting universalized of this right, advising the possibility of a individual demand collectivization, using it as parameter the proposal bill that establishes a special procedure for the control and intervention in Public Policy by the Judiciary Power, developed by the Brazilian's Center of Judicial Studies and Research (CEBEPEJ).

**Keywords:** Public policy. Judicial review. Fundamental Rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**§** – parágrafo

**Art.** – Artigo

**CF** – Constituição Federal

**CPC** – Código de Processo Civil

**CEBEPEJ** – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**SUS** – Sistema Único de Saúde

**TAC** – Termo de Ajustamento de Conduta

**ACP** – Ação Civil Pública

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</b> .....	18
1.1 PROTEÇÃO INTEGRAL E IRRESTRITA DOS DIREITOS HUMANOS: ADESÃO DO BRASIL AO MACROSSISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
1.2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	31
<b>1.2.1 Vinculação do Estado à efetivação dos direitos fundamentais</b> .....	42
1.2.1.1 Eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais...	46
1.2.1.3 Caráter programático das normas de direitos fundamentais sociais.....	51
<b>2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	58
2.1 CONCEPÇÃO TRADICIONAL E SEU VIÉS FUNDAMENTALMENTE LIBERAL.....	59
2.2 CONCEPÇÃO MODERNA À LUZ DO ESTADO SOCIAL.....	67
<b>3 ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	75
3.1 ASSUNÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	76
3.2 APRECIÇÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO.....	84
<b>4 LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	96
4.1 CRITÉRIO DA LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO.....	104
<b>4.1.1 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional</b> .....	106
4.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O “NÚCLEO CENTRAL” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	109
4.3 CRITÉRIOS LIMITADORES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	120

<b>4.3.1 Princípio da razoabilidade</b> .....	121
4.3.1.1 Realinhamento e correção coercitiva pelo Judiciário das políticas públicas desarrazoadas e desproporcionais.....	126
<b>4.3.2 Teoria alemã da "reserva do possível"</b> .....	129
4.3.2.1 Orçamento como instrumento legal para a consecução das políticas públicas e atendimento dos direitos fundamentais sociais.....	133

**5 CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**.....139

5.1 PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E UNIVERSALIDADE DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE.....	141
5.2 CONSEQÜÊNCIAS DO PROVIMENTO JURISDICIONAL CONCEDIDO EM DEMANDAS INDIVIDUAIS PARA A GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	143
<b>5.2.1 Impacto orçamentário</b> .....	146
<b>5.2.2 Paradoxo da desigualdade</b> .....	148

**6 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL NO PROVIMENTO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**.....152

6.1 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE MÁXIMA EFICÁCIA E ALCANCE SOCIAL NA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS.....	155
6.2 POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA JUDICIAL INDIVIDUAL DE SAÚDE.....	158
<b>6.2.1 Instrumentalismo substancial do processo</b> .....	159
<b>6.2.2 Ampliação da cognição plena e exauriente sobre as políticas públicas de saúde</b> .....	163
<b>6.2.3 Ampliação do contraditório</b> .....	165
<b>6.2.4 Princípio dispositivo</b> .....	169
6.2.4.1 Princípio da demanda.....	174
6.2.4.1 Princípio da livre investigação das provas pelo juiz.....	177

6.3 POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA DEMANDA INDIVIDUAL ATRAVÉS DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PEDIDO E FUNGIBILIDADE DO VEÍCULO PROCESSUAL.....	180
<b>6.3.1 A coletivização das demandas individuais e a flexibilização do princípio dispositivo.....</b>	<b>183</b>
<b>6.3.2 A necessidade de coletivização de certas demandas individuais.....</b>	<b>188</b>
<b>7 O ANTEPROJETO DE LEI PARA UM NOVO PROCESSO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>192</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>201</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>205</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>213</b>

## INTRODUÇÃO

A vinculação do Estado, por intermédio da atuação de seus distintos poderes (legislativo, executivo e judiciário), na efetivação dos direitos fundamentais sociais, demanda prestações positivas do ente estatal, que são realizadas mediante as chamadas políticas públicas, tema de grande relevância na atualidade, que vinculam o Estado Social ao exercício de prestações positivas, com as quais se visa alcançar o bem estar social.

Desta forma, objetiva o **primeiro capítulo** trabalhar as bases da busca constante pelo Estado do bem estar social, assente nos princípios constitucionais que revelam a noção de justiça e expressam o conjunto de valores fundamentais adotados pela sociedade, bem como demonstram a preocupação direcionada à preservação dos direitos sociais.

A previsão expressa na Constituição Federal de 1988 do princípio da prevalência dos direitos humanos lançou a base de sustentação para a proteção do bem jurídico mais importante reconhecido na esfera internacional, a dignidade humana, aderindo o Brasil ao macrossistema dos direitos fundamentais, sendo estes objeto de institucionalização por intermédio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos internacionais.

Os direitos fundamentais exercem a função precípua de defesa dos cidadãos em face do arbítrio do Estado, bem como em face do seu caráter positivo quanto às liberdades positivas, que exigem prestações positivas por parte do Estado em favor do indivíduo, buscando a realização do Estado do bem-estar social, também conhecido por “*Welfare State*”, consubstanciado no princípio da isonomia material.

Para a efetiva garantia desses direitos, “o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social [...]”<sup>1</sup>, em benefício da pessoa humana, mediante uma prestação positiva, destinada, motivada e orientada à realização da justiça social, abrangendo direitos como à saúde, ao trabalho, educação, lazer, habitação, entre outros, apresentando-se a proteção destes direitos como um

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 38.

desafio de grandes proporções na estruturação das bases de um Estado Social sólido e assente com o respeito e garantia aos direitos fundamentais.

No **segundo capítulo**, visando elidir um dos argumentos contrários ao controle judicial sobre as políticas públicas, de suposta afronta à teoria política da Separação dos Poderes, será analisada sua gênese e evolução, originariamente ligada às idéias absolutistas que justificavam filosoficamente a concentração de poderes de forma ilimitada nas mãos de um soberano.

Revelando o momento histórico da época, a teoria de Montesquieu, manifestamente influenciada pelas idéias iluministas e do liberalismo, tinha por desiderato limitar a intervenção do Estado na esfera individual, tendo por desiderato elidir a concentração absoluta do poder, substituindo o até então forte e centralizado poder do Estado Moderno por um poder moderado do Estado Liberal, conferindo efetividade ao direito individual de liberdade do homem.

Todavia, a transição ocorrida do Estado liberal para o Estado social acarretou profundas alterações com relação às funções estatais e suas finalidades, alterando-se a preocupação liberalista em somente proteger o indivíduo da ingerência do Estado, para a implementação do bem-estar social com o estabelecimento de funções específicas para a consecução dos direitos sociais, observando-se, então, a evolução da referida teoria política.

Conseqüência da evolução da teoria da separação dos poderes, será analisada a possibilidade de o Poder Judiciário em, no exercício de sua função jurisdicional, intervir em outros poderes para efetivar direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, realinhando determinada política pública ou ato em dissonância com preceitos previstos na Constituição Federal.

Trabalhando a atribuição constitucional do Poder Judiciário, o **terceiro capítulo** visa a analisar a evolução histórica e social que demandou do Estado ampliar a área de atuação da jurisdição, suprimindo-se a clássica interpretação da teoria da Separação dos Poderes, e conferindo ao Poder Judiciário legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Garantir que as normas contidas dentro do ordenamento jurídico sejam efetivamente cumpridas e surtam seus regulares efeitos, impondo a realização do resultado prático disposto pelo direito material para alcançar seus objetivos sociais, constitui sua função pacificadora dos conflitos.

Questão de grande relevância atinente a função jurisdicional se refere à possibilidade de o Poder Judiciário sindicar a legalidade do ato administrativo, para analisar sua perfeita conformação com o ordenamento jurídico e princípios constitucionais, apontando a evolução doutrinária e jurisprudencial pela legitimidade do controle jurisdicional incidir sobre o mérito dos atos administrativos, não se restringindo somente à verificação da legalidade e legitimidade.

Estando a administração pública submetida ao império da Lei, a evolução na interpretação constitucional estabeleceu a imperiosa necessidade de se compelir o administrador a atender aos princípios norteadores da Administração Pública e do Direito Administrativo, podendo o controle dos atos da Administração Pública ser realizado pelo judiciário por intermédio do direito de ação assegurado pelo art. 5º da Constituição Federal, podendo ser utilizadas as ações específicas constitucionalmente previstas, objetivando tutelar direitos individuais e coletivos no controle do ato administrativo que estiver em desacordo com as regras e princípios do Direito.

Inserindo o tema acerca da legitimidade do controle judicial sobre as políticas públicas, o **quarto capítulo** objetiva trabalhar os limites e pressupostos de incursão do Poder Judiciário na sua formulação e execução, objetivando a garantia da fruição dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição, bem como cumprindo sua função de guardião da Constituição, estando a jurisdição constitucional institucionalmente consagrada.

Nesse contexto, na ausência de atuação efetiva dos demais poderes na salvaguarda e garantia dos direitos fundamentais traçados pela Constituição, cabe ao Judiciário compelir o Administrador Público a planejar e executar os serviços necessários à efetivação destes direitos, derivando sua legitimidade democrática da nova posição assumida no Estado Democrático de Direito, sendo sua legitimidade constitucional e

não política, não se vinculando referido Poder à vontade da maioria, mas sim à aplicação da lei fundada na garantia dos direitos fundamentais.

A atuação positiva do Estado para propiciar o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais perpassa pela figura do mínimo existencial, conceito de origem constitucional alemã, que demanda a proteção estatal de padrões mínimos para uma existência digna e justiça social, não obstante sua proteção encontrar variações consideráveis em razão das condições políticas, territoriais, culturais, econômicas e sociais de cada estado, influenciando estes fatores no grau de proteção dos direitos fundamentais sociais do indivíduo e sua dignidade enquanto pessoa humana.

A proteção do mínimo existencial se dá mediante a consecução de prestações positivas pelo Estado na entrega de serviços públicos específicos para a proteção de cada direito fundamental social, constituindo a lesão ou ameaça de lesão ao mínimo existencial um pressuposto para a intervenção judicial sobre determinada política pública, legitimando o controle jurisdicional a atuar quando restar violado o direito à manutenção de uma vida digna.

Lado outro, para que o Poder Judiciário exerça o controle sobre as políticas públicas é necessário observar certos limites e pressupostos impostos pela doutrina e jurisprudência, constituindo a “razoabilidade” e a “reserva do possível” limites para o controle dos atos do Poder Público em geral pelo Poder Judiciário.

No exercício do controle judicial sobre as políticas públicas, o Poder Judiciário empregará a razoabilidade como forma de coibir os excessos e as estipulações administrativas desarrazoadas, sendo o princípio da razoabilidade, como medida do que é aceitável e proporcional, um limite no papel ativo deste processo.

A polêmica em torno do limite da “reserva do possível” reside na judicialização do núcleo central de determinado direito social, sem o qual não é possível garantir a dignidade humana, razão pela qual a escassez de recursos alegada pelo Estado, muitas vezes, pode impor óbice ao atendimento de direitos que demandem uma situação de urgência.

O **quinto capítulo** se destina a analisar a classificação do direito social à saúde na ordem constitucional brasileira, ao passo que a efetividade do direito social à saúde, como um direito inerente à própria vida, é fortemente impactada pelas profundas desigualdades sociais inerentes à sociedade brasileira, não obstante ser um direito constitucionalmente garantido a todos como um direito fundamental.

Referido direito social possui a integralidade e a universalidade como princípios constitucionais informadores, os quais maximizam a relevância no eficiente planejamento e execução de políticas públicas voltadas à garantia do gozo e fruição deste direito fundamental social. Entretanto, as tutelas de saúde para a efetivação deste direito social acarretam o desenfreado provimento judicial liminar em demandas individuais, fenômeno este duramente criticado sob o manto de uma possível “judicialização” da saúde.

Nesse contexto, a garantia da igualdade substancial esbarra no fenômeno crescente da judicialização individual objetivando provimentos na área da saúde, o que acarreta o paradoxo da desigualdade, pois referido direito difuso deve ser garantido a toda a sociedade.

Dispondo acerca do processo coletivo como instrumento de realização da igualdade substancial no provimento do direito social à saúde, o **sexto capítulo** busca trabalhar a efetivação plena do direito social à saúde através dos instrumentos processuais que atendam seus princípios informadores, ou seja, que possuam alcance coletivo e acolham os interesses difusos, pois, por abrangerem uma indeterminação de destinatários, demandam um instrumento processual que tutele o direito pleiteado de forma efetiva.

Assim, buscará o presente estudo verificar a possibilidade de coletivização de determinada demanda judicial para tutelar o direito à saúde de forma universal e igualitária, mediante mecanismos aliados à moderna sistemática processual, com a adaptação e ampliação de determinados procedimentos e fases processuais.

Em sede de conclusão ao presente estudo, o **sétimo capítulo** abordará o anteprojeto de lei para um novo processo no controle de políticas públicas, desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), o qual propõe uma

nova técnica processual de coletivização da demanda individual no controle de políticas públicas, cumprindo o instrumento processual sua primordial vocação na efetiva realização dos direitos fundamentais.

## 1 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A análise prefacial dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, inseridos na Constituição da República de 1988, para nortear todo o ordenamento jurídico na busca constante pelo bem social comum, é de imprescindível importância para a compreensão da inafastável vinculação do Estado, por intermédio da atuação de seus distintos poderes (legislativo, executivo e judiciário), na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

As ações estatais voltadas a garantir e efetivar direitos sociais, constitucionalmente previstos, demandam prestações positivas do ente estatal, que são realizadas mediante o planejamento, estruturação e execução de programas destinados a promoção do bem estar social e garantia da igualdade material. São as chamadas políticas públicas, cuja digressão será realizada oportunamente em momento posterior.

Instituído o Estado Democrático de Direito, laborou o legislador constituinte de 1988 objetivos pelos quais a República Federativa se vinculou à realização plena e efetiva, com o fito de assegurar, conforme preconiza o preâmbulo constitucional<sup>2</sup>, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Contextualizando o disposto no preâmbulo constitucional, a partir de uma interpretação sistemática, verifica-se que os direitos vislumbrados no referido texto, não obstante ser destituído de força normativa, conforme amplamente pacificado pela doutrina e jurisprudência, vinculam o Estado Social ao exercício de prestações positivas, com as quais se visa alcançar o bem estar social de todos.

---

<sup>2</sup> Mister transcrever o que dispõe o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *ipsis litteris*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Manifestada a intenção do legislador constituinte já no preâmbulo constitucional<sup>3</sup>, esta proclamação de princípios exterioriza o enquadramento histórico da Constituição, consistindo, conforme leciona Alexandre de Moraes, “[...] em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado [...]”<sup>4</sup>.

O preâmbulo cumpre seu papel preliminar no texto constitucional ao manifestar o rol de intenções que motivou o legislador constituinte a romper com o ordenamento constitucional pretérito, traçando as diretrizes que deverá seguir o novo estado constitucional instituído, exteriorizando, ainda, princípios que nortearão o ordenamento jurídico em sua totalidade.

Não obstante não integrar o texto constitucional, por não conter normas constitucionais de valor autônomo, o preâmbulo deve ser observado como elemento de interpretação e integração das normas constitucionais, constituindo, portanto, um breve prólogo da Constituição. Nesse contexto, o preâmbulo constitucional somente trilha os caminhos políticos e ideológicos da Constituição, não possuindo natureza de norma constitucional propriamente dita, notadamente no que concerne à força vinculativa de norma constitucional.

Objetivando trilhar o caminho a ser percorrido pelo Estado Social, na busca incessante por garantir o bem estar de todos, a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1998, conferiu aos Objetivos Fundamentais contidos em seu art. 3º<sup>5</sup> praticamente o status de princípios constitucionais, submetendo todo o ordenamento jurídico à sua observância plena, notadamente por parte do próprio Estado.

---

<sup>3</sup> Na expressão de CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 617, “O preâmbulo, do latim *praeambulu*, consiste numa declaração de propósitos que antecede o texto normativo da Constituição, revelando os fundamentos filosóficos, políticos, ideológicos, sociais e econômicos, dentre outros, informadores da nova ordem constitucional”.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 45.

<sup>5</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse sentido, pode-se afirmar que referidos Objetivos Fundamentais constituem espécies de princípios fundamentais inseridos na Constituição, ao passo que, “[...] Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo [...]”<sup>6</sup>.

O status de norma jurídica, inerente aos objetivos fundamentais, deve-se à posição ocupada por seu rol na Constituição, porquanto, uma vez inseridos no título que trata “Dos Princípios Fundamentais”, ganham eles força de norma jurídica plena e eficaz, cabendo ao estado constitucional garantir os meios necessários para resguardar estes direitos em sua plenitude, conferindo validade real à norma constitucional.

Tendo por função precípua a harmonização do sistema constitucional e objetivando o desenvolvimento nacional, os princípios constitucionais também revelam a noção de justiça, expressa no conjunto de valores fundamentais adotados pela sociedade política, razão pela qual a posição hierárquica ocupada pelos objetivos fundamentais cumpre seu papel de compelir a harmonização de todo o ordenamento jurídico aos valores constitucionais eleitos.

Referidos objetivos foram introduzidos pelo constituinte originário no artigo 3º do texto constitucional que, por disporem de garantias positivas em favor de seus destinatários, vinculam o Estado à sua consecução plena e irrestrita, garantindo a todo cidadão o gozo e fruição de viver e coexistir em uma sociedade livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o pleno desenvolvimento, com o fito de erradicar a pobreza e a marginalização, com a conseqüente redução das desigualdades sociais e regionais para, por fim, garantir o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, “[...] adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelos [sic] *tratamento igual dos desiguais*”<sup>7</sup>.

O vocábulo “objetivo”, partindo-se de uma análise etimológica, remete o intérprete à idéia de futuro, através do objeto que se visa conquistar mediante determinado

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

meio<sup>8</sup>, representando, por conseguinte, a expressão "*Objetivos Fundamentais*", os desígnios almejados pelo constituinte na edificação do Estado Social Democrático de Direito, incidindo sobre a realidade social para modificá-la. Uma vez normatizados pela ordem constitucional, referidos objetivos devem dispor de aplicabilidade imediata, podendo a realização de quaisquer dos objetivos ser prontamente exigida por seus destinatários.

A eleição destes objetivos como fundamentais da República demonstra, de forma clarividente, a preocupação direcionada à preservação dos direitos sociais pelo Estado<sup>9</sup>, atingível pela busca incessante do bem estar social<sup>10</sup> e da garantia plena dos direitos e garantias individuais, incorporando-se referidas prestações positivas por parte do Estado ao arcabouço de direitos edificados pelas diversas gerações, ou dimensões, de direitos.

Inegável que direitos como ao desenvolvimento, que possui como pano de fundo a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais, somente são exercitáveis mediante a consecução de ações positivas por parte do Estado, enquanto poder público e político, ao passo que demandam ações voltadas à construção de bases que irão alicerçar o desenvolvimento dos direitos sociais, sem a exclusão da necessária contribuição da sociedade, como um todo, para garantir a real efetivação destas ações.

Por constituírem também normas de caráter programático, as quais representam um objetivo a ser constantemente buscado pelo Estado, estes desígnios almejados pelo constituinte somente são realizados por intermédio de ações públicas planejadas, estruturadas e direcionadas especificamente ao direito social a ser atingido e garantido ao cidadão, projetando-se, muitas vezes, para a execução futura e

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 660. "De qualquer modo, os objetivos fundamentais vêm enunciados sob a forma de ação verbal (construir, garantir, erradicar, reduzir, promover), o que implica na necessidade de um comportamento ativo pelos que se acham obrigados a sua realização".

<sup>9</sup> "Com o Estado Social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade". BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 380.

<sup>10</sup> "[...] Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da república: *construção de uma sociedade justa.*" MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

continuada, objetivando garantir o bem estar de todos, não podendo limitar-se a meros enunciados axiológicos, não obstante possuírem também um valor literário e simbólico, conforme preconizado no Preâmbulo.

O alcance da justiça social, por intermédio de prestações positivas a serem desempenhadas pelo Estado Democrático de Direito, constitui um dos objetivos primordiais vislumbrados pelo artigo 3º da Constituição, com o fito de assegurar a realização integral do estado social<sup>11</sup>. Institui-se, portanto, algo que deve ser constantemente perseguido pelo estado, tendo em vista sua eficácia diretiva, que vincula todos os atos estatais à proteção e realização dos referidos objetivos.

Dessa forma, os objetivos fundamentais da República, inerentes ao Estado, alicerçam o arcabouço dos direitos sociais ao estruturar os fundamentos eleitos pelo Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>, notadamente ao eleger a dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>, cujo fundamento se encontra em total consonância com princípios preconizados pela comunidade internacional, ao erigir a proteção aos direitos humanos à diretiva máxima do direito internacional.

## 1.1 PROTEÇÃO INTEGRAL E IRRESTRITA DOS DIREITOS HUMANOS: ADESÃO DO BRASIL AO MACROSSISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De conceituação deveras oscilante pela doutrina<sup>14</sup>, os Direitos Humanos são entendidos como aqueles direitos fundamentais de toda pessoa humana, cuja

---

<sup>11</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 660. “[...] O constituinte expressou, ao enunciar os fundamentos e objetivos fundamentais da República, o seu projeto de uma sociedade mais justa. Nesse sentido é que se tem a utopia como pensamento dinâmico a ensinar ao aplicador ou intérprete da Constituição uma concreta atuação na realidade. [...]”

<sup>12</sup> São fundamentos do Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 1º: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

<sup>13</sup> Para Canotilho: “[...] O desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado. [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 247.

<sup>14</sup> Nas palavras de João Maurício Adeodato: “Complicador é o conceito de **direitos humanos**, tal como se mostra, não apenas no debate dos especialistas, mas, sobretudo, no debate jornalístico da opinião pública, exatamente em torno da questão de se os direitos humanos estariam acima, ontológica e axiologicamente falando, dos direitos fundamentais positivados, sinalizando que a dicotomia não só não está nada enfraquecida, como permanece fundamental na filosofia do direito constitucional”. ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

proteção é condição para a sua sobrevivência digna, estando referidos direitos fundamentais direcionados basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo<sup>15</sup>, como valor máximo assegurado pelos ordenamentos jurídicos internacionais e recepcionado pela Constituição Federal.

Sobre as formas de declarações de direitos, preconiza José Afonso da Silva

“As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais* [...]”.<sup>16</sup>

Considerando a ampliação e transformação dos direitos fundamentais em decorrência do contexto histórico, José Afonso da Silva apresenta o conceito de direitos fundamentais

“*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”<sup>17</sup>

O autor Alexandre de Moraes, por sua vez, define direitos fundamentais como

“[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...]”.<sup>18</sup>

De clara percepção que, ambas conceituações, designam aos direitos humanos o papel de garantir condições mínimas de sobrevivência ao homem, enquanto ser humano, estando tais condições diretamente ligadas à sua dignidade.

---

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 03.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 175.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

A natureza dos direitos humanos está diretamente ligada à construção histórica da necessidade de proteção de bens e valores universalmente reconhecidos e construídos no seio social, constituindo o cerne do princípio da dignidade humana.

O caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana, conforme salientado por Ingo Sarlet<sup>19</sup>, não obstante importar no reconhecimento de sua plena eficácia na ordem constitucional, uma vez que erigida à condição normativa de princípio constitucional fundamental, “[...] não afasta seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade”<sup>20</sup>.

Resta clarificado, portanto, que a proteção conferida aos direitos fundamentais alcança sua máxima efetividade por ser prevista para toda a ordem jurídica, notadamente no âmbito do direito supranacional, não se limitando à previsão expressa constitucional interna de cada Estado.

Não obstante a existência de inúmeros e diferenciados conceitos para os direitos humanos, com a evolução histórica cultural, a comunidade internacional passa a se preocupar propriamente com o indivíduo enquanto ser humano, titular de direitos naturais e anteriores às próprias leis escritas. Normas naturais que seriam imutáveis e de hierarquia superior aos demais direitos positivados em determinado ordenamento jurídico, por serem inerentes à condição humana.

Na evolução das sociedades modernas, percebe-se que os direitos humanos foram paulatinamente sendo reconhecidos mediante declarações sem caráter vinculativo para, em momentos posteriores, assumirem a forma de tratados internacionais<sup>21</sup>, ratificados por diversos países, que elegeram seus regramentos para nortear suas atuações também no âmbito jurídico interno.

---

<sup>19</sup> 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. 75.

<sup>20</sup> 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. 75.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16-17.

Desde os primórdios da história<sup>22</sup>, a redução do arbítrio governamental e a consequente diminuição das diferenças entre os seres humanos, tem sido objeto de incessante busca pela humanidade, visando o reconhecimento, proteção e valorização dos direitos naturais do homem<sup>23</sup>, inerentes à sua evolução em sociedade e sedimentados pelo jusnaturalismo.

Dispõe Fábio Konder Comparato

“[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.”<sup>24</sup>

A existência de direitos inerentes à própria natureza humana remonta à antiguidade clássica, presentes principalmente no pensamento grego, que defendia a existência de leis e princípios superiores à própria estipulação legislativa imposta pelo povo, enquanto seres que se relacionam em sociedade.

Historicamente, o Código de Hamurabi<sup>25</sup> (1690 a.C.) talvez tenha sido a primeira codificação a preconizar mecanismos de proteção do indivíduo em relação ao poder do Estado, consagrando um rol de direitos inerentes à condição humana, bem como a existência da supremacia da lei em relação aos atos dos governantes<sup>26</sup>, protegendo a esfera individual contra os arbítrios governamentais.

---

<sup>22</sup> Sobre a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, vide o capítulo “Evolução histórica dos direitos humanos fundamentais”. In: MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 06-13.

<sup>23</sup> Trabalhando a concepção individualista dos direitos naturais, dispõe Canitilho que “[...] Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social [...]”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 18.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

<sup>25</sup> Com o Código de Hamurabi, elaborado no século XVIII antes de Cristo, o rei da Babilônia Khammu-rabi dispôs sobre diversos temas que, embora já abolidos em grande parte pela humanidade (como temas de índole penal do “olho por olho, dente por dente”), serviu de base para a justiça contemporânea.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 06.

Por seu turno, a Lei das Doze Tábuas<sup>27</sup> consagrou, de forma expressa, uma série de interditos objetivando tutelar direitos individuais contra os arbítrios estatais, dispondo de escritos consagradores da liberdade, propriedade e proteção aos direitos do cidadão<sup>28</sup>.

Já a tradição cristã ocidental do Cristianismo enraizou, a partir de uma concepção religiosa, os ideais de igualdade e liberdade como valores a serem protegidos e, por consequência, acarretou a positivação de outros direitos humanos também considerados indispensáveis.

A evolução histórica do conceito de igualdade ganhou notória importância com os ideários defendidos pelo Cristianismo, ao passo que a consecução da igualdade material do cidadão, enquanto “filho e servo do mesmo criador”, foi erigida ao mais elevado grau de importância, sustentando-se a igual filiação divina de todos os homens como referencial a afastar qualquer hipótese de discriminação ou violência contra o próximo.

Em decorrência das atrocidades humanas decorrentes das duas grandes guerras mundiais, que afetaram de forma contundente a comunidade internacional, foi criada em 26 de junho de 1945, em São Francisco, a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de promover a paz duradoura entre as nações através da promoção dos direitos naturais do homem.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato

“Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.”<sup>29</sup>

Como primeiro ato da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a positivação formal dos direitos humanos foi ensejada pela proclamação da

---

<sup>27</sup> Em Roma, cerca de 460 anos antes de Cristo, a Lei das XII Tábuas constituiu um conjunto de leis elaboradas por cerca de 10 magistrados que objetivava diminuir o poder arbitrário da aristocracia, como classe privilegiada à época.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 06.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que estabeleceu os alicerces axiológicos destes direitos em âmbito internacional<sup>30</sup>, possuindo, nas palavras de Paulo Bonavides um “compromisso ideológico definido”<sup>31</sup>, conferindo ao homem, enquanto ser humano, a proteção plena e irrestrita de sua dignidade no seio social, fazendo prevalecer o jusnaturalismo, ao passo que conferia proteção aos direitos naturais considerados anteriores à formação da sociedade, os quais deveriam gozar de proteção eficaz pelo Estado.

Sob a ótica de Flávia Piovesan, “Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, [...] surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”. [...], sendo que, ainda, “É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. [...]”<sup>32</sup>.

Mister observar que referida Declaração não foi pioneira na positivação dos direitos humanos, pois a institucionalização desses direitos já ocorrera nos textos das Declarações americana e francesa.

Exteriorizando a clara intenção em reunir os três pilares da Revolução Francesa de 1789, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade, o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispôs que “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”, cuja redação apresenta, de forma clarividente, a formação do corpus filosófico e jurídico que funda os direitos humanos na ordem internacional.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68-69.

<sup>30</sup> “A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.” COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 573.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 235.

<sup>33</sup> “Os princípios axiológicos supremos correspondem à tríade famosa da tradição republicana francesa, reafirmada no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade)”. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

Resguardando interesses instituídos por princípios que estão em ordem hierarquicamente superior à vontade das nações, os direitos humanos preconizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos objetivaram, além de alcançar a paz entre as diversas nações, também elidir qualquer possibilidade de repetição das condutas atroztes em face da pessoa humana ocorridas nas grandes guerras mundiais, despertando a atenção mundial para a proteção do bem maior existente, a dignidade da condição humana, cujo respeito observa um profundo referencial ético<sup>34</sup>, até então deixada em segundo plano.

Em se tratando de um arcabouço de direitos de caráter supranacional, ou seja, válido e eficaz para todos os países<sup>35</sup>, respeitadas as devidas adequações às suas peculiaridades cultural, histórica, econômica e social, a universalização dos direitos humanos institui a necessária observância de critérios inerentes à globalização, notadamente com o fito de assegurar para todos os países, indistintamente, a proteção de direitos sociais, de liberdade, democráticos e políticos.

Sobre as características precípua da referida Declaração, leciona Norberto Bobbio que

“[...] tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.<sup>36</sup>

A devida observância aos postulados dos direitos humanos vincula as nações a se comprometerem com a realização do bem estar social e dos direitos do homem, defendendo os direitos de liberdade a partir de uma intervenção mínima do Estado, muito embora a universalidade dos direitos humanos não seja observada em todas as culturas e civilizações, o que se apresenta como um problema de ordem teórico-prático vivenciado na sociedade contemporânea.

---

<sup>34</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

<sup>35</sup> “O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos humanos na própria data de sua adoção e proclamação, 10-12-1948” MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49-50.

Em razão dos diversos interesses divergentes existente entre as nações, decorrentes de realidades política, social, econômica e culturalmente distintas, os direitos humanos materializam mecanismos destinados a suprimir quaisquer conflitos de interesses que decorram desses fatores, com fundamento na existência de direitos e princípios, inerentes à pessoa humana, hierarquicamente superiores a qualquer ordenamento jurídico nacional.

A proclamação da referida declaração expressou, acima de tudo, o reconhecimento da existência de direitos de caráter universal, que demandam uma proteção a todo e qualquer indivíduo, independente de raça e nacionalidade, visando a internacionalização destes direitos coibir qualquer violação de direitos humanos, ao passo que sua proteção plena e irrestrita se tornara uma obrigação inafastável contraída pelas nações que ratificaram a referida declaração.

Sob esta ótica, a coexistência da declaração com diversos outros tratados, acordos e compromissos internacionais, bem como com o ordenamento jurídico de cada nação, afigura-se perfeitamente possível, considerando a necessidade de adequação de tais preceitos às realidades regionais, o que enseja a coexistência no mundo jurídico de vários sistemas de proteção aos direitos fundamentais<sup>37</sup>, “[...] seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais”<sup>38</sup>.

Em complementaridade ao arcabouço de direitos humanos assegurados na órbita internacional, bem como pelos sistemas regionais, não obstante seu reconhecimento possuir natureza universal, faz-se também imprescindível o reconhecimento de referidas normas e princípios pelos ordenamentos jurídicos internos<sup>39</sup>, mediante

---

<sup>37</sup> Dentre os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, merecem destaque o sistema europeu, através Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950, o sistema africano materializado pela Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 1981, o sistema interamericano com a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos de 1969, conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica.

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21.

<sup>39</sup> As Constituições de Weimar de 1919, bem como a Constituição mexicana de 1917, lançaram as bases para o constitucionalismo social, não obstante a Constituição jacobina de 1793 já ter positivado alguns “direitos sociais”.

ratificação da proteção destes direitos, conferindo a garantia dos direitos sociais a dimensão estruturante do próprio princípio democrático<sup>40</sup>.

A consonância com os ideários de Justiça Universal, na promoção e proteção dos direitos humanos, ocorreu no Brasil através da consagração expressa pela Constituição Federal de 1988, do princípio da prevalência dos direitos humanos, inserido no inciso II do artigo 4º<sup>41</sup>, constituindo referido princípio a manifestação nacional contundente de aderência irrestrita ao sistema internacional de proteção destes direitos.

A expressa previsão constitucional do princípio potencializou o reconhecimento e efetividade dos direitos humanos, nas oportunas palavras de Flávia Piovesan, “[...] na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. [...]”<sup>42</sup>.

A previsão constitucional expressa do princípio da prevalência dos direitos humanos lançou a base de sustentação para a proteção do bem jurídico mais importante reconhecido na esfera internacional, a dignidade humana, o que não exonera, entretanto, a necessária previsão de mecanismos eficientes destinados a proteção desta esfera de direitos. Os direitos fundamentais constituem, portanto, o fundamento direto e imediato da dignidade da pessoa humana, uma vez que “[...] remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...]”<sup>43</sup>.

Nas palavras de Flávia Piovesan

“Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, §1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. [...]”<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 252.

<sup>41</sup> Dispõe o artigo 4º que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: *omissis* II - prevalência dos direitos humanos”.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

<sup>43</sup> 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. 83.

<sup>44</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

O Brasil aderiu amplamente ao macrossistema dos direitos fundamentais<sup>45</sup>, integrando-se o regime político brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Nas sábias palavras de Paulo Bonavides “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social [...]”<sup>46</sup>.

O fato de ser indissociável a relação existente entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais faz com que a dignidade seja erigida a valor informador de toda a ordem jurídica, mesmo quando não mereceu referência expressa, desde que estejam garantidos os direitos fundamentais sociais de proteção à pessoa humana<sup>47</sup>.

Nesse contexto, o arcabouço de direitos fundamentais sociais<sup>48</sup> constitui o reflexo do conjunto de Direitos Humanos, presentes na órbita internacional sob uma construção jusnaturalista, positivados na ordem jurídica interna do Estado Brasileiro, e possuem por objetivo precípuo a garantia da igualdade de direitos para o desenvolvimento pleno da sociedade e proteção da dignidade humana. Conforme leciona Paulo Bonavides “[...] Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas.”<sup>49</sup>

## 1.2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Os Direitos Fundamentais foram objeto de institucionalização por intermédio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos internacionais, encontrando também previsão expressa e declaratória na ordem jurídica interna de determinados estados.

Acerca da essencialidade dos direitos fundamentais, leciona Daury Cesar Fabriz

---

<sup>45</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-49.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 371.

<sup>47</sup> 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. 88.

<sup>48</sup> “Denominamos direitos fundamentais sociais, portanto, aqueles direitos fundamentais sociais institucionalizados, plasmados em uma Constituição. Esses direitos fundamentais sociais formam uma unidade, uma integralidade, porque a sua soma equivale à totalidade da dignidade da pessoa humana. [...]” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 375.

“Os direitos fundamentais (em sentido específico) constituem uma categoria especial do direito constitucional. Revestem-se esses direitos de essencialidade para a vida de qualquer indivíduo, uma vez que tocam as dimensões da liberdade e da dignidade”.<sup>50</sup>

A previsão expressa destes direitos tem por desiderato, conforme fundamentação e construção histórica, garantir a defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado, visando assegurar o pleno gozo e exercício dos direitos naturais do homem<sup>51</sup>, válidos para todos os povos indistintamente, uma vez que conseqüências da própria natureza humana.

Por serem concebidos com o indivíduo, os direitos humanos são pré existentes à todo e qualquer ordenamento jurídico, razão pela qual não podem ser objeto de restrição, via de regra, por parte do Estado, que possui o dever de garantir a proteção irrestrita ao arcabouço de garantias naturais conferidas por referidos direitos, ao passo que “[...] A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo”<sup>52</sup>.

Sua função, portanto, é a de garantir a todos uma existência digna, igualitária no que concerne ao exercício de direitos e deveres, com o inafastável respeito à dignidade humana, mediante o estabelecimento de condições mínimas de vida digna e desenvolvimento pleno da personalidade humana, objetivos atribuídos ao Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, dividiu a matéria em cinco capítulos presentes em seu Título II, dispondo acerca dos “Direitos individuais e coletivos”<sup>53</sup>, que asseguram direitos inerentes a pessoa humana e sua personalidade, “Direitos sociais”<sup>54</sup>, que trata das liberdades positivas a serem

---

<sup>50</sup> FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 188.

<sup>51</sup> “[...] o constitucionalismo moderno surge historicamente como forma de garantir a liberdade dos indivíduos diante do poder estatal. Conseqüentemente, uma gama de outros direitos foi surgindo na consciência dos homens, subjacente ao sentido de liberdade que se foi formulando e reformulando ao longo dos tempos”. FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 188.

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

<sup>53</sup> São previstos neste capítulo, no artigo 5º e seus incisos, o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade.

<sup>54</sup> Os direitos sociais referem-se ao direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, preconizados a partir do artigo 6º.

exercidas pelo Estado Social de Direito, com o fito de garantir a igualdade social, “Direitos de nacionalidade”, dispondo acerca do vínculo existente entre o indivíduo, como sujeito de direitos e deveres, e o estado, “Direitos políticos”, inerentes ao exercício da cidadania e participação política ativa, e, por fim, os “Direitos relacionados aos partidos políticos”, que garantem a liberdade política, no que concerne aos partidos políticos, na preservação do Estado democrático de Direito.

Apenas a título de contextualização, sem objetivar o aprofundamento do tema, seguindo a classificação conferida pela doutrina majoritária, referidos direitos fundamentais possuem as características da universalidade, sendo reconhecidos na órbita internacional e dirigidos a todo ser humano em geral; limitabilidade, pois seu exercício pode ser objeto de limitação na hipótese de colisão entre direitos fundamentais; e concorrência, podendo ser exercidos vários destes direitos ao mesmo tempo, efetividade, devendo o Estado garantir sua efetivação pelos meios necessários.

Integram também o rol de características a inalienabilidade e irrenunciabilidade, sendo intransferíveis e indeclináveis, respectivamente; imprescritibilidade, por não se perderem com o decurso do tempo, sendo permanentes; e historicidade, na medida em que são criados em um determinado contexto histórico<sup>55</sup>.

Nesse contexto, exercem os direitos fundamentais a função precípua de defesa dos cidadãos em face do arbítrio do Estado, constituindo normas oponíveis aos poderes públicos para limitar as ingerências públicas na esfera individual, bem como em face do seu caráter positivo quanto às liberdades positivas, que exigem prestações positivas por parte do Estado em favor do indivíduo.

A teoria dos direitos fundamentais, amplamente laborada pela doutrina, revela que referidos direitos sofreram transformações ao longo da história, apresentando modificações de acordo com as necessidades humanas, exteriorizando criações de um contexto histórico-cultural de cada sociedade e baseando-se em uma ordem histórico-cronológica dividida em sucessivas gerações. Cada geração de direitos

---

<sup>55</sup> Sobre as diversas características dos direitos humanos fundamentais, vide “Conceito e características dos direitos humanos fundamentais” MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20-22.

fundamentais possui um fundamento próprio, sofrendo influencia de fatores históricos, econômicos, políticos, sociais e culturais que acarretam o surgimento de direitos que variam no tempo e no espaço.

Trabalhando as modalidades essenciais do Estado constitucional, prescreve Paulo Bonavides

“A primeira é o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo).”<sup>56</sup>

Considerando que os direitos fundamentais foram reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos países de forma gradativa, no decorrer da história, as três gerações de direitos fundamentais exprimem os direitos que foram paulatinamente sendo conquistados pela humanidade. Gradativamente foram sendo reconhecidos os direitos de liberdade, quais sejam, individuais e políticos, a Igualdade, ao tutelar os direitos sociais, econômicos e culturais, e Fraternidade, ao preconizar os direitos da solidariedade, reconhecendo a doutrina as gerações destes direitos.

Inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII<sup>57</sup>, sendo os primeiros direitos reconhecidos pelo instrumento normativo constitucional, os direitos fundamentais de primeira geração<sup>58</sup> são conhecidos como os direitos de liberdade, compreendendo os direitos civis e políticos do ser humano que são oponíveis ao Estado, como o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, entre outros.

O direito fundamental à liberdade ganhou especial relevância no Estado Liberal, objetivando conter os abusos no exercício do poder, reservando ao Estado uma conduta passiva de não interferência nos assuntos privados<sup>59</sup>. No que concerne à liberdade, delinea FABRIZ que “[...] o marco paradigmático do Estado moderno é o

---

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41.

<sup>57</sup> “Os direitos de primeira geração encontram suas raízes no pensamento iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, principalmente na obra dos autores contratualistas e na obra kantiana, que fundamentalmente preconizava que a finalidade do Estado era a de assegurar e realizar a liberdade do indivíduo. O início de sua positivação ocorre com as revoluções liberais do século XVIII”. FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 194.

<sup>58</sup> São exemplos de direitos de primeira geração os direitos à vida, liberdade, propriedade, segurança pública, vedação da tortura, igualdade perante a lei, proibição da prisão arbitrária, direito à privacidade do lar, respeito a própria imagem, livre expressão do pensamento, liberdade de ir e vir dentro do país, liberdade de imprensa, de informação, liberdade de associação, liberdade de participação política direta ou indireta, entre diversos outros.

liberalismo onde o individualismo, a igualdade e a liberdade são ícones de toda uma arquitetura que vai se delineando, dando impulso ao surgimento de um novo homem”<sup>60</sup>.

Sobre o estado sob o governo das leis, dispõe Paulo Bonavides

“Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.”<sup>61</sup>

O direito de liberdade, integrante dessa geração de direitos, caracteriza-se por uma obrigação de não-fazer por parte do Estado, devendo o ente público exercer uma prestação negativa por intermédio de uma abstenção, com o fito de proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado, pois era visto, à época, como grande opressor das liberdades individuais<sup>62</sup>.

Estando estritamente ligados às liberdades públicas do indivíduo e à sua proteção contra atos estatais violadores desses direitos, são exteriorizadas mediante a reafirmação de seu direito à liberdade, exercitável em oposição à ação do Estado, ocasionando o surgimento das chamadas liberdades públicas negativas<sup>63</sup>. Seu traço característico é o poder de resistência ou oposição conferido ao indivíduo em face do Estado, limitando sua atuação.

Nesse sentido

---

<sup>59</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

<sup>60</sup> FABRIZ, Dauray Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 193.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41.

<sup>62</sup> “Os assim chamados direitos de primeira geração, conhecidos na França como “liberdades públicas” e na Alemanha como “direitos de defesa”, são normalmente definidos como direitos que têm como objetivo garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos, no interior da qual o Estado não deve interferir. Por isso é que se diz que tais direitos – como a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, o direito de reunião etc. – impõem um dever negativo ao Estado. Ao Estado é normalmente vedado lançar mão de medidas que interfiram nessas liberdades, como impor uma censura, dar preferência a uma religião ou proibir uma reunião pacífica etc.” SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 589-590.

<sup>63</sup> “Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 36.

“A primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominou-se também Estado Liberal, e com esse nome e significado tem percorrido as distintas fases do Constitucionalismo, não obstante já lhe terem passado mais de uma vez a certidão de óbito.”<sup>64</sup>

Em suma, marcado pelas ideologias políticas francesas, os direitos fundamentais de primeira geração possuem um cunho individualista, exteriorizado mediante a garantia dos direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, externando a base essencial dos direitos fundamentais. Assim, referidos direitos se fazem presentes em todas as Constituições das sociedades civis democráticas, e “[...] em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”<sup>65</sup>.

O advento da Revolução industrial<sup>66</sup> no final século XIX aliado à proteção meramente formal dos direitos de liberdade de primeira geração, estruturaram a nova ordem social do século XX, ensejando a sedimentação de direitos fundamentais não mais balizados somente no individualismo latente na geração anterior, fazendo emergir, assim, um novo conteúdo dos direitos fundamentais. “A idéia de um Estado de Polícia, isento e asséptico, mero garantidor da liberdade de iniciativa, não demorou em revelar-se uma ilusão”<sup>67</sup>.

Nas sábias palavras de João Maurício Adeodato<sup>68</sup>, “A pobreza e a exploração, ignoradas pela perspectiva individualista, chamam a necessidade de uma maior intervenção do Estado para garantir a sobrevivência dos mais fracos”, principal fundamento para o surgimento do Estado Social, atuante na proteção dos direitos fundamentais de segunda geração.

Objetivando proteger materialmente as necessidades da vida em sociedade, em muito violadas pela crise vivenciada pelo Estado Liberal, surgem os direitos

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563.

<sup>66</sup> “Nesse contexto de desequilíbrio entre as condições de vida de diferentes classes sociais, foram, assim, formuladas as reivindicações sociais que serviram de fundamentos para a segunda geração dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais” [...] BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127.

<sup>68</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

econômicos, sociais e culturais<sup>69</sup>, conhecidos como direitos fundamentais de segunda geração<sup>70</sup>, que são provenientes principalmente das lutas das classes trabalhadoras após a Revolução Industrial e advento do Estado Social, sendo amplamente contemplados nas declarações de direitos do século XX e constituindo a série de direitos cuja prestação demanda o exercício de políticas positivas por parte do Estado, possuindo o poder público deveres para com o indivíduo, exercitáveis ativamente em favor dos administrados<sup>71</sup>.

Leciona Paulo Bonavides

“Haverá na seqüência histórica, pelo prisma da Lei Maior, um Estado constitucional dos direitos fundamentais, que representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional.”<sup>72</sup>

Ao revés dos direitos fundamentais de primeira geração, nesta seara o Estado tem por escopo ser o principal garantidor desses direitos, devendo assumir uma postura intervencionista, buscando a realização do Estado do bem-estar social, também conhecido por “*Welfare State*”, consubstanciado no princípio da isonomia material. Na oportuna lição de Ada Pellegrini Grinover acerca da transição para o Estado Social, “[...] Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e,

---

<sup>69</sup> Sobre as diversas possibilidades de posituação jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, dispõe Canotilho que podem ocorrer da seguinte forma: “1) posituação dos direitos econômicos, sociais e culturais, sob a forma de *normas programáticas*, definidoras de tarefas e fins do Estado (*Staatszielbestimmungen*) de conteúdo eminentemente social; 2) posituação dos direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de *normas de organização* atributivas de competência para a emanação de medidas relevantes nos planos econômico, social e cultural; 3) posituação dos <direitos sociais>, através da consagração constitucional de *garantias institucionais* (*Institutionnelle Garantien*), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas estritamente conexas com o <valor social eminente> dessas instituições; 4) posituação dos direitos sociais como *direitos subjectivos públicos*, isto é, como direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 37-38.

<sup>70</sup> Podemos citar como exemplos de direitos de segunda geração o direito à seguridade social, ao trabalho e a segurança no trabalho, seguro contra o desemprego, salário justo e satisfatório, proibição da discriminação salarial, liberdade sindical, lazer, a proteção da maternidade, infância, educação pública gratuita e universal, entre diversos outros.

<sup>71</sup> “[...] As constituições passam a ser mais amplas, detalhando em seus textos listas de direitos, tais como a Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919, pois o *laissez faire* do liberalismo não colocava freios sobre as atividades exploratórias ou mesmo predatórias dos mais fortes”. ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social”<sup>73</sup>.

Para a efetiva garantia desses direitos, “o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social [...]”<sup>74</sup>, em benefício da pessoa humana, mediante uma prestação positiva, destinada, motivada e orientada à realização da justiça social, abrangendo direitos como à saúde, ao trabalho, educação, lazer, habitação, entre outros. Estes direitos públicos subjetivos municiam o indivíduo dos mecanismos destinados à realização da igualdade material, intervindo o Estado justamente nos limites de sua concretização, através do exercício de condutas positivas na busca do bem-estar social.

Os direitos fundamentais de segunda geração que, nas palavras de Paulo Bonavides “[...] germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. [...]”<sup>75</sup>, estão expressos em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º<sup>76</sup>, que proclama serem direitos sociais, garantidos à todos, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Conforme disposição expressa do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde é reconhecido como um direito social de Segunda geração, sendo que, para alcançar sua garantia efetiva ao indivíduo, demanda do Estado o exercício de prestações positivas por intermédio de políticas públicas, sendo o referido bem da vida atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado.

Destinados ao gênero humano em geral e “[...] Dotados de um altíssimo teor de humanismo e universalidade [...]”<sup>77</sup>, considerando a humanidade coletivamente, os direitos de terceira geração<sup>78</sup> são conhecidos como direitos de fraternidade e

---

<sup>73</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 37.

<sup>74</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 38.

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

<sup>76</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

<sup>78</sup> Os direitos de terceira geração englobam direitos a uma nova ordem social e internacional, com a realização plena do direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, autodeterminação dos povos, na consolidação da paz universal, entre outros.

solidariedade, não se destinando somente à proteção dos interesses de um indivíduo isoladamente considerado, mas à sociedade como um todo, sendo desfrutados de maneira coletiva, preconizando o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, entre outros, decorrentes do processo de globalização dos direitos fundamentais, com o fito de torná-los universais<sup>79</sup>.

Sendo dotada de um alto teor de humanismo, referida geração impõe ao Estado a obrigação de proteger a coletividade de pessoas, destacando-se proteções coletivas como a defesa do consumidor, da criança, a um meio ambiente equilibrado<sup>80</sup>, à saudável qualidade de vida, direitos do idoso, entre outras. O processo de avanços tecnológicos delineou, por seu turno, o surgimento de direitos de titularidade coletiva ou difusa, possuindo implicação universal e superando as barreiras territoriais estatais, merecendo, em sua maioria, tratamento e proteção em escala internacional.

O preocupar-se efetivamente com o destino da humanidade, tutelando a proteção do meio ambiente, garantindo o desenvolvimento econômico e a construção de uma sociedade justa e igualitária, reflete a exteriorização do pensamento humanista em busca da melhor forma de organização social, primando por valores a tutelar uma categoria de pessoas, consideradas em sua unidade, contribuindo para a formação de uma consciência jurídica de grupo, ao tutelar direitos coletivos (transindividuais homogêneos, coletivos ou difusos).

Em virtude do avançado grau de desenvolvimento tecnológico, a doutrina moderna já sinaliza a classificação dos direitos fundamentais de quarta geração, transcendendo à esfera do indivíduo isoladamente considerado e impondo a proteção de questões relacionadas à informática, biotecnologia, bioética,

---

<sup>79</sup> “Esses direitos, apesar de ainda se encontrarem em processo de consagração por grande parte dos ordenamentos políticos estatais, têm a sua temática debatida no contexto internacional, visto que demandam uma orientação conjunta da comunidade internacional. [...]” FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 205.

<sup>80</sup> Dispondo sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, preconiza o autor Alexandre de Moraes: “Essa mesma previsão é feita pelo art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988, que afirma: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ, 158-206)” MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

bioengenharia, pluralismo, entre outras, ou seja, atuando diretamente na proteção de direitos surgidos a partir de uma vida em comunidade<sup>81</sup>.

A globalização política impôs que a discussão em torno desta nova geração de direitos fundamentais objetivasse a proteção das futuras gerações, ao passo que criam obrigações para que a atual geração possa formar as bases sustentáveis a garantir um futuro melhor e comprometido com a nova ordem econômica, política, jurídica, e ética internacional, estabelecendo os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos, dentro dos limites constitucionais, objetivando o acompanhamento constante da evolução científica pelo direito.

Por seu turno, classifica o autor Paulo Bonavides os direitos de quarta geração como “[...] o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. [...]”<sup>82</sup>, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, plasmada na globalização política dos direitos fundamentais.

Não obstante ter sido originariamente destinada a distinguir os momentos históricos em que foram tutelados referidos direitos, a idéia de “gerações” de direitos tem sido suprimida gradativamente pela doutrina mais abalizada, ao defender a idéia de acumulação destes direitos, tratando a teoria da evolução destes direitos como “dimensões” de direitos fundamentais<sup>83</sup>, e considerando, ainda, que referida classificação tem por escopo tão somente explicitar os níveis de proteção destes direitos, ampliando o horizonte dos direitos fundamentais, tendo em vista seu caráter dinâmico e mutante de acordo com a complexidade social.

As mudanças e evoluções sociais refletem de forma contundente na modificação, surgimento e aprimoramento constante dos direitos fundamentais, tal como versa Norberto Bobbio

---

<sup>81</sup> Sobre a evolução dos direitos do homem, já mencionava Norberto Bobbio não ser “[...] difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só a dos homens”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

<sup>82</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 571.

<sup>83</sup> “[...] Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos”. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

“[...] O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...]”.<sup>84</sup>

Desta feita, faz-se necessário ponderar que, ainda que parte da doutrina aborde a evolução histórica dos direitos fundamentais como “gerações” de direitos, inexistente a idéia de hierarquia, sucessão ou substituição entre referidos direitos, conseqüência da falsa impressão atribuída pelo termo “geração”, razão pela qual se defende a utilização do termo “dimensão”, o qual remete o intérprete à idéia de acréscimo e evolução dos direitos fundamentais.

As duras críticas sofridas pela utilização do termo “geração de direitos” devem-se à falsa impressão da substituição de uma geração por outra, o que constitui um grave equívoco de interpretação, ao passo que o surgimento de uma nova categoria de direitos não acarreta necessariamente o desaparecimento de outra, constituindo, portanto, um processo de acumulação.

Vaticina parte da doutrina que entendimento contrário importaria a equivocada interpretação de “sucessão de direitos”, o que condicionaria o reconhecimento de uma nova geração ao efetivo e pleno amadurecimento da geração anterior, inviabilizando, por conseqüência, o reconhecimento de novos direitos fundamentais, sobretudo nos países em desenvolvimento.

Ademais, a evolução dos direitos fundamentais não seguiu a ordem cronológica estatuída pela doutrina (liberdade, igualdade e fraternidade) em todos os Estados constitucionais<sup>85</sup>, em virtude da distinta formatação conferida aos direitos humanos no plano jurídico e de conquistas sociais nas diversas situações históricas vivenciadas pelos Estados. Observando a organização dos direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro, conforme aduzido pelo autor João Murício Adeodato,

---

<sup>84</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

<sup>85</sup> Exemplificando a situação em que as gerações de direitos fundamentais não foram seguidas, em consonância com a ordem cronológica classificada pela doutrina, tivemos no Brasil o reconhecimento de vários direitos sociais que foram implementados antes mesmo da efetivação dos direitos civis e políticos, no período do Estado Novo (1937-1945), na "Era Vargas", sendo reconhecidos inúmeros direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, sem que os direitos de liberdade como os de imprensa, de reunião, de associação, e políticos como os de voto e filiação partidária fossem assegurados. Já no plano internacional, os direitos trabalhistas surgiram primeiro que os direitos de liberdade, eis que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada logo após a I Guerra Mundial, no começo do século XX, para uniformizar as garantias sociais dos trabalhadores, surgindo antes da organização das Nações Unidas (ONU) e, conseqüentemente, antes da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

“[...] Observa-se que essa classificação não coincide com as sucessivas gerações ou concomitantes dimensões dos direitos [...]”<sup>86</sup>.

Não obstante, melhor interpretação seria de que os termos “dimensão” e “geração” fossem equivalentes, pretendendo o termo “geração” designar o surgimento de determinados direitos até então desconhecidos, sem a exclusão de anteriores, permanecendo as gerações, precedentes a outras, com plena vigência no seio social.

Feita a digressão relativa às diversas dimensões de direitos fundamentais, amplamente consagrados nos documentos jurídicos formais, nacionais e internacionais, vislumbra-se, num segundo momento, a preocupação das nações com a implementação destes direitos, notadamente nos países em desenvolvimento, cujo objetivo primordial é a supressão da condição de subdesenvolvimento, possuindo por característica mais marcante a visível miséria e marginalização social, cujas bases violam conseqüentemente os direitos humanos.

A proteção dos direitos fundamentais sociais de segunda geração apresenta-se como um desafio de grandes proporções, considerando que a efetivação concreta dos direitos humanos, através da busca da igualdade de oportunidades, demanda dos órgãos estatais estruturar as bases de um Estado Social sólido e assente com o respeito e garantia aos direitos fundamentais.

Ao exigirem os direitos sociais uma postura mais ativa do Estado, para possibilitar a ampla e irrestrita garantia de direitos como à igualdade material, as normas constitucionais consagradoras desses direitos impõem uma atuação positiva ao ente estatal, devendo laborar ações concretas destinadas ao favorecimento do indivíduo como ser humano.

### **1.2.1 Vinculação do Estado à efetivação dos direitos fundamentais**

Historicamente, a proteção dos direitos fundamentais se apresentava como um problema de natureza política, a demandar uma atuação positiva pelo Estado na sua

---

<sup>86</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros

efetivação, uma vez que, conforme célebre constatação por Norberto Bobbio “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”<sup>87</sup>.

Neste contexto, conforme leciona Flávia Piovesan

“A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômicos-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo”.<sup>88</sup>

Ter o constituinte originário vinculado o Estado à efetivação dos direitos fundamentais sociais de segunda geração, mediante prestações positivas direcionadas a garantir a isonomia material no que concerne ao uso, gozo e fruição dos direitos sociais, sem os quais não se é possível garantir uma vida digna ao ser humano, decorre da qualidade inerente ao Estado Constitucional de Direito, no que concerne ao seu conteúdo político.

Sem a pretensão de abordar especificamente o tema, a gênese do Estado de Direito é resultado do processo histórico iniciado com o período do Estado Liberal, cujo percurso, perpassando pelo Estado Social, culminou na formação do Estado Democrático de Direito, cujas características principais são a submissão ao império da lei, a divisão de poderes de forma independente e harmônica e a eleição de direitos individuais.

No que concerne a limitação do poder político, o Estado Constitucional caracteriza-se por ser regido por uma “[...] constituição limitadora do poder através do império do direito [...]”<sup>89</sup>.

Naquele contexto, o Estado de Direito era pautado estritamente no princípio da legalidade, reconhecendo-se somente a existência do direito positivo, o que revela uma visão meramente formal do direito, sendo o Estado do “*laissez faire*”

---

fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43.

<sup>88</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

<sup>89</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

caracterizado por políticas abstencionistas, tendo como cerne o princípio da liberdade.

Cedendo o Estado Liberal às pressões sociais, o surgimento do Estado Liberal de Direito enseja a submissão do Estado à lei, todavia, como instrumento para a realização do bem estar social, marcando a passagem do Estado de Direito para o “*Welfare State*” a alteração de um Estado meramente abstencionista para um Estado interventor, visando garantir a todos a igualdade material.

Para o alcance do Estado Democrático de Direito, partindo-se do Estado Social de Direito, necessário se faz a presença da legitimidade do exercício do poder político, que se manifesta por seu conteúdo democrático, no qual o governo é exercido diretamente pelo povo ou por intermédio de representantes, prevalecendo a vontade popular na sua organização política, social e econômica. A evolução da participação popular na gênese do Estado, nas palavras de Alexandre de Moraes “[...] foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia representativa, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do poder [...]”<sup>90</sup>.

Possui, portanto, o Estado Democrático de Direito a característica de buscar incessantemente a realização do bem estar social sob a égide da lei que, por seu turno, deve assegurar a participação ampla e plena do povo no processo político decisório, aproximando-se ao máximo do ideal democrático<sup>91</sup>. O elemento democrático torna-se fator preponderante para conferir legitimidade ao Estado, sendo manifestado, conforme salientado por Canotilho, pela legitimidade do direito e do exercício do poder político, advindo da soberania popular<sup>92</sup>.

A vontade da sociedade, direcionada à consecução dos direitos sociais, também confere legitimidade ao exercício do poder político na implementação das políticas públicas.

---

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 04.

<sup>91</sup> “O Estado Democrático de Direito funda-se no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na mera formação das instituições representativas. [...]” PEDRA, Adriano Sant’Ana. A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 256.

<sup>92</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

Conforme salienta Maria Paula Dallari Bucci

“A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e provadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais”.<sup>93</sup>

Ainda sobre os anseios sociais, ensina Virgílio Afonso da Silva que, “[...] Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa”<sup>94</sup>.

Entretanto, é de notório conhecimento público que a efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil encontra inúmeros óbices, notadamente sob o ponto de vista da realidade social, ao passo que a exigência de uma atuação positiva do poder público esbarra em uma série de fatores de ordem econômica, social e política, decorrentes da própria situação de subdesenvolvimento nacional<sup>95</sup>.

A persecução dos direitos fundamentais sociais vincula obrigatoriamente os órgãos estatais como um todo, sem prejuízo da necessária contribuição inerente a todos os integrantes da sociedade, inclusive setores privados, cabendo ao Poder Legislativo legislar para proteger e implementar os direitos fundamentais e fiscalizar a atuação dos demais poderes, ao Poder Executivo realizar políticas públicas destinadas à satisfação dos direitos prestacionais, bem como ao Poder Judiciário compelir, por intermédio da jurisdição, os demais poderes a empreender os esforços necessários a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, estando, por conseguinte, todos os agentes públicos comprometidos com esses parâmetros constitucionais<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 134-144, 1996. p. 135.

<sup>94</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599. p. 592.

<sup>95</sup> “Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia”. SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587.

<sup>96</sup> Com relação a efetivação dos direitos fundamentais, “[...] Para sua plena efetivação, necessitam esses direitos de um real sistema de proteção; e que os indivíduos possam dispor de meios pertinentes para assegurá-los, o que

Nesse contexto, a definição do caminho a ser percorrido para se alcançar a satisfação destes direitos, princípios e objetivos fundamentais constitui matéria a ser definida, a princípio, no âmbito político, cabendo ao Estado intervencionista se cercar de mecanismos e políticas que terão como objetivo a satisfação dos direitos fundamentais, garantindo o alcance da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

#### 1.2.1.1 Eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais

Sendo paulatinamente incorporados ao ordenamento jurídico estatal, os direitos fundamentais impulsionam o planejamento e execução de ações governamentais no resguardo dos direitos naturais do homem, indissociáveis da condição humana, apresentando variações de acordo com o momento histórico de seu surgimento e reivindicação, conforme leciona Canotilho “[...] os direitos naturais realizam-se *historicamente* através de convenções ou trocas sociais”<sup>97</sup>.

Salienta Paulo Bonavides

“O Estado constitucional dos direitos fundamentais, com a rede de implicações derivadas das complexidades sociais de nosso tempo, é uma praça de guerra onde porfiam interesses, valores, pretensões, reivindicações, em contextura de luta que fez da estabilidade do sistema a utopia dos governos. Mas nem por isso a conquista daqueles direitos, em progressão alentadora, há cessado, em meio à refrega e dinamismo da sociedade.”<sup>98</sup>

A opção protecionista do legislador constituinte de 1988 foi manifestada no reconhecimento de direitos e princípios democráticos, tanto no preâmbulo constitucional, quanto nos primeiros artigos da Magna Carta.

O art. 1º da Constituição Federal institui como um dos fundamentos do "Estado Democrático de Direito" a "dignidade da pessoa humana", e o art. 3º institui como objetivo fundamental "construir uma sociedade livre, justa e solidária", com a "prevalência dos direitos humanos", constituindo um conjunto de fundamentos direcionados à proteção da dignidade da pessoa humana como princípio regedor de

---

requer a prescrição de garantias constitucionais e recursos jurisdicionais adequados”. FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 256.

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 18.

tudo o texto constitucional, vinculando o Estado à efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais foram relacionados no Título II da Constituição Federal, dispondo sobre os direitos individuais e coletivos em seu art. 5º, sobre os direitos sociais no art. 6º, e sobre os direitos políticos em seu art.7º, sem prejuízo dos demais direitos reconhecidos por princípios adotados em tratados internacionais firmados pelo Brasil<sup>99</sup>, decorrência da ampliação do elenco de direitos pelo § 2º do artigo 5º.

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, os direitos individuais possuem aplicabilidade imediata, o que significa dizer, a princípio, que são auto-aplicáveis, ou seja, não dependem da edição de norma regulamentadora para que possam ser exercidos, excepcionados os casos em que a própria Constituição expressamente exigir uma regulamentação, em que o aludido direito não pode ser efetivado sem a existência de norma infraconstitucional regulamentadora, constituindo, nestes casos, norma não auto-executável<sup>100</sup>.

Possuir os direitos fundamentais sociais aplicabilidade imediata, confere efeitos jurídicos às referidas normas constitucionais independentemente de concretização por parte do legislador infraconstitucional, possuindo tais normas ampla força normativa, desde que se mantenham harmônicas ao sistema jurídico no qual se encontram inseridos.

A questão de ordem que é largamente levantada pela doutrina constitucional contemporânea se relaciona à efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, tidos como “cláusulas pétreas”<sup>101</sup>, ou seja, revestidos das características da

---

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

<sup>99</sup> “Começa-se por afirmar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional. [...]” PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

<sup>100</sup> “[...] Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular)”. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32.

<sup>101</sup> Importante definição sobre cláusula pétrea é apresentada pelo autor Adriano Sant’Ana Pedra: “[...] As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e

inviolabilidade e imutabilidade, dispondo expressamente o art. 5º, em seu § 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Cabe perquirir, inicialmente, se a definição dos termos eficácia e efetividade podem ser encontradas no dicionário jurídico escrito por Leib Soibelman<sup>102</sup>, dispondo sobre o termo “Eficácia” como aquilo que se compreende como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.

Já a expressão “Efetividade”, indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade, ou mesmo o que está realizando os seus próprios efeitos. Nas palavras de Carolina Bonadiman Esteves a palavra “efetividade tem origem no verbo latino *efficere* (produzir, realizar) e significa qualidade de efetivo, atividade real, resultado verdadeiro”<sup>103</sup>.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a questão se apresenta de forma mais complexa, exprimindo a efetividade uma relação de adequação entre o que chama de aspecto-cometimento e o aspecto-relato da norma<sup>104</sup>, sendo a norma tanto mais efetiva quando é obedecida, sendo a obediência uma consequência da efetividade.

Define, ainda, a efetividade em seu sentido semântico, sintático, pragmático e jurídico, sendo que o sentido sintático vê a efetividade como mera relação entre o relato de uma norma e as condições que ela mesma estabelece para a produção dos efeitos, ou seja, a efetividade decorreria da aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma.

O sentido semântico liga diretamente efetividade e obediência de fato, não prevendo os casos de desobediência de normas eficazes, ou seja, uma norma será tanto mais

---

conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isto, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 94.

<sup>102</sup> SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 142.

<sup>103</sup> ESTEVES, CAROLINA BONADIMAN. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e. (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 153-172. p. 154.

<sup>104</sup> Exemplificando o que chama de aspecto-cometimento e o aspecto-relato da norma, dispõe que “No discurso normativo, o aspecto-relato – por exemplo: “não pise na grama” – está sempre acompanhado do aspecto-cometimento – “isto é uma ordem, obedeça”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113.

efetiva quanto mais as ações ou omissões exigidas ocorram, residindo a norma efetiva no seu cumprimento e aplicação aos casos concretos.

Já o sentido jurídico da efetividade, que atende mais ao plano pragmático, reúne as condições de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, estabelecendo uma relação de adequação entre o relato e o cometimento de uma norma, concluindo o autor que uma norma será tanto mais efetiva quanto mais as ações ou omissões exigidas ocorram.<sup>105</sup>

Nas palavras de José Afonso da Silva, “[...] a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”<sup>106</sup>. No mesmo sentido, a noção de eficácia como “qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado”<sup>107</sup>, está atrelada à possibilidade de a norma gerar efeitos, produzindo o potencial efeito que lhe é peculiar, realizando e materializando o direito, garantindo sua aplicabilidade como a possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto.

Entendida em seu plano individual, a efetividade dos direitos fundamentais sociais, presentes no rol do artigo 5º da Constituição Federal, integra as matérias que compõem o chamado “rol de segurança” da Constituição, sendo que, por se tratar de cláusulas pétreas, não podem ser objeto de deliberação de Emendas Constitucionais que objetivem sua extinção, a teor do disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, que elege as matérias intocáveis pelo legislador, materializando a rigidez constitucional em seu grau máximo<sup>108</sup>.

Referida norma significa, por interpretação lógica, que aos poderes públicos cabe respeitar, promover e garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, para que alcancem a maior efetividade possível, sendo vedado ao legislador que atue em contrariedade a concretização destes direitos.

---

<sup>105</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 119-120.

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

<sup>107</sup> ESTEVES, CAROLINA BONADIMAN. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e. (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 153-172. p. 154.

<sup>108</sup> “Esse ‘bloco de direitos’ que condensa os direitos fundamentais, os direitos humanos e os direitos do homem, deve ser respeitado não só pelo legislador ordinário, mas principalmente pelo poder constituinte de reforma, que não pode lançar mão de procedimentos de reforma que venha a desvirtuar esses direitos. [...]” FABRIZ, Daury

Não obstante a declaração expressa constante no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de que as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, persiste em parte da doutrina a controvérsia sobre o alcance desse dispositivo abranger todos os direitos fundamentais ou somente os direitos individuais e coletivos.

Aderir à opção defendida pelo autor Ingo Sarlet<sup>109</sup>, de que o § 1º não é restritivo, abrangendo todo o Título II da Constituição que dispõe “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, sem dúvida é o mais acertado, pois, partindo-se de uma interpretação literal ou mesmo sistemática e teleológica, resta claro que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, ou seja, o legislador constituinte incluiu os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais no âmbito do § 1º, do art. 5º.

Referido entendimento é, inclusive, consolidado pela doutrina majoritária, no sentido de que as normas consagradas de direitos sociais, previstas no art. 6º da Constituição, integram os direitos fundamentais possuindo, portanto, aplicabilidade ou eficácia imediata.

Dispõe Vicente de Paulo Barretto

“[...] Uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais. Afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados da aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível” ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social”.<sup>110</sup>

---

Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 256.

<sup>109</sup> Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º. [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 262.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112.

Afastar os direitos sociais da esfera dos direitos fundamentais acarretaria, portanto, a possibilidade de o referido catálogo de direitos sofrer restrições tanto por parte do legislador quanto por parte do Judiciário e da Administração Pública.

No que concerne também à efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, devemos considerar a existência, no rol do art. 5º, das normas de eficácia limitada, ou seja, aquelas que não possuem aptidão para serem aplicadas de imediato, necessitando de norma definidora de sua abrangência<sup>111</sup>. Referidas normas dependem da promulgação de lei integrativa, válida como instrumento de executoriedade<sup>112</sup>.

A eficácia e aplicabilidade da norma jurídica constitucional que dispõe sobre Direitos Fundamentais Sociais também não deixa de estar relacionada à eficácia conferida pela própria sociedade, por intermédio da vontade coletiva e do senso comum, constituindo um requisito considerável e inerente a própria validade jurídica da norma.

A efetivação das normas de direitos fundamentais demanda uma correlação entre os valores pela sociedade resguardados e seus próprios anseios, o que resulta no compromisso de todos os setores sociais em respeitar e em concretizar os referidos dispositivos, não bastando somente a existência pura e simples dos enunciados prescritivos de direitos fundamentais sociais.

Desta forma, a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais está diretamente ligada aos anseios sociais de efetivação destas normas, ao passo que vinculam todos os setores sociais e também materializam uma eficácia dirigente, ao vincular a atuação dos poderes estatais de forma a reconhecer e implementar tais direitos historicamente, promovendo uma eficácia temporal irradiante pelo tempo.

---

<sup>111</sup> Sobre a classificação das normas constitucionais, com relação as diversas formas de eficácia, ver SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

### 1.2.1.3 Caráter programático das normas de direitos fundamentais sociais

Garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais constitui, historicamente, um problema a ser enfrentado pelos mais diversos setores sociais na promoção da justiça social e garantia de condições de igualdade, a serem realizadas mediante a concretização dos direitos sociais, garantindo condições mínimas de vida ao cidadão, ao dar fundamento ao edifício jurídico dos direitos básicos e essenciais, cuja essencialidade busca preservar a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a efetividade da norma constitucional, como requisito inerente à própria validade jurídica da norma demanda, no plano pragmático, o empenho dos diversos setores da sociedade em respeitar e concretizar os direitos sociais, objetivando conferir efetividade às referidas normas, compelindo os governantes a atuar positivamente para garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Defende parte da doutrina que a existência das normas desta natureza que estabelecem, “[...] como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários [...]”<sup>113</sup>, materializando finalidades e tarefas a serem implementadas pelos poderes estatais na consecução dos objetivos fundamentais, constitui uma exigência do Estado Social de Direito, exercendo uma função de caráter ideológico materializada nos compromissos assumidos pelo constituinte em favor do bem estar social.

Tal posicionamento se fundamenta no fato de que o estabelecimento de diretrizes e metas a serem constantemente buscadas pelo Estado social espelha a necessidade de motivação da atividade estatal na busca pelo bem estar social, razão pela qual se mostra imprescindível a existência no “[...] próprio catálogo de direitos fundamentais, de preceitos que assumem a feição de normas programáticas, ou, no mínimo, de normas que estabeleçam programas, fins e tarefas para os órgãos estatais [...]”<sup>114</sup>.

Ao estabelecer programas, diretrizes e caminhos para a atuação dos órgãos estatais no atendimento dos objetivos fundamentais da República, as normas programáticas

---

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 137.

possuiriam aplicação diferida, explicitando comandos e valores do ordenamento constitucional, exteriorizados, muitas vezes, por comandos parcialmente indeterminados, sendo que, no lugar de regular direta e imediatamente o interesse tutelado, limitar-se-ia a traçar os princípios norteadores da atuação dos órgãos estatais na realização dos fins sociais do Estado<sup>115</sup>.

Constituindo as normas programáticas uma categoria de normas constitucionais, temos nas normas definidoras dos direitos sociais o problema da necessária atuação positiva do Estado para a concretização e efetividade de seus valores, demandando a criação de políticas públicas de cunho social, sendo que “[...] o juízo de oportunidade e avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante [...]”<sup>116</sup>.

Entretanto, a necessidade de complementação sintática para o alcance de determinado direito, faria com que alguns direitos sociais fossem considerados meras intenções legislativas para implementação futura, o que acarretaria sua baixa efetividade jurídica e social, pois indicativas de finalidades sociais a serem perseguidas pelo Estado para o desenvolvimento econômico, social e político da sociedade, em observância aos objetivos fundamentais.

A controvérsia relativa ao regime jurídico aplicável aos direitos sociais, consagrados constitucionalmente na categoria de direitos fundamentais, acarreta, por conseguinte, seu rebaixamento na hierarquia constitucional, “[...] sendo reduzidos a simples normas programáticas a espera de serem regulamentadas para produzirem efeitos”<sup>117</sup>.

A interpretação de que os direitos fundamentais sociais não possuem plena eficácia é incompatível com a integralidade do sistema de direitos fundamentais<sup>118</sup>, considerando que a simples necessidade de edição de norma integradora, não elide sua eficácia e aplicabilidade imediata, pois referida norma integradora possui o

---

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 267.

<sup>115</sup> “As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. [...]” SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141.

<sup>116</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 14.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

desiderato de, tão somente, orientar e coordenar as políticas públicas destinadas ao atendimento espontâneo destes direitos pelo Estado. Compartilha desta tese o autor Ingo Sarlet, ao defender que “[...] todas as normas constitucionais – inclusive as programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade”<sup>119</sup>.

Críticas voltadas à ausência de efetividade dessas normas, por constituírem, tão somente, o estabelecimento de princípios, programas e planos a serem realizados com a evolução social, são manifestadas pela doutrina contemporânea contra as normas de caráter programático, seja por possuírem baixo grau de densidade normativa ou mesmo enunciarem programas políticos não vinculantes.

A dependência de normas infraconstitucionais integradoras para conferir aplicabilidade às normas programáticas é constatada, por exemplo, no direito social à saúde<sup>120</sup>, constante no art. 196 da Constituição, que preconiza ser um "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Percebe-se claramente que o viés programático do referido direito social está presente na ausência de especificação expressa do caminho a ser percorrido pelo Estado para a efetivação do direito à saúde, limitando-se a traçar como panorama garantidor a realização de “políticas sociais e econômicas”, razão pela qual não seria entendida, a princípio, como uma norma auto-aplicável.

Também no que concerne ao direito à moradia, referido direito social não é oponível de forma irrestrita ao Estado, esbarrando sua exigibilidade plena em aspectos de ordem econômica e estrutural inerentes à administração pública. O mesmo se observa para a norma que dispõe acerca do Salário Mínimo, ao determinar que a

---

<sup>118</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 267.

<sup>120</sup> “A mera consignação do direito à saúde no texto da Constituição é insuficiente para a sua efetiva proteção. Faz-se necessário que este comando se irradie materialmente, mediante a prática, pelo Estado, dos atos necessários para que o bem da vida saúde esteja à disposição do cidadão”. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

remuneração mínima deve atender todas as necessidades sociais do cidadão, nos termos do art. 7º, inciso IV da Constituição<sup>121</sup>.

A carga eminentemente axiológica atribuída às normas programáticas contribui para que a implementação de determinados direitos sociais ocorra de forma gradativa, ficando sua efetivação subordinada a decisões de cunho político, o que acarreta a evasão pública com relação ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais, contribuindo, muitas vezes, para a falta de efetividade destas normas.

Não obstante a eficácia das normas programáticas de direitos fundamentais sociais constituir matéria de complexidade relevante, o caminho a ser percorrido pelo Estado para a concretização destes direitos demanda uma análise sistêmica da Constituição, o que resulta na adoção de uma eficácia vinculativa e imediata das normas consideradas programáticas, repelindo-se a interpretação de mero programa ou intenção legislativa para implementação futura.

Justamente por serem as normas constitucionais sempre dotadas de um mínimo de eficácia, incumbe ao Estado extrair destas normas, notadamente as que dispõem sobre direitos fundamentais sociais, a maior eficácia possível, ao passo que a presunção de eficácia e aplicabilidade imediata decorre da imposição prevista pela ordem constitucional, conforme já observado.

Ademais, o Estado Democrático de Direito possui por objetivo fundamental assegurar o exercício dos direitos sociais, “[...] por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração [...]”<sup>122</sup>, encontrando estes valores supremos previsão expressa no art. 6º da Constituição Federal, mantendo relação direta com a categoria de direitos civis e políticos, portanto, integrantes do núcleo normativo do estado democrático.

Melhor interpretação reside, portanto, na força normativa imediata destas normas, considerando que, por apontarem no ápice do ordenamento constitucional, referidas

---

<sup>121</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

<sup>122</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 37.

normas devem exigir a atuação efetiva do legislador e do Estado<sup>123</sup>, através da consecução de políticas públicas a serem desenvolvidas para a concretização destas normas, não obstante exigirem a edição de lei que as regulamentem ou de providências administrativas.

Para Vicente de Paulo Barretto, a parte programática da Constituição deve ser utilizada como uma “ferramenta” à disposição do intérprete para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, devendo referida norma ser considerada por seu caráter principiológico e, “Com isto, a parte programática da Constituição torna-se necessariamente impositiva, independente, portanto, de arranjos políticos, sociais ou econômicos”<sup>124</sup>.

No mesmo vértice, ainda dispõe Ingo Sarlet que

“[...] a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]”.<sup>125</sup>

Atribuindo carga principiológica às referidas normas de caráter programático, seriam estas utilizadas como “ferramenta” para o alcance da máxima eficácia possível dos direitos fundamentais sociais, maximizando a atuação estatal voltada à garantia de referidos direitos ao cidadão.

O reconhecimento do mesmo valor jurídico conferido às demais normas constitucionais, atribuem as normas programáticas o caráter vinculativo aos fins e valores que exteriorizam, produzindo forte grau de eficácia com relação aos efeitos específicos de cada direito fundamental social, vinculando o Estado, através de seus entes governamentais, na elaboração de normas jurídicas e na execução de

---

<sup>123</sup> “Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 109.

políticas públicas assentes com os ideários das normas constitucionais programáticas.

Desta feita, o enquadramento dos direitos sociais no conceito frágil de normas programáticas, diante do contexto apresentado, não refletiria o espírito social da Constituição, volvido às transformações sociais rumo à concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, voltando-se contra os pilares do Estado Democrático de Direito, pois o simples fato de um direito social depender de norma integradora, não o torna, por si só, programático.

---

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais

## 2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Também concebida como teoria da “Tripartição dos Poderes do Estado”, a teoria política da Separação dos Poderes é um dos princípios fundamentais da democracia moderna e sua evolução, enquanto doutrina, está diretamente ligada à evolução da limitação do poder político, cujas bases históricas remontam aos ideais defendidos por John Locke e Aristóteles (na Grécia antiga).<sup>126</sup>

Amplamente difundida por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*, referida teoria consagrou a necessidade de redução do arbítrio e violência estatais por intermédio dos meios legais, atribuindo competências distintas a diferentes órgãos estatais, dividindo-os por funções, objetivando moderar o poder do Estado pela separação dos poderes. Referida teoria consiste, portanto, em desconcentrar os poderes das mãos de uma só pessoa, ou grupo, para que o poder exerça controle sobre os demais e seja também controlado, objetivando conferir também maior eficiência ao Estado.

Através do exercício democrático do poder, a separação dos poderes estatais em Executivo, Legislativo e Judiciário, exprime a forma de separação materializada na evolução constitucional dos diversos países, alicerçando Montesquieu sua teoria na máxima de que “*só o poder freia o poder*”, através da qual evita-se a concentração de poder em um só órgão, ou seja, as funções do Estado seriam descentralizadas para poderes com responsabilidades diversas.

Sua evolução, enquanto teoria política, culminou na criação do mecanismo de “Freios e Contrapesos” (*Checks and balances*), onde os poderes, além de exercerem suas funções legislativas, administrativas e judiciárias, podem exercer um controle mútuo de forma equilibrada, permitindo sua autonomia funcional, desde que o exercício de suas funções ocorra nos parâmetros da legalidade. Referido mecanismo, predecessor da doutrina norte-americana, já era contemplado na constituição inglesa<sup>127</sup>, que formulava uma engenharia jurídica de controle do poder

---

na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 270.

<sup>126</sup> Não objetiva a presente abordagem esgotar a evolução histórica da teoria da separação dos poderes, mas, tão somente, analisar sua concepção moderna à luz do Estado Democrático de Direito.

<sup>127</sup> A teoria da separação dos poderes partiu do modelo da monarquia constitucional inglesa, objetivando frear a contínua interferência da realeza nas decisões dos juízes, que tentavam intervir nas decisões por possuírem

pelo próprio poder, sendo necessária sua divisão para que, em momento posterior, fossem criados instrumentos de controle recíproco.

A abordagem da aludida teoria, ainda bastante discutida pela doutrina constitucionalista contemporânea, mostra-se imprescindível no tocante ao controle judicial de políticas públicas, uma vez que a intervenção de um poder (Judiciário) sobre as atividades de competência de outros poderes (Executivo e Legislativo) sofre duras críticas por parte da doutrina.

Defende parte da doutrina que tal ingerência incorreria em violação do princípio da Separação dos Poderes, considerando que o planejamento, estruturação e execução das políticas públicas voltadas à consecução das finalidades do Estado social, seriam de competência exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, não podendo o Poder Judiciário intervir neste contexto. A engenharia institucional da teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu tinha por desiderato a proteção da liberdade, a qual restou condicionada à divisão das funções do Estado.

A técnica do controle mútuo do poder que, do ponto de vista histórico, foi cunhada no apogeu do liberalismo econômico, sendo decorrente de uma doutrina política liberal, deve ser repensada na modernidade considerando-se as condições históricas e teóricas em que elaborou a sua teoria à época, razão pela qual se faz necessário lançar um olhar mais criterioso sobre o tema.

## 2.1 CONCEPÇÃO TRADICIONAL E SEU VIÉS FUNDAMENTALMENTE LIBERAL

Reconhecida pela democracia contemporânea como um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, sendo construída junto com a própria evolução do Estado, a separação dos poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, enquanto poderes independentes e harmônicos, remonta os ideais da antiguidade, tendo sido objeto de estudo de pensadores e filósofos diversos, desde Aristóteles, Platão e Políbio, até Maquiavel e Althusius.

---

influência direta na composição dos órgãos jurisdicionais, dando ensejo ao surgimento posterior do *rule of law* como fundamento do Poder Judiciário na racionalidade constitucional.

Maquiavel em sua obra "O Príncipe", no Século XVI, participou da formação desta teoria atribuindo ao poder político da França três poderes distintos, o Legislativo que era representado pelo Parlamento, o Executivo que era materializado na figura do Rei, e um Judiciário autônomo aos demais.

Sendo identificada nas obras de Aristóteles, na Grécia antiga, o filósofo já se preocupava com a concentração de poderes nas mãos de um só governante, que detinha de forma absoluta o exercício do poder, podendo ser observado em seu pensamento a indicação de três atividades na *polis*. Assim, já na Antiguidade, o pensador dividiu as funções estatais em deliberativa, executiva e judicial.<sup>128</sup>

No pensamento aristotélico, o conceito de “constituição mista”<sup>129</sup> ou “constituição média”<sup>130</sup>, tem por objetivo assegurar o equilíbrio e balanceamento das classes sociais, através da mistura das formas de governo para se alcançar um equilíbrio, possibilitando sua participação no exercício do poder político, associando-se o referido pensamento à idéia da teoria da Separação dos Poderes.

As idéias absolutistas que justificavam filosoficamente a concentração de poderes de forma ilimitada nas mãos de um soberano, sendo este somente limitado pelo direito natural, confundia a vontade arbitrária do soberano com a vontade do Estado, resumindo-se na célebre frase atribuída a Luís XIV “*l’Etat c’est moi*” (O Estado Sou Eu), ocasionando referida concentração de poderes diversas arbitrariedades e abusos do poder.

Sob essa ótica, pretendia Montesquieu evitar a concentração de poderes para que os direitos e liberdades fundamentais fossem protegidos das investidas do poder arbitrário.

---

<sup>128</sup> Não se pretende aprofundar a abordagem política da teoria da separação dos poderes sob a ótica Aristotélica.

<sup>129</sup> “Neste sentido, constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o <exercício da soberania> ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.” PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed, 1989. p. 33.

<sup>130</sup> “Constituição mista e constituição média são conceitos que abarcam a mesma realidade, embora de diferentes perspectivas, respectivamente, o <equilíbrio estático> e o <equilíbrio dinâmico> entre as classes sociais. A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. [...]” PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed, 1989. p. 35.

Sob este pano de fundo se desenvolveu a teoria da Separação dos Poderes como técnica de limitação do poder, encontrando em Locke e Montesquieu seus grandes sistematizadores, pregando uma separação estanque de poderes para garantir uma autonomia quase que absoluta com relação a sua atividade fim, combatendo-se os excessos do período absolutista com a concentração do poder nas mãos do soberano.

O primeiro a referendar de forma implícita a aludida teoria, na segunda parte da obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, foi o filósofo liberal inglês John Locke<sup>131</sup>, tendo como pano de fundo as peculiaridades do Estado Inglês do século XVII, destacando a existência dos poderes distintos, executivo, legislativo, federativo<sup>132</sup>. Nesta obra Locke estabelece uma conexão entre a teoria da separação dos poderes e a teoria do “*rule of Law*”<sup>133</sup>, preconizando que a aplicação da lei somente ocorreria de forma imparcial se não fosse o mesmo poder a elaborá-la e aplicá-la, sendo necessária, em decorrência desta máxima, a distinção entre os poderes legislativo e executivo.

Todavia, foi no Estado Moderno, mais precisamente em 1748 que a obra de Charles-Louis de Secondant, barão de Montesquieu, explicitou de forma sistemática a teoria da Separação dos Poderes, colocando-a em um quadro mais amplo e ganhando maior configuração através da obra “*De L’Esprit des Lois*” (*O Espírito das Leis*), que trata, em seu Capítulo VI do Livro XI, denominado *Da Constituição da Inglaterra*, sobre a sistematização do sistema político inglês que, sob sua ótica, seria o único regime de governo apto a proteger a liberdade individual do indivíduo, o que o fazia compartilhar das idéias da doutrina liberal.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Para John Locke a tentação de ascender ao poder seria mais forte que a fragilidade humana, razão pela qual não seria prudente que as mesmas pessoas que detivessem o poder de legislar tivessem também o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, adequando-as à sua vontade de forma arbitrária.

<sup>132</sup> Para Locke o poder federativo, concebido como um terceiro poder, apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, tendo por função a tomada de decisões executivas com relação a estrangeiros, formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz.

<sup>133</sup> “A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à idéia de *rule of Law* ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição *sine qua non* da realização da mesma. [...]” PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed, 1989. p. 44.

<sup>134</sup> “É verdade que nas democracias o povo parece fazer aquilo que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 164.

A proteção da maior liberdade possível, a ser concedida aos cidadãos pelo Estado, somente seria efetivada com a descentralização do poder vários poderes, os quais moderar-se-iam reciprocamente, coibindo abusos em seus âmbitos de atuação.

No livro XI da obra “O espírito das leis”, que trata das leis que formam a liberdade política, Montesquieu afirma que

“[...] É tão-só nos governos moderados que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos Estados moderados; ela só existe neles quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E - quem o diria! - até a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. [...]”<sup>135</sup>

Na concepção de Montesquieu, a liberdade reside na possibilidade atribuída ao cidadão de fazer tudo aquilo que as leis facultam, e não em fazer aquilo que as leis proíbem, sob pena de não gozar de sua liberdade, pois na medida que o outro também teria esse poder, invadiria, necessariamente, sua esfera de liberdade<sup>136</sup>.

A teoria apresentada por Montesquieu contemplava, assim como se observa na atualidade pelos constitucionalismos modernos, a figura de três poderes, classificando os atos estatais segundo sua natureza, o legislativo, que possui as funções legislativas de criação de normas jurídicas, o executivo, que aplica as normas jurídicas sob a fórmula política, não podendo contrariar a lei, e o judiciário, responsável pelos atos jurisdicionais que resultam do julgamento de litígios segundo o direito vigente. Ambos os poderes exerceriam seus papéis harmonicamente e independentes entre si.

A separação defendida por Montesquieu teria por objetivo promover a desconcentração do poder das mãos de uma só pessoa ou grupo, garantindo-se assim a liberdade<sup>137</sup> por meio de um governo moderado, repartindo-se o poder soberano em três funções fundamentais do Estado, quais sejam, a legislativa, a executiva e a judiciária, condicionando, assim, a liberdade dos cidadãos à divisão

---

<sup>135</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 164-165.

<sup>136</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 164.

<sup>137</sup> “Montesquieu condicionara a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, igualmente exequíveis de forma tirânica.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 36.

das funções do Estado. Referida teoria fora invocada como arma ideológica contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, sendo necessária a limitação daquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer outras competências que caberiam a outros órgãos<sup>138</sup>.

Delineando os contornos da teoria da Separação dos Poderes, foi Montesquieu o responsável pela inclusão expressa do Poder Judiciário dentre os poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos no constitucionalismo moderno.

A teoria jurídica da Separação dos Poderes enuncia apenas a classificação dos atos estatais quanto à sua natureza, podendo ser classificados em atos judiciais, executivos e legislativos, sendo imprescindível que inexista a possibilidade de acumulação de mais de uma função no mesmo titular para se alcançar a efetiva proteção da liberdade.

Revelando o momento histórico da época, a teoria de Montesquieu, manifestamente influenciada pelas idéias iluministas e do liberalismo, tinha por desiderato limitar a intervenção do Estado na esfera individual.

A redução drástica do poder ocorreria através da diminuição da atuação do Estado, atribuindo-se três funções à diferentes órgãos, que exerceriam mutuamente um freio para o outro poder, considerando que inexistiria liberdade se ao soberano permanecesse a faculdade de promulgar leis tirânicas para aplicá-las tiranicamente.

Nas palavras de Norberto Bobbio,

“[...] na teoria da separação de poderes, encontramos a resposta do constitucionalismo moderno ao perigo recorrente representado pelo despotismo, como aparece com toda a clareza nesta passagem: “Os príncipes que quiseram transformar-se em tiranos começaram sempre reunindo na sua pessoa todas as funções públicas”.<sup>139</sup>

A consagração da referida teoria, portanto, decorreu do momento histórico no qual se pretendia o enfraquecimento do poder do Estado e a restrição de sua atuação na

---

<sup>138</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed, 1989. p. 49.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. 5. ed. Brasília: Editora: Universidade de Brasília, 1988. p.137.

esfera da liberdade individual, assegurando-se a existência de um governo moderado, com a distribuição das atividades do Estado.

Para Montesquieu, a maior liberdade possível garantida aos cidadãos decorreria da existência de vários poderes, que se moderariam ente si e evitariam o abuso do poder por qualquer deles, sendo que

“Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.”<sup>140</sup>

A formulação da referida doutrina, como técnica para a limitação do poder Estatal, restou fortalecida pelas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII (Revolução Gloriosa) e XVIII (Inglaterra 1688/89), Independência Norte-Americana (1776) e Revolução Francesa (1789). Tais revoluções surgiram em resposta às arbitrariedades resultantes da concentração de poderes nas mãos do soberano. Assim, o absolutismo da Idade Média deu espaço ao início do Estado de Direito. A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal é o momento histórico que retrata a fundamentação para o surgimento da teoria da Separação dos Poderes, que passou a influenciar os diversos textos constitucionais.

A limitação da atuação do Estado passou a integrar a prescrição das Constituições sob influência do Liberalismo, as quais pregavam que a não separação dos poderes implicaria a ausência de democracia, estando presente a referida teoria em alguns momentos históricos na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776<sup>141</sup> e na da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, mais precisamente em seu artigo 16<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

<sup>141</sup> O item V da Declaração dos Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason e proclamada pela Convenção da Virgínia, assim dispunha: “Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes)., segundo disponham as leis.”

<sup>142</sup> Art. 16º. Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

A teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu teve por objetivo principal a proteção da liberdade do indivíduo, sendo este o foco estrategicamente adotado pela teoria para a proteção de direitos individuais inatos, vez que o poder concentrado corromperia qualquer governante que, por sua vez, atacaria a liberdade individual por meio da opressão, agindo sem considerar a liberdade dos súditos.

Apresentando sua solução para a opressão do poder exercido até então de forma concentrada por um só governante, Montesquieu defendia que o poder deveria ser necessariamente dividido para poder ser controlado, protegendo-se a liberdade individual através do controle institucional do poder.

Tendo como pano de fundo a primeira metade do século XVIII, o barão francês vislumbrou a existência de uma sociedade onde prevalecesse a liberdade, constituindo a Inglaterra na década de 1730 uma monarquia constitucional, e a França, por sua vez, sob a égide de uma monarquia absolutista (monarquia dos Capetos<sup>143</sup>), razão pela qual deve-se considerar as peculiaridades da época histórica vivenciada por Montesquieu ao tentar adequar sua teoria às sociedades contemporâneas.

Originado pela terceira fase de desdobramento do Estado Moderno e sob forte influência do neoliberalismo, o Estado Liberal sedimentou a defesa das liberdades individuais através das liberdades negativas, característica do Estado de Direito Absenteísta, limitado pelo sistema da liberdade natural do indivíduo.

No contexto do Estado Liberal, o direito à liberdade, marco paradigmático do Estado moderno, foi eleito o direito fundamental de maior relevância, sendo reservado ao Estado não interferir na liberdade individual do cidadão mediante uma obrigação de não-fazer, exercendo uma prestação negativa. Integrantes dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de cunho individualista garantiam o direito de defesa do indivíduo frente ao Estado.

Imersa neste contexto, a teoria da Separação dos Poderes<sup>144</sup> teve por desiderato elidir a concentração absoluta do poder, substituindo o até então forte e centralizado

---

<sup>143</sup> A monarquia dos Capetos, também conhecida por dinastia Capetiana ou Capetíngia, por sua família real, governou a França durante mais de oitocentos anos.

<sup>144</sup> “Assim se qualifica por Estado constitucional da separação de Poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a

poder do Estado Moderno, a quem a soberania pertence, por um poder moderado do Estado Liberal, apregoando a teoria de liberdade de Montesquieu uma negação da soberania estatal, conferindo efetividade ao direito individual de liberdade do homem.

Na desconstrução da soberania do poder, em favor da pluralidade de poderes, residiu a salvação da liberdade do homem como um dos pilares da filosofia do liberalismo, objetivando a divisão de poderes acautelarem os direitos do indivíduo perante o organismo estatal.

Os regimes políticos da Idade Média (absolutismo, feudalismo, etc.) foram superados pelos ideais liberais, sepultando os ideais da Idade Média, pois incompatíveis com a liberdade moderna, tendo a Revolução Francesa de 1789 acarretado importantes modificações nos campos econômico, político e social, notadamente com a ascensão econômica da Burguesia, que passou a desejar também o poder político e o reconhecimento de maior liberdade.

Em virtude das conquistas e progresso advindos da navegação, do comércio e da indústria, foram rompidos os paradigmas medievais e econômicos até então estabelecidos, representando a burguesia a noção de liberdade nesta nova ordem política, erigindo a teoria da Separação dos Poderes à base de sustentação dos direitos de liberdade do indivíduo mediante o enfraquecimento do Estado.

Assim, cabia ao Estado absenteísta agir de forma restrita, reservando seu poder de atuação somente para tutelar direitos relativos à liberdade e propriedade do indivíduo, considerando que a liberdade tutelada pelo Estado liberal adveio das chamadas revoluções liberais ou burguesas.

Mas não somente na proteção da liberdade individual e diminuição do absolutismo dos governos se alicerçava a proposta da separação dos poderes, ao passo que tinha por base fundamental também aumentar a eficiência do Estado, considerando que a divisão de atribuições e competências atribuiria especialização a cada órgão, que desempenharia determinada função exclusiva. A eterna busca pela maior eficiência do Estado, através do melhor funcionamento como um todo, culminou,

neste desiderato, com a descentralização do poder. Estas duas bases da teoria da Separação dos Poderes, defendida por Montesquieu, acabaram por diminuir visivelmente o absolutismo dos governos.

Entretanto, considerando as evoluções sociais contemporâneas, torna-se necessária a superação da concepção clássica de tripartição, voltada ao atendimento das necessidades de controle democrático dos poderes, de forma assente com a Constituição, razão pela qual se torna necessário equacionar um sistema melhor elaborado de exercício das funções estatais, que permita o controle mútuo entre legislativo, executivo e judiciário.

## 2.2 CONCEPÇÃO MODERNA À LUZ DO ESTADO SOCIAL

A transição ocorrida do Estado liberal para o Estado social acarretou profundas alterações com relação às funções estatais e suas finalidades, alterando-se a preocupação liberalista em somente proteger o indivíduo da ingerência do Estado, para a implementação do bem-estar social com o estabelecimento de funções específicas para a consecução dos direitos sociais.

As conseqüências econômicas advindas da expansão tecnológica, ocorrida com a Revolução Industrial, provocaram o crescimento do imperialismo econômico e, por consequência, concentração de riquezas, que acabou por acarretar o surgimento de bolsões de miséria e conseqüências nefastas em razão da segmentação de classes.

A reação a esse estado de coisas, decorrente da miséria nas classes inferiores, foi a adoção de um novo sistema ético de referência baseado na proteção integral aos direitos humanos, não se restringindo somente à garantia formal, mas a proteção da igualdade material, como princípio de ordem substancial.

Com o advento dessas alterações mundiais, o catálogo de direitos foi ampliado para contemplar, além da proteção dos direitos clássicos de defesa do cidadão contra a ingerência arbitrária do poder estatal, também a proteção dos direitos sociais,

mediante prestações estatais, desenhando-se um perfil de estado intervencionista, também chamado de *Welfare State* (Estado de bem-estar social) <sup>145</sup>.

Em decorrência dessa evolução, bem como da sociedade contemporânea, a teoria clássica da Separação dos Poderes, tal como concebida por Montesquieu em um contexto nacional-liberalista (Estado Liberal), tem sido largamente questionada no que concerne à idéia de “independência” conferida aos aludidos poderes, o que vedaria, conforme sustentado por parte da doutrina, a intervenção de um poder na esfera de competência de outro.

Referida questão torna-se ainda mais preocupante quando se relaciona a interpretação conferida por parte da doutrina para fundamentar a impossibilidade de intervenção de um poder sobre o outro, no caso do Poder Judiciário sobre a atividade do poder Legislativo ou Executivo, mais especificamente ao exercer a jurisdição um controle sobre os atos relacionados às políticas públicas em geral.

Ocorre que, dentro das funções atribuídas constitucionalmente aos poderes, dentro de um modelo de Estado compartilhado, cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade por exercer um controle responsável e coordenado na implementação de políticas públicas para o atendimento dos direitos fundamentais sociais.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, a teoria clássica da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu no contexto do Estado Liberal, não mais pode prevalecer, pois se torna desejável no Estado constitucional contemporâneo que um poder exerça controle sobre os demais e também seja controlado, sempre com o objetivo de conferir proteção aos direitos fundamentais e tornar o Estado mais eficiente <sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Sobre as formas de expressão do poder estatal representarem meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, dispõe GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 38. “O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma, foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.”

<sup>146</sup> “Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação de poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples “boca da lei”, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a “teoria da separação de poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das idéias de

Nesse contexto, deve-se considerar com um foco mais apurado a interpretação dada à teoria da Separação dos Poderes, até então vista sob o viés da “independência” e “separação”, como uma “autonomia” existente entre esses poderes. Deve-se superar, portanto, a idéia da prevalência de “um” sobre o “outro” por intermédio da necessidade de equilíbrio e harmonia, que admite a interferência recíproca.

A idéia de controle e vigilância de um Poder sobre o outro, notadamente com relação ao cumprimento de suas obrigações constitucionais, torna-se um elemento essencial do moderno conceito da teoria da Separação dos Poderes, sendo o aludido controle exercido para a contenção do poder do Estado, pautando seus atos dentro do quadro constitucional.

A existência de um mínimo e um máximo de independência de cada Poder deve ser municiada de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, flexibilizando as zonas de atuação independente de cada poder para impedir o cometimento de abusos, garantindo-se o bem maior da liberdade<sup>147</sup>.

Consequência da evolução do Estado moderno, a necessidade de ampliação do controle democrático sobre as funções exercidas pelos diversos poderes ensejou a rediscussão sobre a clássica teoria da tripartição de poderes, tornando necessária sua adequação constante ao contexto contemporâneo de democracia moderna.

A idéia até então sedimentada de independência dos poderes estatais, com a consequente inexistência de supremacia de um em relação ao outro, não mais se sustenta, em sua plenitude, com a concepção moderna de Estado constitucional, notadamente em razão da larga projeção que a proteção dos direitos fundamentais sociais tem alcançado com o constitucionalismo moderno.

Nesse passo, a idéia de “autonomia” dos poderes estatais revela-se mais assente com a moderna interpretação conferida à teoria da Separação dos Poderes, em substituição a idéia pura de “independência” preconizada pela teoria clássica concebida por Montesquieu, que importaria, conseqüentemente, em óbice ao

---

Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma.” SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 589.

exercício do mútuo controle dos poderes de forma equilibrada, fiscalizando a observância dos parâmetros da legalidade no exercício de suas funções.

Lado outro, a inexistência de supremacia de um poder em relação ao outro, qualidade esta decorrente da “autonomia” funcional, não importa em abstenção do exercício de um controle mútuo das atividades desenvolvidas por seus órgãos, vez que a máxima até então sedimentada da “independência” cedeu lugar, com a evolução histórica, à possibilidade de fiscalização e controle de um poder pelo outro.

Nota-se que o caráter meramente terminológico conferido à idéia da separação de poderes é capaz de instituir interpretação diversa a esta teoria, sendo que a concepção clássica tida como “divisão de poderes”, refletia apenas a soberania do Estado considerado em sua unicidade que, por sua vez, distribui suas funções em órgãos distintos.

No moderno estágio de evolução da teoria, deve-se considerar que o poder do Estado é uno e emana do povo, sendo que apenas as funções são distribuídas pelos diversos órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário, razão pela qual a doutrina de separação rígida não mais se assenta com os ideários da democracia contemporânea.

Importante salientar que o Estado Social, por intermédio dos poderes instituídos, tem por objetivo fundamental promover o bem estar de todos, sem qualquer distinção, alicerçando-se os direitos sociais sob os objetivos inseridos no art. 3º da Constituição Federal, devendo referidos direitos serem garantidos a todos para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, princípio máximo regente do arcabouço de Direitos Humanos, cuja proteção ultrapassa as fronteiras estatais.

A atividade exercida pelos poderes estatais, bem como por seus órgãos instituídos, deve ser pautada pela observância dos preceitos fundamentais de proteção à pessoa, visando o planejamento, estruturação e execução de políticas públicas exercidas dentro da legalidade, com o fito de proteger os direitos fundamentais sociais preconizados pela Constituição Federal.

---

<sup>147</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

Conforme já explicitado, no Estado social os objetivos do Estado liberal permanecem, sendo acrescentado o dever de garantia e satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais, assegurados na órbita nacional e internacional, objetivando assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos.

Neste contexto, a teoria da Separação dos Poderes experimentou uma importante evolução no Brasil justamente pelo reforço do papel do Poder Judiciário na fiscalização da adequação do ato político, praticado pelos demais poderes, com a Constituição Federal<sup>148</sup>, razão pela qual a referida teoria, em sua concepção moderna, sai fortalecida com a adoção de importantes sistemas de controle jurídico do poder.

No que concerne à possibilidade de interferência do Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes, leciona Eduardo Appio que

“[...] É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal”.<sup>149</sup>

O controle jurídico dos atos políticos passa a ser o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo. Ocorrendo, portanto, uma disfunção política no uso de suas funções por qualquer dos poderes instituídos, caberá ao Poder Judiciário controlar a aplicação do direito, impondo a conformidade do ato político aos preceitos constitucionais, considerando a finalidade do estado democrático de direito como um todo, notadamente na observância aos direitos fundamentais e ao princípio democrático.

A interpretação clássica da teoria da Separação dos Poderes nos remete, conseqüentemente, à equivocada idéia de que os poderes, por serem independentes, não poderiam intervir no funcionamento um do outro. Entretanto, a possibilidade de intervenção para o exercício fiscalizatório e de controle mútuo entre os poderes pode ser alicerçada justamente na teoria dos freios e contrapesos, bastante difundida nos sistemas constitucionais contemporâneos, que dispõem

---

<sup>148</sup> A título de exemplificação, a função fiscalizadora dos Tribunais de Contas da União e dos Estados, bem como a atuação do Ministério Público como órgão autônomo imbuído da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, enquanto mecanismos de controle democrático, encontram previsão expressa na Constituição Federal de 1988.

<sup>149</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. P. 149.

expressamente sobre mecanismos de intervenção no funcionamento de um poder por outro<sup>150</sup>.

Sobre a teoria dos “freios e contrapesos” ensina com propriedade Anna Cândida da Cunha Ferraz

“Transportada para as constituições presidencialistas, o essencial da doutrina da “separação de poderes” está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar ‘de concerto’. O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro.”<sup>151</sup>

Esta separação, tal como proposta em sua acepção clássica, não mais se apresenta pura e absoluta, notadamente em razão da evolução história e social que instou o Estado a ampliar sua área de atuação, o que acarretou a necessidade de interpenetração entre os poderes.

Como concretização da teoria da separação dos poderes, a Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>152</sup>, estabelece, em seu artigo 2º, que os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, fundamentando a existência de uma verdadeira democracia na atuação independente dos órgãos estatais, objetivando assegurar o bem comum de todos.

A separação dos poderes desempenha fundamental papel na contenção do poder e na garantia do Estado Democrático de Direito, ao passo que o Estado, ao assumir novas funções decorrentes do processo de aperfeiçoamento das instâncias política, social e econômica, necessita que haja uma colaboração entre os poderes para o atingimento de seus objetivos fundamentais, devendo cada órgão atuar de maneira coordenada para atingir as finalidades do Estado.

Com a nova conformação conferida ao Estado, advinda da alteração das finalidades estatais, a conseqüência lógica é igualmente se alterar a concepção clássica da

---

<sup>150</sup> O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) surge na Inglaterra, mais especificamente na Câmara dos Lordes para equilibrar os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns, evitando ameaças aos privilégios da nobreza, objetivando evitar que leis formuladas por impulso momentâneo de pressões populares fossem aprovadas.

<sup>151</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

teoria da Separação dos Poderes, devendo esta se alinhar estritamente às finalidades do Estado.

Assegurar um governo moderado e impedir o abuso do poder para, conseqüentemente, assegurar a proteção aos direitos e liberdades fundamentais contra as investidas arbitrárias do poder estatal, constitui a finalidade máxima da moderna interpretação da referida teoria, sendo que

“A discussão acerca do modelo conceitual cunhado pela doutrina acerca da divisão de Poderes, a partir da leitura do art. 2º, *caput*, da CF-88, mostra-se relevante na medida em que demarca o espaço funcional do Poder Judiciário, consoante delimitado pelo constituinte de 1988. Neste quadrante, a concepção da separação (divisão) funcional dos Poderes assume uma nova dimensão, na medida em que a atividade legislativa negativa é exercida por um órgão ligado ao Poder Judiciário, com a finalidade de garantia da supremacia da Constituição.”<sup>153</sup>

Considerando a eficiência do Estado que é necessária à garantia dos direitos sociais aos cidadãos, resta superada, portanto, a concepção clássica de prevalência de um poder sobre o outro pela moderna sistemática de equilíbrio, colaboração e harmonia, elementos que possibilitam o controle e vigilância recíprocos com relação ao cumprimento de seus deveres constitucionais, para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. Neste contexto “[...] os poderes, além de independentes, devem ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. [...]”<sup>154</sup>

A necessária releitura conferida à teoria da separação dos poderes advém da nova realidade social, à qual deve adaptar-se o Poder Judiciário ao exercer seu papel de intérprete da Constituição, subordinando-se ao sistema constitucional e à proteção aos direitos fundamentais sociais<sup>155</sup>.

Considerando ser o Poder Judiciário uma forma de expressão do poder estatal,

---

<sup>152</sup> A organização dos poderes, no ordenamento jurídico brasileiro, é prevista na Constituição Federal de 1988 no Título IV.

<sup>153</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 61.

<sup>154</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 39.

<sup>155</sup> “O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais. [...]” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60.

“A preocupação moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como poder, vê-se que não passa de uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o qual é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como *poder*, do que cuidar de distinguí-las. [...]”  
156

Neste sentido, não se vislumbra qualquer vedação ao Poder Judiciário em, no exercício de sua função jurisdicional, intervir em outros poderes para efetivar direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, realinhando determinada política pública ou ato em dissonância com preceitos previstos na Constituição Federal.

---

<sup>156</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 154.

### 3 ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

Sendo o poder ao qual foi atribuída a função jurisdicional, cuja obrigação é a de solucionar conflitos de interesses por intermédio do devido processo judicial, que possibilita a aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, o Poder Judiciário é regulado pelos artigos 92 a 126 da Constituição Federal de 1988.

Entende-se por jurisdição a atividade pela qual o Estado elimina ou soluciona a lide ou conflito de interesses entre as partes, declarando, aplicando e realizando o direito no caso concreto, com o caráter de definitividade, vinculando as partes.

A função jurisdicional, também chamada de jurisdição, constitui função precípua do Poder Judiciário, que também possui, por seu turno, a função de controle de constitucionalidade<sup>157</sup> das normas jurídicas, controle este que analisa a conformidade das referidas normas à Constituição Federal, evitando assim sua contrariedade a regras ou princípios constitucionais.

Conforme já salientado anteriormente, em decorrência da evolução história e social que demandou do Estado ampliar sua área de atuação<sup>158</sup>, suprimindo-se a clássica interpretação da teoria da Separação dos Poderes, o Poder Judiciário está autorizado pela Constituição a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Acerca da legitimação conferida ao Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade, leciona Oswaldo Luiz Palu

“A atuação da jurisdição no controle da legalidade ampla – assim como no controle da constitucionalidade – porque advindos da Constituição, é tão legítima quanto a atuação dos demais ramos do poder. Não criou a Constituição um quarto ramo do poder para controlar os demais. A estrutura institucional que temos, e que vem evoluindo desde Montesquieu, é a mesma, com notável alteração de perspectiva, porém, sendo que a célebre decisão *Marbury v. Madison*, excluída toda a sua genialidade e sua enorme

---

<sup>157</sup> O controle de constitucionalidade brasileiro é composto por dois sistemas, o controle difuso, mediante o qual todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercer o aludido controle, sendo suas decisões válidas somente para o caso concreto objeto da demanda, e o controle concentrado, mediante o qual certos legitimados possuem a prerrogativa de arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>158</sup> “O Estado Moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, ‘a providência do seu povo’, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. [...]” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

dose de coragem, é decorrente do sistema criado na Inglaterra (balanceamento de poderes – freios e contrapesos). [...]”<sup>159</sup>

Esta espécie de controle da legalidade ampla é efetuado por intermédio de mecanismos próprios criados pelo legislador constituinte, sendo norteado pelo princípio da supremacia da constituição que legitima o Poder Judiciário exercer o controle da constitucionalidade das leis.

controle da legalidade ampla – assim como no controle da constitucionalidade – porque advindos da Constituição,

Desta feita, prevalecendo no Estado Social de direito à supremacia dos valores humanos fundamentais, ao Estado, por intermédio de uma de suas funções, a judiciária, cabe a responsabilidade por dirimir conflitos na preservação e fortalecimento dos direitos fundamentais, através de sua função pacificadora para a realização da justiça.

### 3.1 ASSUNÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Constitui a jurisdição uma das responsabilidades estatais, destinada à resolução e eliminação de conflitos, realizando a justiça por meio de um processo justo e efetivo, classificando Ada Pellegrini Grinover como uma “função jurídica do Estado”<sup>160</sup>.

Com a propriedade que lhe é peculiar, individualiza a autora duas ordens de atividades pelas quais o Estado exerce sua função jurídica, a função legislativa, que estabelece as normas que regulam as diversas relações jurídicas, e a função jurisdicional, que atuaria como *longa manus* da legislação para assegurar a prevalência do direito positivo.

Na importante lição de Ada Pellegrini Grinover, com a função jurisdicional

“[...] consistente na *jurisdição*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo

---

<sup>159</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 227.

<sup>160</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). [...]”<sup>161</sup>

Como uma das funções<sup>162</sup> do Estado, a jurisdição é uma das formas de se substituir aos titulares dos interesses envolvidos no conflito buscando sua pacificação<sup>163</sup>, cabendo à jurisdição a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mediante o devido processo judicial. Como uma das formas de resolução dos conflitos, a jurisdição substitui os interesses das partes para dirimir o conflito de interesses

“[...] A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.”<sup>164</sup>

A função judicial objetiva, neste contexto, garantir que as normas contidas dentro do ordenamento jurídico sejam efetivamente cumpridas e surtam seus regulares efeitos, impondo, por intermédio da jurisdição, a realização do resultado prático disposto pelo direito material e, por conseguinte, o alcance seus objetivos sociais.

Além da função pacificadora deste poder ao dirimir conflitos, ao Poder Judiciário compete a função controladora dos atos normativos por meio da qual se verifica sua adequação aos preceitos constitucionais, como resultado da rigidez<sup>165</sup> da

---

<sup>161</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

<sup>162</sup> Individualizando a função jurisdicional em *poder, função e atividade*, dispõe Ada Pellegrini Grinover: “[...] Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. [...]” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 149.

<sup>163</sup> Sobre a evolução doutrinária que consagrava a jurisdição como monopólio do Estado, mister transcrever as palavras de Gilmar Ferreira Mendes: “A princípio, o art. 5º, XXXV, da Constituição estabelece o monopólio do Poder Judiciário para reparar lesão ou ameaça a direito. [...] Com o advento da Lei da Arbitragem (Lei 9.307-1996) abriu-se uma nova via de resolução alternativa de conflitos, alheia à jurisdição estatal.” MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 372-400. p. 379.

<sup>164</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 151-152.

<sup>165</sup> “A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. [...]” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02.

Constituição, competência esta que lhe é atribuída pelo constituinte originário<sup>166</sup>. A unicidade do ordenamento jurídico, no qual toda lei ou ato normativo deve conviver de forma harmoniosa com a Constituição, deve possuir mecanismos de defesa destinados a correção ou seu restabelecimento.

Entende-se por “controle” o aspecto tendente a rever ou reexaminar o objeto ao qual se destina, sendo efetuado por indivíduo ou órgão diverso do que praticou o ato. Já o “controle jurídico” é exercido mediante um juízo que incidirá sobre a conformidade do ato com os valores expressos pela sociedade e de alguma forma protegidos pela autoridade que exerce o controle.

O ordenamento jurídico deve embasar-se na Constituição Federal, pois não é possível a existência válida de uma norma que esteja em confronto com o texto maior, sendo vedado ao legislador ordinário editar normas que contrariem esta ordem institucional, sob pena de declaração de sua invalidade<sup>167</sup>.

Para garantir sua supremacia, por expressar justamente a vontade legislativa do povo, o constituinte originário estabeleceu que os comandos constitucionais são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, contemplando o texto constitucional todo o ordenamento jurídico do Estado, suas atribuições e competências, estabelecendo os princípios da supremacia e da rigidez constitucional, para os quais todas as situações jurídicas devem conformar-se com os princípios e preceitos da Constituição.

Considerando o juízo de conformidade das normas com o ordenamento constitucional

“Está a Constituição no mais alto degrau hierárquico das normas, condensando regras e preceitos; onde exista uma Constituição escrita, para

---

<sup>166</sup> Dispondo sobre a divisão da atividade do Poder Judiciário em dois segmentos básicos, leciona APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 64. “Na primeira atividade, o Poder Judiciário atua como um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias que visam assegurar sua isenção frente ao caso concreto, incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas públicas governamentais. Já a segunda atividade – a qual interessa no presente estudo – consiste na atribuição aos juízes de um controle político da atividade dos demais Poderes, a partir dos valores constantes na Constituição Federal.”

<sup>167</sup> Para PAUL, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70. “A Constituição tem preeminência na ordem jurídica; deve haurir um meio ou modo de garantia contra investidas normativas inferiores, dos poderes constituídos, sendo o texto fundamental ocupante, na hierarquia das normas, do seu escalão mais elevado.”

que esse poderoso instrumento normativo não se torne ineficaz, deve haver um sistema para a garantia da superioridade e da preeminência de seus vetores normativos. O sistema jurídico contém um sistema de hierarquia.”<sup>168</sup>

Nenhuma norma jurídica contrária à Constituição poderá ser válida, sendo a decretação de sua nulidade uma consequência imposta pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Neste contexto, “[...] A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. [...]”

169

Conceituando o controle de constitucionalidade, leciona Oswaldo Luiz Palu

“Define-se o controle da constitucionalidade dos atos normativos como o ato de submeter-se à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis.”<sup>170</sup>

Intimamente ligados a esses princípios, notadamente o da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade possui como um de seus fundamentos a proteção dos direitos fundamentais, mediante a conformação das normas jurídicas à estrita observância aos princípios constitucionais. Lado outro, possui como pressuposto a proteção dos valores que são comuns a toda sociedade, os quais devem ser preservados diante de possíveis injunções políticas.

Referida técnica de declaração de nulidade da norma, que se mostrar contrária ao ordenamento constitucional, desempenha importante função na ordem jurídica, sendo de fundamental importância para a manutenção da integridade da Constituição.

---

<sup>168</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 64.

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 01.

<sup>170</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

Nesta seara, o controle de constitucionalidade atua na verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional, ou ato normativo, com a Constituição Federal, sendo referida verificação efetuada tanto no plano dos requisitos formais<sup>171</sup>, ao se verificar se a norma fora produzida em consonância com o devido processo legislativo, quanto dos requisitos materiais<sup>172</sup>, ao se verificar a compatibilidade da lei ou ato normativo com as disposições constitucionais<sup>173</sup>.

A assunção do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário encontra seu marco histórico<sup>174</sup> mais emblemático no caso *Marbury versus Madison*, mediante o qual o Juiz John Marshall, presidente da Suprema Corte americana em 1803, criou o controle judicial de constitucionalidade pelo método difuso, também conhecido como incidental, mediante o qual qualquer juiz pode apreciar, no caso concreto, a conformidade da lei à Constituição<sup>175</sup>.

Julgando o *writ of mandamus*, impetrado perante a Suprema Corte para julgamento do caso em que o presidente Thomas Jefferson determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título de Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito Columbia, a William Marbury, que fora nomeado pelo anterior presidente dos Estados Unidos, John Adams, o presidente da Suprema Corte o Juiz

---

<sup>171</sup> “[...] Ocorrerá a inconstitucionalidade *formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. [...]” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

<sup>172</sup> “[...] A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

<sup>173</sup> “A origem do controle de constitucionalidade é remota e a diversidade de órgãos e sistemas para tanto criados bastante grande. Há países que adotaram a solução jurisdicional, quer atribuindo tal função ao Poder Judiciário (caso dos EUA), quer criando órgãos específicos (Tribunais Constitucionais) para exercer a função, mas inserindo-os também no Poder Judiciário (Alemanha), ou ainda criando órgãos específicos para o controle, mas deixando-os fora dos poderes, caso da Itália.” PAUL, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104.

<sup>174</sup> Dispondo sobre leis coloniais que foram anuladas por serem contrárias às “Cartas”, PAUL, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 114. “[...] Após a independência em 1776, em decisão do ano de 1780 do Supremo Tribunal de New Jersey, cujo *Chief-Justice* era Brearley, ficou assentado que a corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis; no mesmo sentido decisão da Magistratura da Virgínia em 1782. Também em Nova York foi refutada, por inconstitucional, lei que reduziu a seis o número de jurados. Podem lembrar os casos de pronúncia de inconstitucionalidade de tribunais de Rhode Island em 1786 e da Carolina do Norte em 1787, entre outras.”

<sup>175</sup> “*Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. [...]” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 05.

John Marshall, reconheceu o direito de Marbury de tomar posse no cargo mas, por outro lado, não concedeu o cumprimento da ordem por julgar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir ordem de *mandamus*.

Em sua fundamentação, Marshall argumentou que somente a Constituição poderia estender a competência da Suprema Corte, sendo inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse, reconhecendo, via reflexa, que a Corte poderia interferir nas normas jurídicas que fossem contrárias à Constituição, impondo uma interpretação em harmonia com o texto constitucional. Referida decisão estabeleceu, portanto, a possibilidade de se exercer um controle jurisdicional sobre os atos do Poder Executivo quanto a sua constitucionalidade e legalidade.

Assim, no célebre caso William Marbury vs. James Madison, onde o Chief Justice John Marshall criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à Constituição, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei federal que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora concedida pela Constituição, referido precedente tornou-se obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

A Suprema Corte norte americana passou a verificar, portanto, a compatibilidade formal da lei ou do ato em face da Constituição, deixando de aplicar a lei que entendeu contrária e desarrazoada aos princípios extraídos do texto constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso as razões da decisão restaram por enunciar três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade, quais sejam, *a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que a contrarie*, sendo nulo qualquer ato que contrarie preceito constitucional, e a atribuição conferida ao *Poder Judiciário como intérprete final da Constituição*, cabendo a este órgão dizer o direito e determinar qual das normas conflitantes regerá a hipótese<sup>176</sup>.

Vale ressaltar que o texto da Constituição Norte Americana não contempla a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade, tratando-se de uma construção jurisprudencial, deflagrada com a referida decisão histórica, a qual, além de exercer o controle de constitucionalidade, afirmou a supremacia judicial sobre os

demais poderes na interpretação da Constituição, cabendo ao Judiciário a última palavra com relação à constitucionalidade de determinada lei.

Justamente por se assentar a Constituição no postulado da supremacia, inexistente a possibilidade de aplicação válida de uma lei com ela incompatível, não podendo esta norma reger determinada situação e produzir efeitos válidos, pois evada de vício de origem, por ser nula.

O precedente mencionado abriu caminho para que os fundamentos do ato administrativo fossem revistos pelo judiciário, ao qual cabe o exercício da função fiscalizadora dos atos que vulnerarem a Constituição, representando esta função, conferida ao Poder Judiciário, uma evolução em relação à concepção clássica da teoria da separação dos poderes, concebida por Montesquieu.<sup>177</sup>

O Poder Judiciário deixa de ser mero aplicador da lei ao caso concreto para, indo além, avaliar a adequação do ato ao ordenamento jurídico constitucional. O caso *Marbury v. Madison* inaugurou, portanto, o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno.

Para Osvaldo Canela Júnior

“O controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal. Este é, sem dúvida, o prelúdio da admissão do controle judicial de quaisquer atos de governo que, materializados, vulnerarem a Constituição.”<sup>178</sup>

O fenômeno da assunção do papel de intérprete das questões políticas, através do controle de constitucionalidade, ensejou inúmeras reações no universo jurídico, dando ensejo à discussão sobre a “judicialização da política”, a existência de “governo de juízes”, “oligarquia de juízes”, sofrendo inúmeros abalos.

---

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 08.

<sup>177</sup> “Obedecendo ao princípio da legalidade, é necessário, pois, que todo o aparelhamento do Estado, localizado nos órgãos dos três Poderes, lhe controle os atos, efetivamente, na prática, mediante uma série de mecanismos, de ‘freios e contrapesos’, que se reduzem, na realidade, a três tipos de controles: o *controle administrativo* (ou *autocontrole*), o *controle legislativo* e o *controle jurisdicional*. Dos três, o mais eficiente é o *controle jurisdicional* dos atos da Administração, mediante uma série de ações utilizadas pelo interessado, na ‘via judicial’. Desse modo a Administração é submetida à ordem judicial.” CRETELLA JÚNIOR, José. Controle judicial do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 329.

<sup>178</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

Lado outro, ter o Poder Judiciário assumido o controle de constitucionalidade, decorreu de uma escolha soberana do poder constituinte originário, constituindo uma missão política na defesa e garantia dos direitos e princípios fundamentais, constitucionalmente previstos, expressos pela soberania popular. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, vinculando até mesmo o legislador e todos os demais poderes, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos, bem como os princípios regentes destas normas.

Enquanto direitos subjetivos integrantes da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais conferem aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face do Estado, configurando-se uma *competência negativa do Poder Público*, ao qual cabe respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente garantido.<sup>179</sup>

A atuação do Poder Judiciário por intermédio da jurisdição nada mais é que a expressão do poder estatal, que é uno, na salvaguarda do bem comum e garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais<sup>180</sup>, razão pela está constitucionalmente vinculado a assumir uma postura mais intervencionista na promoção do bem comum<sup>181</sup>.

Considerando o papel constitucional do Poder Judiciário,

“[...] as ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis e as ações coletivas ambicionam controlar o ‘momento’ mais adequado para a implantação das políticas públicas, bem como a forma de sua execução a partir dos princípios constitucionais. Uma visão substancial dos valores e objetivos constitucionais por parte dos juízes é perfeitamente compatível com a democracia, já que a própria Constituição lhes impõe um dever de proteção dos princípios e direitos fundamentais, através da avaliação das peculiaridades do caso concreto. Não existe qualquer afronta ao princípio da separação entre os Poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário controlar a atividade dos demais Poderes no que tange às tarefas constitucionalmente definidas.”<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 32-33.

<sup>180</sup> “O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 39.

<sup>181</sup> “[...] Admitir o completo isolamento dos juízes em um oráculo constitucional implicaria verdadeira adesão a um modelo de aristocracia democrática. [...] A legitimidade das decisões judiciais advém, portanto, da ampliação do debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais. [...]” APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 21.

<sup>182</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 53.

Ao exercer o controle de constitucionalidade de uma lei, o tribunal expressa o real significado da norma no sistema jurídico constitucional, determinando, como se constituinte fosse, qual deverá prevalecer, externando a vontade política e social que atua como limitador do poder legislativo.

Os conflitos existentes entre norma jurídica e a Constituição serão objeto do controle de constitucionalidade, objetivando a jurisdição constitucional manter a integralidade do sistema de proteção aos direitos fundamentais sociais.

### 3.2 APRECIÇÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO

Conforme já salientado, o Estado possui três funções fundamentais, a legislativa, a executiva e a judiciária, possuindo atribuições próprias e peculiares de fácil distinção entre si.<sup>183</sup>

O ato administrativo constitui um dos principais meios pelos quais se materializa a vontade da Administração Pública, sendo um modo de expressão das decisões tomadas por seus órgãos e autoridades, podendo ser conceituado como a “[...] *declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos.*”<sup>184</sup>

Conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello como

“[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”<sup>185</sup>

Já Hely Lopes Meirelles

---

<sup>183</sup> “Nossa Constituição, seguindo o critério da tripartição dos poderes, bem os delimitou (arts. 44, 76 e 92). Nada obstante, como já se disse, não há o exercício exclusivo de determinada função. O desempenho de função atípica vem, em última análise, a tornar viável a própria separação orgânica exposta por Montesquieu. Identificou, assim, o escritor francês as seguintes funções do Estado: legislativa, executiva e jurisdicional.” OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21-22.

<sup>184</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 70.

<sup>185</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 385.

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”<sup>186</sup>

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua o ato administrativo como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito publico e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”<sup>187</sup>

Note-se que a conceituação apresentada pela referida autora é a única que engloba expressamente a sujeição do ato administrativo ao controle exercido pelo Poder Judiciário, podendo este examinar o ato da Administração que for praticado fora da esfera da legalidade.

Por ser um ato manifestado por uma declaração unilateral emanada do Estado, ou por seus agentes, que engloba atos de juízo, conhecimento e opinião, somente estará apto a produzir efeitos jurídicos se contemplar todos os seus elementos de forma válida. Somente assim poderá ingressar no mundo jurídico. Portanto, a existência de defeitos no referido ato pode levá-lo a sua retirada do mundo jurídico, não mais repercutindo efeitos válidos sobre os administrados e sobre a própria Administração.

Sem objetivar o aprofundamento do tema, pois inexistente concordância na doutrina acerca da identificação de seus elementos, constitui o ato administrativo uma espécie do gênero ato jurídico, possuindo, da mesma forma que estes, os elementos agente capaz, forma prescrita e não defesa em lei, e objeto lícito, possuindo, contudo, certas peculiaridades, que são elementos próprios do ato administrativo, quais sejam, o motivo e a finalidade, em razão do administrador público representar sempre o interesse coletivo.<sup>188</sup> A conjugação desses elementos deve atender a preceitos legais para a produção válida de efeitos no mundo jurídico.

---

<sup>186</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

<sup>187</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 196.

<sup>188</sup> Autores como OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86. definem como condições ou requisitos de validade do ato administrativo “[...] a) sujeito; b) conteúdo; c) finalidade; d) formalidade; e) motivo; e f) causa. À falta da presença de todas as condições mencionadas, tal como concebidas, ter-se-á a nulidade do ato administrativo, ou, melhor dizendo, existirá algum vício a macular a higidez do ato, ou surgirá deficientemente o objetivo do administrador.” Já MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. Elenca como elementos do ato o ‘Conteúdo’ e a

Sendo o ato administrativo uma espécie de ato jurídico que manifesta o exercício da função administrativa do Estado, mediante uma manifestação unilateral de vontade do Administrador Público objetivando constituir, modificar, extinguir ou declarar direitos e obrigações aos administrados, a administração pública exterioriza sua vontade por intermédio de seus delegados para o atendimento do interesse público.

Também sem objetivar o exaurimento da questão, leciona a doutrina majoritária serem requisitos para a validade de um ato administrativo a “competência” reservada aos agentes públicos para a prática do ato, a “finalidade” sempre voltada ao atendimento do interesse público, a “forma” através do procedimento previsto em lei para a prática do ato, que deve observar um conjunto de requisitos formais, e o “motivo” cuja circunstância autoriza ou determina a realização do referido ato.

A perfeita consonância do ato administrativo com o ordenamento jurídico e princípios constitucionais é passível de verificação pelo Poder Judiciário, por imposição constitucional expressa do princípio da “inafastabilidade da jurisdição” (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), que será oportunamente analisado, pelo qual lhe cabe analisar a apreciação de qualquer ato administrativo que supostamente viole ou ameace violar direito que goze de proteção pelo ordenamento jurídico.

Dispondo sobre essa nova função conferida à jurisdição, sábias são as palavras de Alexandre de Moraes

“A ampliação da jurisdição constitucional no Brasil e a constitucionalização dos princípios que regem a Administração Pública tornam necessária uma maior reflexão consistente na possibilidade de maior ampliação do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo, no tocante não só à sua legalidade, impessoalidade e moralidade, mas também em relação à sua eficiência.”<sup>189</sup>

A possibilidade das decisões administrativas serem revistas judicialmente também decorre, via reflexa, da atribuição constitucional imposta ao Poder Judiciário de ser o poder guardião da Constituição, devendo este assegurar a pertinência dos atos

---

‘forma’, como pressupostos de existência o ‘objeto’ e a ‘pertinência’, como pressupostos de validade o ‘sujeito’, ‘motivo’, ‘requisitos procedimentais’, ‘finalidade’, ‘causa’, e ‘formalização’. Por seu turno, MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. revela a existência de cinco requisitos, ‘competência’, ‘finalidade’, ‘forma’, ‘motivo’ e ‘objeto’.

<sup>189</sup> MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-432. p. 418.

administrativos com os preceitos do ordenamento constitucional. Assim, “[...] a *revisão judicial* ou *jurisdicional* recai, sem exceção, sobre qualquer tipo de ato administrativo defeituoso.”<sup>190</sup>

Neste contexto, a legalidade do ato administrativo, que poderá ser sindicada pela jurisdição, refere-se à sua perfeita conformação com o ordenamento jurídico e princípios constitucionais, que deverá objetivar, através de um juízo de conveniência e oportunidade, sempre o atendimento do interesse público.

A doutrina e a jurisprudência vanguardista, atualmente superada, por muito tempo defendeu a impossibilidade de o Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, por lhe competir unicamente o controle da legalidade dos atos administrativos, não sendo legitimado a exercer o controle sobre seu mérito, em razão do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Referido posicionamento era fundamentado na máxima de que o mérito do ato administrativo discricionário competia exclusivamente à Administração Pública, cabendo-lhe a edição de tais atos sob a égide, exclusivamente, do juízo de conveniência e oportunidade, parâmetros que proporcionam certa liberdade conferida pela lei. Tal fundamento afasta do controle jurisdicional a possibilidade de exercer um juízo de valoração acerca da oportunidade e conveniência do ato administrativo, reservando-lhe somente a análise da legalidade do ato.

Entretanto, a evolução doutrinária e jurisprudencial tem apontado há muito pela legitimidade do controle jurisdicional incidir sobre o mérito dos atos administrativos, não se restringindo somente à verificação da legalidade e legitimidade, pois o ato administrativo, mesmo editado sob os parâmetros da conveniência e oportunidade, pode contrariar princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, bem como critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Referida evolução foi desencadeada pela constitucionalização do direito administrativo, ao passo que os princípios norteadores deste ramo do direito passaram a ser tratados expressamente pela Constituição Federal, que normatizou

---

<sup>190</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Controle judicial do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 330.

suas normas e princípios e consagrou o surgimento da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo.<sup>191</sup>

Nos dizeres de Odete Medauar sobre a evolução do controle jurisdicional sobre o ato administrativo

“A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação do ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade.”<sup>192</sup>

De fundamental importância como parâmetro para o exercício do referido controle judicial são os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que delimitam a margem de atuação do Administrador Público e estabelecem os pressupostos de controle de qualquer ato administrativo.<sup>193</sup>

Os princípios expressamente contidos no *caput* do art. 37 da Constituição impõem à Administração Pública sua obrigatória observância, sob pena de ilegalidade do ato exarado que se distancie das raízes da boa gestão da coisa pública, passando a Administração Pública a ser controlada pelos princípios constitucionais em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração do ato discricionário.

Esta evolução na interpretação constitucional estabeleceu a imperiosa necessidade de se compelir o administrador a atender aos princípios norteadores do da Administração Pública e do Direito Administrativo, quais sejam, a legalidade, a

---

<sup>191</sup> Os princípios que regem a administração pública estão expressos no art. 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

<sup>192</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 409-410.

<sup>193</sup> “A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência da ampla revisão judicial.” MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-432. p. 418.

impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, sobre os quais o presente estudo não se objetiva aprofundamento.

A margem de liberdade conferida pela lei ao Administrador Público na edição do ato discricionário, notadamente por se vincular à legalidade administrativa, demanda uma necessária e clara motivação para possibilitar a verificação da correspondência do referido ato aos princípios constitucionais e administrativos.

Estando a motivação e a finalidade do ato administrativo vinculadas aos referidos princípios, torna-se imprescindível que o magistrado analise seu mérito, adentrando na análise sobre a conveniência e oportunidade da medida, pois esses critérios da discricionariedade também se sujeitam à legalidade. A necessária investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo visa garantir o perfeito atendimento da lei, cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle de legalidade, que poderá acarretar sua invalidação.<sup>194</sup>

Inegável que Administração Pública está submetida ao império da lei, notadamente com relação à conveniência e oportunidade do ato administrativo, devendo este observar os princípios constitucionais e critérios de moralidade e razoabilidade, razão pela qual a função jurisdicional possui o dever de controle dos atos administrativos, seja sobre a legalidade através da conformidade destes com a lei, ou mesmo sobre a discricionariedade administrativa, que deve atuar dentro dos limites previstos em lei.

Constituindo a motivação um parâmetro para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, através da análise desta, o judiciário verificará sua submissão aos ditames legais, pois, mesmo nos atos discricionários, é vedado à Administração agir com excessos ou desvios de poder, devendo o ato ser sempre motivado para possibilitar sua submissão ao controle de legalidade estrita e de possível abuso de poder.

---

<sup>194</sup> “Logo, o ato administrativo viciado em seu motivo deve ser anulado por desvio de finalidade, havendo, porém, necessidade de prova desse desvio, não bastando mera suposição.” MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-432. p. 422.

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo visando adequá-lo aos ditames legais, por eventual ação ou omissão da administração pública no cumprimento das normas constitucionais, teve como importante fundamento no Brasil a Lei de Ação Popular.

O manejo da ação popular é constitucionalmente assegurado a todo o cidadão que deseje impugnar ou obter a anulação de atos administrativos, comissivos ou omissivos, que sejam lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Conforme bem salienta Ada Pellegrini Grinover

“No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto-limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição. No entanto, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade [...]”<sup>195</sup>

A análise da moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, princípio preconizado no art. 37, caput, da Constituição Federal, ganhou notória importância e visibilidade por intermédio da Ação Popular (art. 5º, LXXIII), pela qual cabe ao magistrado, desde que provocado, analisar se o referido ato atendeu aos valores morais admissíveis como válidos pela sociedade como um todo, atendendo-se aos padrões do homem comum. Seu objetivo principal é o de anular os atos comissivos ou omissivos que sejam lesivos à coisa pública.

O poder discricionário é conferido à Administração Pública pela lei para que, atendendo aos preceitos legais, adote a melhor solução para o caso concreto, contendo essa discricionariedade limites legais que devem ser observados pelo administrador. “[...] O limite natural da discricionariedade é a lei, à qual a Administração está sujeita”.<sup>196</sup> O motivo e o objeto do ato administrativo podem, portanto, integrar a discricionariedade do administrador, sendo que

“[...] Ao escolher construir um hospital ao invés de uma escola, certamente que um governo eleito terá de fazer uma opção a partir de critérios políticos

---

<sup>195</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 37.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

que também tomem em consideração os dados técnicos sobre a prioridade a ser dada às obras. Esta escolha depende, portanto, de um ato de discricionariedade política, nos casos em que a Constituição não preveja, de modo expresso, a construção de uma determinada obra ou a prestação de um serviço específico.”<sup>197</sup>

Entretanto, por ser a discricionariedade um conceito jurídico abstrato, decorrente da conveniência e oportunidade, sua indeterminação contribui para que o agente público possa, por vezes, praticar atos contrários à vontade da lei, em contrariedade ao interesse público. Ocorrendo o mau uso dessa discricionariedade por parte do Administrador Público, o ato ultrapassa a barreira do legítimo, deixando de ser um ato discricionário para ser um ato puramente arbitrário, razão pela qual se faz necessário um controle dessa discricionariedade, direcionando-a ao atendimento do interesse coletivo<sup>198</sup>.

A admissão deste “arbitrio” da Administração sofre limitação da lei, “[...] seja em qualquer tipo de Estado que se analise ou sob qualquer regime político em que se encontre, ver-se-á que existe o que se denomina poder discricionário. É que seu limite primeiro é a legalidade. Esta é quem fixa os lindes sobre que andar o administrador.”<sup>199</sup> Poderá o Judiciário verificar se a Administração ultrapassou os limites da discricionariedade, invadiu o campo da ilegalidade ou atuou com desvio de poder.

Diferente do ato administrativo discricionário, que pode ser praticado pela administração com base na oportunidade e conveniência, ampliando o critério do agente público na opção por sua forma de realização, o ato administrativo vinculado demanda a existência expressa de seus requisitos em lei, estabelecendo a única solução possível diante de determinada situação e fixando todos os requisitos que limitam a apreciação da administração.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 50.

<sup>198</sup> “Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*.” MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 211.

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

<sup>200</sup> “Desta forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado sob seu aspecto meritório.” MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos

Com relação ao ato administrativo vinculado, o mesmo deve limitar-se ao objeto já estabelecido pela lei, não deixando margem de escolha ao administrador, devendo este aplicar o que dispõe a lei ao caso concreto, conforme leciona Régis Fernandes de Oliveira

“A vinculação se identifica, assim, pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração. A ação administrativa acha-se delimitada pela lei. Quando esta prevê apenas uma atuação possível ao agente, temos o ato vinculado. [...]”<sup>201</sup>

Constitui um dever constitucionalmente outorgado ao Poder Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade, apreciar a legalidade dos atos administrativos exarados pela administração e sua conformidade com o ordenamento constitucional, notadamente com os princípios que regem a Administração Pública.

Referido controle dos atos da Administração Pública ocorrerá mediante provocação do judiciário, por intermédio do direito de ação assegurado pelo art. 5º da Constituição Federal, podendo ser utilizadas as ações específicas constitucionalmente previstas como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, todas objetivando tutelar direitos individuais e coletivos no controle do ato administrativo que estiver em desacordo com as regras e princípios do Direito.

O exercício desse poder-dever de apreciar se o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo está em consonância com os princípios constitucionais, não acarreta a substituição do Administrador Público pelo Judiciário, tampouco afronta o princípio da separação dos poderes.<sup>202</sup> Dessa forma, por ser o

---

discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-432. p. 421.

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

<sup>202</sup> “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.” BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2E+NUM%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

judiciário o guardião da constituição, o controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, seja ele vinculado ou discricionário.

A anulação efetuada pela própria Administração pode ocorrer de ofício ou mediante provocação, sendo reconhecido ao Administrador Público a faculdade de eliminar o ato eivado de nulidade após verificação da existência de ilegalidade, utilizando-se de sua autotutela administrativa.

Com relação à anulação do ato administrativo efetuada pelo Poder Judiciário,

“[...] no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.”<sup>203</sup>

O Estado de Direito vincula a Administração à estrita observância da lei nos casos em que não resta qualquer margem de liberdade, objetivando o cumprimento de seus objetivos fundamentais, podendo a Administração fazer somente aquilo que é permitido, sendo legítimo o ato que não seja ofensivo à lei. Assim, “O controle judicial dos atos administrativos é unicamente de *legalidade*, mas nesse campo a revisão é ampla [...]”<sup>204</sup>, abarcando também o mérito do referido ato.

Neste contexto, a discricionariedade inerente à Administração Pública, cujo poder de mensurar, por exemplo, as obras e serviços públicos a serem implementados, bem como o momento mais adequado para a sua execução, não pode ser utilizada como um obstáculo ao controle judicial do ato administrativo, notadamente quando exercido sobre as políticas públicas

“A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. [...]”<sup>205</sup>

Portanto, sendo o ato administrativo praticado com desvio de finalidade, ou seja, com o objetivo de atingir fim diverso do previsto em lei, o controle da jurisdição estará legitimado a verificar a esfera da conveniência, oportunidade e eficiência,

---

<sup>203</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 39.

<sup>204</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 211.

<sup>205</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 106.

integrantes da discricionariedade administrativa assegurada ao administrador público pela lei, podendo o judiciário exercer o controle.

Este controle sobre os atos, processos e contratos administrativos, exercido privativamente pelo judiciário, é realizado *a posteriori* de forma repressiva ou corretiva<sup>206</sup>, verificando-se a legalidade do ato, através de sua conformidade com a lei, preservando a observância das normas jurídicas e integralidade e coesão do ordenamento como um todo<sup>207</sup>.

Sobre o cabimento do controle jurisdicional sobre os atos praticados sob o manto da discricionariedade, assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello

“[...] Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricionariedade, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada.”<sup>208</sup>

Poderá o Judiciário, em análise e avaliação levada à jurisdição, concluir que o ato exarado pela Administração, mesmo alicerçado no campo da discricionariedade, não era cabível por não ter alcançado sua finalidade, ou mesmo não ter se utilizado o Administrador da conveniência ou oportunidade de forma razoável.

Sendo indeclinável a jurisdição, não poderá o juiz se eximir de conhecer e julgar o caso levado ao seu conhecimento, segundo as regras de organização judiciária. Neste sentido, o Poder Judiciário poderá analisar o mérito do ato administrativo para verificar sua conformidade com o ordenamento jurídico, bem como sua adequação aos princípios expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Referido controle pode ser estendido, portanto, ao exame dos motivos, finalidade e causa do ato, objetivando garantir o atendimento da lei e os interesses a serem

---

<sup>206</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 406.

<sup>207</sup> Dispondo sobre a concepção de Ronald Dworkin acerca da democracia norte-americana, APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 34. “[...] as decisões judiciais devem ser tomadas em estrita observância de princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento, sob pena de serem ilegítimas ao afrontarem o sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia norte-americana. [...]”

<sup>208</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 963-964.

cumpridos, constituindo tal ferramenta de suma importância para a contenção do Administrador e controle da legitimidade da atuação administrativa.

O manto da conveniência e da oportunidade, consectários da discricionariedade conferida por lei ao Administrador Público, não pode ser empecilho para que o juiz deixe de analisar o ato levado ao conhecimento do judiciário, sob pena de convalidação da aludida discricionariedade em arbitrariedade administrativa, desprezando-se sua necessária conformidade com os preceitos legais<sup>209</sup>.

A Constituição Federal estabeleceu direitos e garantias fundamentais a serem asseguradas a todos os cidadãos, cabendo ao Estado planejar e executar as políticas públicas necessárias à garantia dos direitos sociais, restando ao judiciário o compromisso de ser o guardião destes direitos fundamentais sociais.

O controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário se fundamenta na atribuição constitucional deste poder em conter a prática de atos discricionários pela Administração Pública com abuso de poder ou desvio de finalidade, permitindo a análise dos motivos do ato verificar a correspondência do ato com os princípios constitucionais e administrativos.

Neste contexto, os critérios da oportunidade e conveniência, que integram o mérito do ato administrativo discricionário, poderão ser objeto de controle pela jurisdição se configurada violação de princípios administrativos e constitucionais, que devem permear a atuação do Administrador Público.

---

<sup>209</sup> “Logo, nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo os padrões de razoabilidade, seja convincente que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o é, ter-se-á de reconhecer inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 964-965.

#### 4 LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A possibilidade de incursão do Poder Judiciário na formulação e execução das políticas públicas, atividade típica conferida constitucionalmente ao administrador público, objetivando a garantia da fruição dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição, tem sido constantemente questionada sob os mais diversos fundamentos, sejam eles com relação à clássica teoria da Separação dos Poderes, com relação à disponibilidade orçamentária do Estado, ou mesmo com relação à legitimidade deste poder para que exercite a intervenção judicial.

Por constituir um tema bastante debatido na literatura jurídica contemporânea, fundamentar a legitimidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas pelo Judiciário tem sido tarefa de justificação bastante complexa, sendo necessário superar dogmas conservadores da ciência jurídica clássica.

O argumento sempre levantado contra o controle jurisdicional de políticas públicas da reserva do possível, que se resume à escassez dos recursos disponíveis frente às demandas sociais, o que limitaria, em tese, a intervenção judicial na possibilidade material do Estado em razão da limitação do orçamento, será oportunamente analisada.

Superado o óbice também constantemente imposto de que a intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas caracterizaria violação à teoria da Separação dos Poderes<sup>210</sup>, torna-se necessário analisar a questão da legitimidade do Poder Judiciário para o exercício desse novo papel, com o fito de assegurar, através da jurisdição, o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados.

O novo constitucionalismo de 1988, que reconheceu e assegurou a efetividade dos direitos fundamentais, elegendo como tábua axiológica a dignidade da pessoa humana, estatuiu extenso rol de direitos individuais e sociais que, para sua

---

<sup>210</sup> “Ora, se o Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado brasileiro, não mais se pode falar em uma neutralização de sua atividade, a partir da interpretação do art. 2º da Constituição Federal. Ao revés, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal e, por via de consequência, este é um conceito que deverá obrigatoriamente integrar a teoria jurídica.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

implementação, exige o planejamento e execução de políticas e serviços públicos para dar efetividade ao texto constitucional, garantindo o bem estar de todos.

Constituem as políticas públicas um tema que envolve, inevitavelmente, diversas áreas como a ciência política, a sociologia e a administração pública, passando a integrar a ciência jurídica através do estudo do direito constitucional e administrativo, notadamente com a instauração do Estado social, ocasião na qual este assumiu como sua a responsabilidade de promover o bem estar dos cidadãos.

São as políticas públicas o principal mecanismo para que o Estado efetive os direitos fundamentais sociais que, considerando seu caráter prestacional, implicam uma necessária ação executada pelo poder público para alcançar a fruição dos direitos previstos na Constituição. Para a realização destes direitos, à Administração Pública cabe a elaboração de programas e planos de ação, mediante a edição de normas e atos jurídicos, para dar concretude aos direitos sociais e prestar efetivamente o serviço público à população.

As políticas públicas materializam as obrigações prestacionais do Estado Social, sendo que, nas sábias palavras de José Joaquim Gomes Canotilho

“[...] Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a *inclusão* do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. [...]”<sup>211</sup>

Nas palavras de Américo Bedê Freire Júnior “[...] de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. [...]”<sup>212</sup>

No pensamento de Eduardo Appio

“As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos

---

<sup>211</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 255.

<sup>212</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. [...]” 213

Esse conjunto de ações e programas materializados mediante programas, projetos e serviços, cujas decisões são organizadas e executadas pelo Estado, afeta diretamente as condições de vida da população e os processos econômicos, políticos e sociais, sendo orientada à promoção do bem estar social para o alcance da equidade social.

Residindo a efetividade dos direitos fundamentais<sup>214</sup> sociais no centro de gravidade da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas, são suscitados argumentos contrários à incursão com fundamento na disponibilidade financeira do Estado e legitimidade para o Poder Judiciário imiscuir-se nas funções que são atribuídas aos outros Poderes, o qual careceria, em tese, de legitimidade democrática para o exercício de tal mister.

O questionamento da legitimidade da jurisdição constitucional reside no fato de que as decisões tomadas por representantes do povo, regularmente eleitos, não poderiam sofrer intervenção pelo Poder Judiciário, considerando que este Poder é constituído de membros que não passaram pelo crivo popular, por intermédio do sufrágio universal. Assim, uma vez que faltaria legitimidade ao Judiciário, por não ser constituído de membros eleitos pelo sufrágio popular, a função de elaboração de normas ou determinação da aplicação de recursos públicos seria tarefa exclusivamente atribuída aos poderes legislativo e executivo.

Sobre o óbice da falta de legitimidade, observa Américo Bedê Freire Júnior

“Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.” 215

---

<sup>213</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 136.

<sup>214</sup> “Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

<sup>215</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

O argumento de que aos magistrados seria vedado exercer um controle efetivo sobre as políticas públicas alcança considerável repercussão social justamente pelo fato de não terem sido democraticamente eleitos pelos cidadãos, razão pela qual, no exercício do controle político, seria invadida competência de outra função estatal, esta sim legitimamente eleita, razão pela qual suas escolhas exteriorizariam, via reflexa, as escolhas feitas pelo próprio povo.

O fundamento de tal óbice se embasa, ainda, no fato de que as políticas públicas, uma vez destinadas à consecução dos direitos sociais, teriam que ser discutidas em âmbito de participação, ou legitimação, popular. A obstrução na formulação e execução de uma política pública pelo Judiciário, justamente por contar com membros não eleitos, não ungidos pelo voto popular, violaria o princípio democrático.

Todavia, referido óbice de democracia formal não prospera com o Estado Democrático de Direito, considerando que não somente aos representantes eleitos é conferida a possibilidade de expressar os anseios sociais, pois ao exercer o Judiciário o controle judicial sobre as políticas públicas, estará legitimado pela própria aplicação da lei ao caso concreto, função constitucionalmente assegurada, sendo que, “Para bem cumprir esse mister, deve-se inicialmente analisar a vinculação do juiz à lei”<sup>216</sup>.

A legitimidade democrática do Judiciário deriva do caráter também democrático da própria Constituição, sendo esta seu fundamento, cabendo ao Juiz, como nova função adquirida dentro do Estado de Direito, garantir e proteger a intangibilidade dos direitos fundamentais.

Tal legitimação, portanto, não decorre da vontade da maioria, mas sim da democracia substancial estabelecida pelo Poder Constituinte originário, que contemplou os mecanismos de escolha dos integrantes dos Poderes, seja por meio do voto popular ou não, razão pela qual os três Poderes possuem plena legitimidade democrática, de acordo com o sistema eleito pelo Poder Constituinte.

---

<sup>216</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

Sendo a legitimidade do Judiciário decorrente da própria Constituição, o controle judicial se destina a impelir que a atividade parlamentar respeite os preceitos constitucionais, uma vez que referido poder é o garantidor da intangibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito, não devendo sofrer influências das forças políticas e anseios da maioria.<sup>217</sup> A função mais ativa do Poder Judiciário visa a preservar a Constituição mediante o combate das políticas públicas que não atendam os direitos sociais, ou mesmo que inexistam.

Não obstante o mandato exercido pelos membros do Poder Judiciário não ser decorrente de processo eletivo, a existência de um tribunal constitucional está expressamente prevista na Constituição Federal, sendo esta seu fundamento último, ao passo que o controle judicial possui por desiderato a proteção dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia. A legitimação da decisão judicial no controle de políticas públicas deriva, portanto, da Constituição.

Este é o posicionamento externado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello ao julgar monocraticamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, 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 Estado.” 218

---

<sup>217</sup> “[...] O sistema de admissão por concurso público, mesmo que demande aperfeiçoamentos, atrelado às garantias constitucionais aos magistrados (CF, art. 95), objetiva afastar completamente os magistrados das injunções político-partidárias. Enquanto o magistrado estiver preocupado com compromissos político-partidários ou com a transitoriedade de suas funções haverá espaço fértil para o arbítrio e, portanto, para o desvio dos compromissos do Estado brasileiro.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

<sup>218</sup> BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

Conforme já salientado, o poder Judiciário tem por função, no exercício da jurisdição, ser o guardião da Constituição e garantir sua supremacia, estando a jurisdição constitucional institucionalmente consagrada. A participação no processo político que ocorre por intermédio da jurisdição quando, mediante provocação pelos mecanismos legais, o Judiciário intervém em determinada política pública para implementar ou alterar seu planejamento e execução, não constitui uma intervenção ilegítima pelo fato de ser função estatal típica deste poder a solução de conflitos de interesses.

Por terem as políticas públicas sua base na Constituição e nas leis, cabe ao Poder Executivo, como órgão estatal eleito democraticamente, planejar e executar aquelas que tiverem por objeto a garantia de direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos, desempenhando o controle exercido pelo Judiciário importante papel na aplicação dos princípios constitucionais e salvaguarda dos direitos sociais, sindicando a perfeita concordância da política pública sob análise às leis e à Constituição, julgando a constitucionalidade e legalidade dessas políticas dentro do ordenamento jurídico vigente.

A investidura dos magistrados, portanto, é derivada diretamente da Constituição, consistindo em uma legitimidade também democrática, mesmo que não submetida aos trâmites políticos, pois a preservação e efetivação dos direitos constitucionais exterioriza a vontade da sociedade expressa pela Constituição, cabendo ao Poder Judiciário salvaguardar a efetivação dos direitos.

Na ausência de atuação efetiva dos demais poderes na salvaguarda e garantia dos direitos fundamentais traçados pela Constituição, cabe ao Judiciário exercer a tarefa de controle sobre essas omissões, compelindo o Administrador Público a planejar e executar os serviços necessários à efetivação destes direitos. A possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas ocorre para suprir omissões em serviços públicos que deveriam ser implementados pelo Estado, cumprindo o Judiciário seu papel na esfera da democracia, o de garantir e guardar a Constituição, em defesa de toda a sociedade.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207,

A vinculação do administrador à lei e à Constituição assim é trabalhada por Américo Bedê Freire Júnior

“Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas.” 220

A crítica lançada sobre a legitimidade do Judiciário, por ser o único Poder não escolhido mediante o processo democrático aberto<sup>221</sup> deve ser mitigada pela crescente participação política dos tribunais no processo de formulação das políticas públicas, devendo ser reconhecida a importância dessa influência judicial na política através da função constitucionalmente prevista de controle do ato administrativo ou mesmo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de leis, como aplicador da lei e da Constituição.<sup>222</sup>

A legitimidade democrática do Poder Judiciário deriva da nova posição assumida no Estado Democrático de Direito, sendo sua legitimidade constitucional e não política, não se vinculando referido Poder à vontade da maioria, mas sim à aplicação da lei fundada na garantia dos direitos fundamentais.

O saldo positivo para o processo democrático é claramente perceptível quando ao Judiciário é possibilitado o controle sobre as políticas públicas planejadas e executadas como atuação típica do Executivo, o que torna o sistema político muito mais eficiente na tomada de decisões, além de garantir a preservação da

---

item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

<sup>220</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

<sup>221</sup> “[...] Afirmar, portanto, o caráter contramajoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. [...]” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

<sup>222</sup> “Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. [...]” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

supremacia constitucional e o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais. Por caber ao Poder Judiciário verificar a adequação das normas expedidas e atos praticados pela Administração Pública à ordem jurídica, este poder ocupa o vértice de todo o controle exercido sobre os princípios e sistemas.

O ativismo judicial decorrente da possibilidade de intervenção nas políticas públicas advém da evolução da ordem econômica, social e jurídica contemporânea que conferem uma nova roupagem à democracia atual, que necessita, por sua vez, de uma interpretação construtiva com relação aos mecanismos de proteção das normas e princípios constitucionais.

O déficit no planejamento e execução das políticas públicas no Brasil é notório e, com as alterações constantemente visualizadas nos cenários político e econômico, decorrentes da complexidade da sociedade contemporânea, o redimensionamento do papel do Poder Judiciário na sociedade, notadamente na proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, é medida mais que necessária.

A interferência em determinada política pública, planejada e implementada pela administração, ocorrerá apenas naquelas que forem inoportunas, ilegais ou omissas, cabendo ao Poder Judiciário, na solução do conflito de interesses, determinar onde devem ser aplicados os recursos públicos, sopesando o que é prioritário, com o fito de assegurar a efetividade da Constituição. Assim, “Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas ou de sua falta”.<sup>223</sup>

No paradigma do Estado Democrático de Direito o controle jurisdicional de políticas públicas constitui uma função, além de legitimada constitucionalmente na concretização das normas jurídicas, perfeitamente viável para repelir possíveis omissões do Administrador Público no cumprimento dos mandamentos constitucionais, sendo característica deste paradigma de Estado a ampliação dos mecanismos de controle sobre a atuação estatal, em todas as suas esferas de poder, o que legitima a intervenção tanto no planejamento quanto na execução das políticas públicas.

---

<sup>223</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

Busca-se, portanto, nesta ordem democrática, a efetividade do controle social sobre os Poderes do Estado, de forma que sejam compelidos, em caso de qualquer desvio iminente, a operar em favor da coletividade. Constitui um dever jurídico também por objetivar o atendimento do interesse público, destinando-se as políticas públicas do sistema Estatal em favor de todo o corpo social, garantindo-se uma gestão eficiente e eficaz dos recursos pelos gestores públicos. Referido controle acaba por exercer, ainda, uma manifestação política, coibindo eventuais abusos manifestados por outros Poderes e viabilizando sua harmonia e independência.

Deve-se considerar, ainda, que todos os poderes estatais estão sujeitos a alguma espécie de controle, pois a natureza deste não objetiva suprimir a “independência” constitucionalmente assegurada, mas sim harmonizar suas atividades na busca do bem estar social da sociedade.

Nesse contexto, os óbices ao controle jurisdicional das políticas públicas, impostos por parte da doutrina constitucional clássica, revelam-se totalmente insuficientes para fundamentar a pretensão de afastar o Judiciário do exercício de sua função constitucionalmente assegurada de proteger e efetivar os direitos fundamentais sociais.

Mister, portanto, rebater as principais questões opostas pelos que se posicionam contrariamente ao controle jurisdicional das políticas públicas.

#### 4.1 CRITÉRIO DA LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

Conforme amplamente salientado, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, na qualidade de legislador e administrador, são impostos deveres negativos e positivos de efetivação dos direitos fundamentais sociais, assegurados na órbita constitucional, sendo referidos direitos subjetivos exigíveis judicialmente a qualquer tempo, desde que violados.

Nesse sentido, as normas e atos produzidos pelo Administrador Público, como representantes do povo, podem ser controladas pelo Judiciário na verificação de sua

incompatibilidade com o ordenamento jurídico, podendo ser declarados nulos caso configurada essa hipótese.

Nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, contemplando o referido dispositivo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, reflexo da adoção pelo Brasil do sistema de jurisdição única, pelo qual, configurada a existência de lesão a determinado direito, que instaure qualquer espécie de litígio, caberá ao Judiciário sua apreciação.<sup>224</sup>

Afirma Osvaldo Canela Júnior que

“O art. 102 da Constituição Federal situa o Supremo Tribunal Federal como o órgão jurisdicional de superposição máxima, enquanto o seu art. 5º, XXXV, ao adotar o princípio da inafastabilidade, estabelece o critério da lesão para o exercício do direito de ação, de forma a ampliar sobremaneira a competência do Poder Judiciário, o que inclui o exame de todos os atos inconstitucionais praticados pelas demais formas de expressão do poder estatal.” 225

O descumprimento pelo Estado de um direito fundamental social expresso na Constituição configura a omissão na efetivação do referido direito, o que gera para o Poder Judiciário a possibilidade de exercício do controle desta indigitada omissão.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> “A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF-1988, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.” MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 372-400. p. 375-376.

<sup>225</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97.

<sup>226</sup> “- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)” BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em:

Assim, configurada lesão ao direito fundamental social, uma vez não satisfeito espontaneamente pelo Estado, caberá ao Poder Judiciário proferir o provimento judicial necessário à proteção e efetivação do direito subjetivo constitucionalmente assegurado.

#### 4.1.1 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado princípio do direito de ação<sup>227</sup> ou da justicialidade, é uma das garantias constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito, assegurando a todos a possibilidade de amplo acesso ao poder judiciário, detentor de uma das modalidades de solução de litígios, objetivando obter um provimento jurisdicional de satisfação de uma pretensão. Contudo, por ser garantia individual do cidadão, o Estado está obrigado à prestação jurisdicional sempre que haja uma lesão ou ameaça a direito, cabendo a ele a competência para preferir uma decisão final.

Referido princípio, assegurado constitucionalmente, é conferido de maneira ampla ao cidadão no rol de direitos fundamentais, estando protegido pelo art. 60, §4º, II e IV, da Constituição, por integrar o rol de cláusulas pétreas, não podendo o legislador infraconstitucional dispor ou mitigar a aplicabilidade do princípio em tela.

O amplo acesso à jurisdição conferido pelo princípio também garante, por consequência lógica, o direito constitucional ao “devido processo legal”, pelo qual poderá o cidadão utilizar-se dos instrumentos com os quais a jurisdição opera para provocá-la, propiciando seu acesso não só à justiça, mas a uma ordem jurídica justa.

Menciona com clareza Ada Pellegrini Grinover

“Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa),

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

<sup>227</sup> “O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a *direitos individuais*. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87.

significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).” 228

A possibilidade de provocar a atividade jurisdicional do Estado, instaurando o devido processo legal constitucional, é contemplada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pela qual se garante a todos provocar a atividade jurisdicional do Estado e instaurar o devido processo legal constitucional. 229

As bases históricas do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional remontam a Constituição de Weimar e a Constituição de Wartenberg, contemplando o art. 105, 2ª alínea da Constituição de Weimar, que “ninguém poderá ser subtraído ao seu juízo legal”. Por sua vez, a Constituição de Wartenberg dispunha que “O recurso aos juízes não se pode fechar aos cidadãos que se criem lesados em direito privado, que assente em título particular, por ato do Poder Público”.

A proteção ao referido princípio também é garantida na órbita internacional, pelo artigo X, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, dispondo que “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

O artigo 6º, I, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 também versa que “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer

---

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (Parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 10 – jul./dez. 2007. p. 14.

<sup>229</sup> “Ademais, a Constituição prevê em seu art. 5º, XXXV, peremptoriamente que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela".

Por seu turno, o artigo 14, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 diz que "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil".

Já o artigo 8º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), assim dispõe "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

Aderindo às disposições de ordem internacional, a Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma expressa, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, elegendo todos como destinatários, indistintamente, não podendo o jurisdicionado ser impedido de deduzir sua pretensão em juízo, por ser um direito público subjetivo do cidadão.

O direito de ação, ou inafastabilidade do controle jurisdicional, visa a proteger um direito material que o cidadão entende lesado, não se confundindo com o direito material veiculado na ação, pois não depende de sua existência para ser exercido, subsistindo o direito de ação por si só mesmo que não haja nenhum direito material a ser assegurado.

Mesmo sendo o ato de provocar o exercício da função jurisdicional um direito subjetivo do cidadão, o exercício da jurisdição é uma função de natureza pública, ao passo que o interesse na composição da lide ultrapassa a esfera de interesse das partes, existindo também um interesse do Estado na pacificação social. Através do

referido direito subjetivo, o Estado municia o cidadão com um instrumento destinado a dirimir o conflito de interesses no qual está envolvido.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, o art. 5º, XXXV, ao mesmo tempo em que impõe ao Poder Judiciário o dever de prestar a jurisdição, também consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional ao indivíduo ou a grupos, levando à apreciação deste poder, como órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional, qualquer lesão ou ameaça a direito, uma vez que estabelece um poder-dever do juiz de prestar a tutela jurisdicional.

Existindo a plausibilidade de ameaça a direito, estará o Estado obrigado a conceder a prestação judicial, pois a indeclinabilidade se constitui em princípio básico que rege a jurisdição, objetivando justamente vedar a negativa de prestação da justiça e possibilitando a Constituição o ingresso em juízo para assegurar o direito, fundamental ou não, que houver sido violado, ou se encontrar ameaçado de violação. A tutela judicial assegurará, portanto, a reparação, o restabelecimento do direito, ou mesmo a prevenção para que este não seja lesionado.

A referência normativa que expressa tanto a lesão como a ameaça a direito, presente no dispositivo constitucional, acaba por eleger o critério da lesão como necessário para o exercício do direito de ação, autorizando, via de consequência, o controle judicial dos atos exarados da órbita administrativa, notadamente quando ocorrer ameaça a direito fundamental social, estando o Poder Judiciário autorizado a interferir, utilizando seu poder geral de cautela, visando resguardar o indivíduo das ameaças a direitos.

#### 4.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O “NÚCLEO CENTRAL” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O estudo das políticas públicas no Estado Democrático de Direito torna-se de fundamental importância por ser o mecanismo que dispõe a administração pública para efetivar os direitos fundamentais sociais protegidos pelo novo constitucionalismo, que legitima o controle da atividade administrativa pelo Judiciário

sempre que estiver em jogo a efetivação de direitos fundamentais positivos por meio das políticas públicas.

A tarefa do Estado de efetivação dos direitos fundamentais sociais tem por desiderato a proteção da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, seja através de sua feição negativa ou garantística, de limitação do poder estatal na esfera de liberdade do indivíduo, impedindo a agressão do ente estatal a direito individual, ou através da feição positiva ou prestacional, na qual cabe ao Estado empreender prestações para a consecução do bem estar social, vinculando o ente público a prestar o direito social, uma vez exigível do Estado para a garantia das condições de vivência digna da pessoa humana.

Para Ricardo Lobo Torres

“O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; [...]”<sup>230</sup>

A proteção da dignidade da pessoa humana ganha relevo tanto no plano interno dos Estados quanto no âmbito internacional, garantindo a todo e qualquer ser humano a proteção necessária ao seu conjunto de direitos por intermédio do Estado, com o fito de assegurar à pessoa humana as condições essenciais e mínimas para que tenha uma vida digna e igualitária com relação aos demais seres humanos.

A figura do mínimo existencial demanda a atuação positiva do Estado para propiciar o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais, cujas prestações dar-se-ão em cumprimento dos seus deveres de proteção decorrentes dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, para o alcance dos padrões mínimos de uma existência digna e justiça social, cumprindo-se os objetivos do Estado Social.

O desenvolvimento paradigmático da teoria do mínimo existencial teve origem na Lei Fundamental da Alemanha de 1949, que se limitar à proteção dos direitos fundamentais clássicos, não abarcando referida proteção os direitos sociais<sup>231</sup>, cuja

---

<sup>230</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49. p. 32-33.

<sup>231</sup> “Com efeito, em que pese não existirem, de modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – excepcionando-se a previsão

consagração constitucional ocorreu de forma expressa nas constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

A construção da aludida teoria objetivou superar a ausência de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, cujos direitos prestacionais não foram expressamente positivados, sendo que, através da construção teórica, passou-se a atribuir ao indivíduo direitos subjetivos contra o Estado nos casos de omissão na prestação de serviços sociais básicos, que influenciassem na garantia de uma vida e existência digna.

Optou a Lei Fundamental de Bonn por não incluir os direitos sociais prestacionais, limitando-se a garantia dos direitos individuais, positivando, por exemplo, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, § 1º, que versa “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*” Tradução livre: “*A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.*”

Através da construção teórica e jurisprudencial do mínimo existencial, o indivíduo passou a ter o direito de requerer prestações estatais positivas que lhe garantisse padrões mínimos de sobrevivência ou subsistência digna, sem os quais não seria possível sequer garantir a própria sobrevivência. A efetiva fruição dos direitos de liberdade e igualdade somente seria alcançada através da garantia da inviolabilidade da dignidade humana, o que demandaria a proteção constitucional do mínimo de condições materiais indispensáveis à vida com dignidade.

Sobre a construção jurisprudencial do conceito de mínimo existencial, aponta Andreas Joachim Krell

“A Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da

---

da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) – a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.” SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da 'ajuda social' (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital'.<sup>232</sup>

Decisões relativas a direitos sociais, proferidas pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, também fundamentaram o surgimento da teoria do mínimo existencial.

Uma delas, proferida em 1951 pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, dispunha sobre a assistência social, na qual o Tribunal entendeu que o Estado não estaria vinculado pela Constituição Alemã a assegurar as necessidades materiais ao indivíduo ou mesmo prestar qualquer assistência material.

Já em 1975, o referido Tribunal proferiu uma decisão na qual reconheceu que a assistência material ao indivíduo necessitado constitui um dos deveres do Estado Social, pelo qual lhe caberia garantir um mínimo de condições básicas para uma existência humana digna.

Em 1954 o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo a auxílio material para um indivíduo carente, que seria garantido pelo Estado, reconhecendo ser o indivíduo titular de direitos que lhe garantissem a dignidade da pessoa humana.

Com relação a construção doutrinária em torno do mínimo existencial, aponta Ingo Sarlet

“Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. [...]”<sup>233</sup>

O conceito de mínimo existencial teve sua origem, portanto, na dogmática constitucional alemã, notadamente em razão da não positivação de direitos sociais,

---

<sup>232</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 61.

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

sendo que, após diversas decisões proferidas pela Corte Constitucional Alemã na proteção desses direitos, fixou-se o reconhecimento da garantia do mínimo existencial com o status constitucional, que integra o princípio do Estado Social de Direito.

A construção de um conceito adequado para a figura jurídica do mínimo existencial perpassa por inúmeros fatores, que se fundamentam na necessidade de se assegurarem condições mínimas de uma existência digna a todos os cidadãos. Por não possuir uma conceituação constitucional expressa, a figura do mínimo existencial encontra seu nascedouro em diversos direitos, fundamentais e sociais, tais como o direito de liberdade, igualdade, nos direitos humanos, direito à saúde, à alimentação, etc.

Mister salientar que a proteção do mínimo existencial encontra variações consideráveis em razão das condições políticas, territoriais, culturais, econômicas e sociais de cada estado, influenciando estes fatores no grau de proteção dos direitos fundamentais sociais do indivíduo e sua dignidade enquanto pessoa humana. Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial “[...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.”<sup>234</sup>

Nas palavras de Cláudia Perotto Biagi

“O direito fundamental é um elemento que assume formas sempre novas de acordo com as situações de conflito a que forem confrontadas e que vede ser atualizado e concretizado caso a caso não obstante haver sido firmado no texto constitucional, [...]”<sup>235</sup>

A influência do padrão sócio-econômico de cada Estado acaba por relativizar os padrões de proteção dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, fazendo com que a efetivação desses direitos garantidos pela ordem constitucional dos estados sofra, em razão dos aspectos de distinção já mencionados, variações em sua escala de hierarquia axiológica.

Referida variação na classificação dos direitos sociais, que seriam integrantes do mínimo existencial dos direitos fundamentais, acarreta uma flagrante diferenciação

---

<sup>234</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49. p. 32-33.

<sup>235</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabríz Ed., 2005. p. 93.

relativa à proteção destes direitos nos ordenamentos constitucionais dos estados, apresentando o núcleo essencial do mínimo existencial prestações básicas diversas para cada Estado, na mesma proporção em que a conceituação de dignidade da pessoa humana sofre interpretações distintas.

Considerando o contexto constitucional brasileiro, a erradicação da pobreza e da marginalização como um dos objetivos da República, nos termos do art. 3º, III, da Constituição, também fundamenta o conceito de mínimo existencial, sendo referido objetivo considerado um de seus pilares de sustentação.

Não obstante inexistir disposição constitucional expressa acerca do mínimo existencial, a garantia de uma existência digna encontra-se prevista no art. 170 da Constituição Federal, que dispõe “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”<sup>236</sup>

A previsão implícita para o mínimo existencial, mesmo que de forma bastante genérica, também pode ser encontrada na Lei Federal 8.742, de 07/12/1993, mais precisamente em seu art. 1º ao dispor que “A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Por seu turno, o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, também dispõe sobre o mínimo existencial ao elencar que “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Como se pode observar, referido direito às condições mínimas de existência humana digna demanda, inevitavelmente, a execução de prestações estatais positivas para

---

<sup>236</sup> “[...] No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

garantir o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais a determinada parcela da população, desde que caracterizada a necessidade.

Com propriedade leciona Ada Pellegrini Grinover acerca do mínimo existencial

“Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: [...]”<sup>237</sup>

Ingo Sarlet, por seu turno, define o mínimo existencial como “[...] o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...]”<sup>238</sup>.

A proteção do mínimo existencial se dá, portanto, mediante a consecução de prestações positivas pelo Estado, por intermédio da administração pública, na entrega de serviços públicos específicos para a proteção de cada direito fundamental social, ou a entrega de bens públicos como forma de assistência social, através do fornecimento de determinada prestação material direta.

No mesmo sentido dispõe Ricardo Lobo Torres

“O mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional.”<sup>239</sup>

Por seu turno, a entrega de serviços públicos ou prestação de assistência social para a proteção do “núcleo central”, conforme definição de Ada Pellegrini Grinover, ou “núcleo essencial”, conforme definição de José Joaquim Gomes Canotilho, do mínimo existencial se restringe, essencialmente, às prestações necessárias à garantia da dignidade humana aos necessitados, objetivando garantir sua

---

<sup>237</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 42.

<sup>238</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

<sup>239</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 46.

sobrevivência digna, sendo que, por constituir sua garantia um dos objetivos fundamentais da República, deve ser amplamente assegurado.

Entretanto, o problema de maior relevância enfrentado pela doutrina refere-se à indeterminação do núcleo central de cada direito social para a garantia do mínimo existencial, ou seja, quais direitos vinculariam o Estado a provê-los e garanti-los em favor de certas pessoas ou determinados grupos.<sup>240</sup>

Os aspectos sociais, culturais, econômicos e políticos que apresentam variações entre os diversos Estados que compõem a comunidade internacional, ou mesmo variações internas para um mesmo Estado, considerando sua evolução temporal, contribuem para a impossibilidade em se estabelecer de forma concreta e taxativa o núcleo essencial de cada direito. Nesse sentido manifesta-se a dificuldade em se estabelecer o núcleo central de cada direito social, pois este apresenta variações promovidas pela evolução social.

Os direitos sociais integrantes do mínimo existencial reclamam uma análise à luz de cada núcleo social, influenciado pelos diversos fatores já mencionados que, conforme já salientado, demandarão prestações diferenciadas para a efetivação dos direitos fundamentais reclamados naquele determinado contexto, sem prejuízo da disponibilidade financeira do Estado para assegurá-los.

A parcela mínima de direitos sociais necessária à garantia da dignidade da pessoa humana encontra variação entre as diversas sociedades, ou mesmo entre territórios diversos, não sendo possível o estabelecimento de um rol taxativo e concreto de satisfação mínima destes direitos, pois a efetiva garantia da dignidade humana se apresenta de forma abstrata em decorrência das variáveis que influenciam a existência e evolução de cada sociedade.

A ordem objetiva de valores constitucionais observa a evolução do constitucionalismo social no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual o fenômeno econômico, social e cultural influencia primordialmente

---

<sup>240</sup> O referido problema de indeterminação desse núcleo essencial também é apresentado por José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] Ora, o problema que se coloca é o de saber se ela não deve ser alargada aos direitos econômicos, sociais e culturais. Sendo assim, o *punctum saliens* da questão é este: como determinar o núcleo essencial do direito à saúde? Como o direito à saúde implica um feixe de prestações, como determinar o nível

na interpretação do mínimo existencial, cuja efetividade depende de uma interpretação adequada às novas realidades da vida social.

As controvérsias suscitadas pela necessidade de identificação das prestações indispensáveis à manutenção da dignidade humana, na proteção dos direitos fundamentais sociais integrantes deste mínimo existencial, também esbarram na escassez de recurso estatais para suprir as carências de parte da população na efetivação dos direitos fundamentais sociais, não sendo possível, financeiramente, o cumprimento simultâneo em favor de todos.

O problema da indefinição deste núcleo central integrante do mínimo existencial deve ser solucionado, pelo menos parcialmente, considerando a organização e evolução constante da sociedade, para possibilitar a definição dos graus de importância e cumprimento de cada direito fundamental social, o que permitirá arbitrar o momento para o cumprimento necessário de cada direito, bem como elevar gradativamente seu grau de satisfação com o passar do tempo. Essa metamorfose dos direitos sociais, considerando o grau de exigibilidade social com o passar do tempo, altera necessariamente o conteúdo do mínimo existencial.

A preocupação primordial deve sempre girar em torno das cotas mínimas de direitos fundamentais sociais a serem garantidas, ou seja, implementar obrigações de cunho prestacional para dar efetividade concreta aos direitos elementares à garantia da dignidade humana para, gradativamente, considerando a evolução na satisfação plena destes direitos, definir-se o planejamento e execução de políticas públicas distributivas mais sofisticadas, garantindo-se outros direitos até então não integrantes do mínimo existencial.

Caberá ao Estado empreender os atos necessários, utilizando com eficiência os recursos que estão a sua disposição, à satisfação das suas obrigações imediatas para a satisfação plena dos direitos prestacionais, objetivando sempre alcançar melhorias de condições de gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais, sendo vedado seu retrocesso, salvo em caso de estrita necessidade comprovada.<sup>241</sup>

---

essencial de prestações sociais?." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 262.

<sup>241</sup> “[...] O rígido princípio da <não reversibilidade> ou, em formulação marcadamente ideológica, o <princípio da proibição reacionária>, pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória, unilateralmente

Aponta Ingo Sarlet

“Se parece correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos no Brasil, em alguns Estados, assim como, de modo geral, na esfera do direito internacional) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz respeito com a concretização dos direitos sociais a prestações. [...]”<sup>242</sup>

A complexidade na definição do núcleo central de cada direito social garantido pela Constituição contribui para a subjetividade no estabelecimento do padrão deste mínimo existencial necessário e indispensável para a consecução e manutenção de uma vida digna.

Pode-se conceituar o mínimo existencial, portanto, como sendo a parcela dos direitos fundamentais sociais diretamente ligada à existência de um padrão de vida digna de qualquer pessoa humana, sendo constituído pelos recursos materiais mínimos e essenciais para se suprir os maiores problemas de escassez social de um Estado.

Considerando o caráter fundamental do mínimo existencial, se faz necessário garanti-los em sua plenitude, uma vez que esse conjunto de direitos, mesmo considerado em sua integralidade, já faz parte do bloco constitucional mínimo a garantir o nível satisfatório de uma vida digna, sendo esse mínimo o núcleo sindicável da dignidade humana, cujo propósito maior de efetivação consiste justamente na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.<sup>243</sup>

---

definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 110-111.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-106. p. 93.

<sup>243</sup> “Cabe, então, ao Estado promover uma verdadeira política dos direitos fundamentais que, por um lado, em sua dimensão assistencial, asseguraria a todos o mínimo de bem-estar necessário para o exercício de seus direitos e, por outro, em sua dimensão educativa e cultural, possibilitaria a consciência em torno do importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais, o que acaba por se mostrar de suma importância para a formação da cidadania e, também, para a consolidação do relevante sentimento constitucional.” BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabríz Ed., 2005. p. 96.

Nas oportunas palavras de Ingo Sarlet, “[...] a garantia do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. [...]”<sup>244</sup>

Incidindo o mínimo existencial sobre os direitos necessários a garantir uma condição de vida digna ao cidadão, a omissão do Estado na prestação positiva e efetiva garantia do núcleo duro de determinado direito social caracteriza lesão a direito fundamental social, ensejando o direito de ação do indivíduo contra o Estado para compeli-lo ao cumprimento desta obrigação constitucionalmente assumida, pois “[...] Não se reconhece idoneidade aos atos ou decisões políticas se elas afetam ou ameaçam direitos individuais.”<sup>245</sup>

A lesão ou ameaça de lesão ao mínimo existencial constitui, portanto, um pressuposto para a intervenção judicial sobre determinada política pública, legitimando o controle jurisdicional a atuar quando restar violado o direito à manutenção de uma vida digna, ou seja, uma vez violada a dignidade humana.

Leciona Ingo Sarlet

“Em face do exposto, importa reafirmar, no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e, por esta razão, será sempre desproporcional e também inconstitucional, o que, à evidência, não afasta a discussão sobre qual o conteúdo do mínimo existencial em cada caso e no contexto de cada direito social.”<sup>246</sup>

Ainda segundo Ada Pellegrini Grinover: “É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implemetá-las.”<sup>247</sup>, estando o Poder Judiciário legitimado, portanto, a intervir em determinada política pública que não assegurar as condições de vida digna a cada cidadão.

---

<sup>244</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

<sup>245</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 372-400. p. 386.

<sup>246</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-106. p. 103.

Entretanto, mister syndicar certos limites impostos pela doutrina e jurisprudência à efetivação do aludido controle, que esbarra, por exemplo, no atendimento do princípio da reserva do possível em sendo constatada a escassez financeira enfrentada pelo Estado, critério limitador este que, conjugado com o princípio da razoabilidade, legitimará ou não a consecução do referido controle judicial.

#### 4.3 CRITÉRIOS LIMITADORES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para que o Poder Judiciário exerça o controle sobre as políticas públicas, e este controle seja legítimo, é necessário observar certos limites e pressupostos impostos pela doutrina e jurisprudência.<sup>247</sup> A violação do pressuposto do mínimo existencial, aliada a observância de determinados limites impostos ao alcance da justiciabilidade da Administração Pública, deverão estar amplamente configurados para viabilizar tal intervenção.

A discussão acerca das possibilidades do controle judicial sobre políticas públicas perpassa, necessariamente, sobre os limites impostos à sua execução, já que firmado pela doutrina e jurisprudência que a exigibilidade de uma prestação positiva de direitos fundamentais sociais em desfavor do Estado deverá sempre ocorrer dentro dos limites do razoável, estando também sujeita à reserva do possível, sendo estes dois requisitos inerentes à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos, bem como no planejamento e execução destas políticas.

---

<sup>247</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo n° 164 - out de 2008. p. 43.

<sup>248</sup> Já acentuou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello os limites impostos ao controle judicial sobre as políticas públicas: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.”

BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

#### 4.3.1 Princípio da razoabilidade

Originário dos Estados Unidos da América<sup>249</sup>, o princípio da razoabilidade teve sua construção teórica embasada no "*due process of law*", (substancial), desenvolvendo-se no direito anglo-saxônico e possuindo previsão expressa na Magna Carta americana<sup>250</sup> com o objetivo de conter o poder desenfreado do Estado de Direito, municiando o indivíduo de prerrogativas para a proteção de sua dignidade no Estado Democrático de Direito.

O princípio da Proporcionalidade, por sua vez, foi desenvolvido pelos germânicos, sendo teorizado entre os séculos XII e XVIII, ocasião em que as teorias Jusnaturalistas pregavam possuir o homem direitos naturais, anteriores mesmo ao surgimento do Estado, limitando o poder do Estado e garantindo as prerrogativas inerentes a dignidade humana para o convívio do homem em sociedade. De raiz romano-germânica, o referido princípio teve um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado, funcionando como limitação a discricionariedade administrativa. O fundamento constitucional somente ocorreu após a Lei Fundamental de 1949.<sup>251</sup>

Não obstante receberem tratamento, muitas vezes, como se sinônimos fossem, a clara distinção entre os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade reside na manifesta irrazoabilidade de determinada norma, ato ou solução emanada pelo agente público, sendo considerada desprovida de Razoabilidade quando residir fora da esfera do senso comum. Visa a Razoabilidade a definir se a solução utilizada foi racional ou equilibrada em determinada circunstância, impedindo a prática de atos que fujam a razão e ao equilíbrio do sendo comum.

---

<sup>249</sup> “Tal como no direito inglês, a *rule of reason* está na base do sistema de controle da atuação administrativa no direito norte-americano. [...] Fundamentalmente, o conceito encontra um delineamento a partir de duas claras vertentes: uma procedimental e uma substancial, ambas corolários historicamente erigidos a partir do desenvolvimento jurisprudencial e legislativo do *due processo f law* no direito norte-americano, enquanto cláusula constitucional vedatória de atuação arbitrária dos agentes governamentais.” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87-88.

<sup>250</sup> A consagração do referido princípio no texto constitucional ocorreu com a edição das emendas 5º e 14º da Constituição Norte Americana.

<sup>251</sup> “O princípio da proporcionalidade, tal como estruturado na atualidade, encontra suas raízes, no direito alemão, na exigência de *necessidade* ou de *indispensabilidade dos meios*, já observada no direito prussiano de polícia do final do século XVIII. [...]” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

Já o princípio da Proporcionalidade possui a peculiaridade de impor o sacrifício de determinada norma, ato ou solução em relação a outro, objetivando alcançar o melhor resultado e maior proteção jurídica para o caso concreto. Possuindo parâmetros específicos para se aferir a adequação e a necessidade de determinada medida ao ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade visa trabalhar a preponderância de um princípio sobre o outro, no inevitável conflito de aplicabilidade que poderá surgir para o aplicador da norma.

A distinção entre os referidos princípios se apresenta de forma ainda mais contundente ao se conceber a razoabilidade como equidade, visando a elidir a edição de atos manifestamente incompatíveis com o ordenamento jurídico, impondo um limite ao que é aceitável, enquanto a proporcionalidade requer, inevitavelmente, um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, possuindo somente o aludido princípio uma estrutura a ser observada através do manejo de seus três elementos, razão pela qual tanto a razoabilidade como a proporcionalidade requerem análises distintas.

Ou seja, a razoabilidade se manifesta na existência de uma norma ou ato que seja irrazoável, fugindo do senso comum. Por seu turno, a Proporcionalidade objetiva sacrificar uma regra ou um princípio em relação a outro, sempre com o intuito de alcançar a melhor solução para o caso.

Importante destacar que a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, desenvolvida por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), que será objeto de análise em capítulo específico, estabelece em seu art. 1º o rol de princípios que regerão o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, estando, dentre eles, o princípio da proporcionalidade, previsto em seu inciso I.<sup>252</sup>

A observância do aludido princípio também é expressamente consignada no art. 11 da referida proposta, prevendo o texto legal que “*Não havendo acordo, o juiz*

---

<sup>252</sup> Dispõe o art. 1º que “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário”.

*examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder”.*

Sendo um princípio constitucional implícito que, não obstante derivar da Constituição inexistente previsão legal expressa, o princípio da razoabilidade destina-se a propiciar a melhor adequação dos meios aos fins pretendidos, solucionando a colisão existente entre valores e interesses, buscando a solução mais razoável para o caso concreto, considerando todas as circunstâncias que norteiam a questão. Sua difícil conceituação decorre justamente pela inexistência de previsão principiológica expressa na Carta Magna.

Incorporado via reflexa no ordenamento jurídico pela Constituição ao assegurar a todos o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), o princípio da proporcionalidade<sup>253</sup> serve de parâmetro de valoração para os atos exarados pelo administrador público, devendo este empreender os meios mais adequados à realização de determinado fim, de forma a inexistir desproporção ou incoerência entre o ato e a finalidade.

Trabalhando o conceito de razoabilidade como uma medida da proporcionalidade, leciona Ada Pellegrini Grinover

“A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do **justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.**”<sup>254</sup>

Na mesma linha prescreve José Roberto Oliveira

“O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo

---

<sup>253</sup> “A discussão sobre a proporcionalidade dos critérios eleitos para a irradiação dos direitos fundamentais será o objeto de análise do Poder Judiciário, que, na qualidade de forma de expressão do poder estatal, poderá realinhar a conduta dos demais poderes, substituindo a margem de escolha pela vinculação do orçamento ao cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesta hipótese, o Poder Judiciário atua em nome do Estado, corrigindo a conduta das demais formas de expressão do poder estatal, para a consecução dos seus próprios objetivos.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110.

<sup>254</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 43.

aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão.”<sup>255</sup>

Inegável que o princípio da razoabilidade integra o ordenamento jurídico nacional, o qual alicerça tanto o exercício da função legiferante do Estado, quanto a atuação do Poder Executivo, notadamente no que concerne ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, sendo sua inobservância passível de controle pelo Poder Judiciário.

A atuação da administração fica condicionada, por intermédio do referido princípio, à observância de critérios justos e aceitáveis, segundo entendimento social comum, no exercício da função pública, sendo a razoabilidade basilar na solução de situações em que ocorrer manifesta discordância entre os fins almejados e os meios empregados para seu alcance, sendo invocada como um limite para o controle dos atos do Poder Público em geral pelo Poder Judiciário.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”<sup>256</sup>

A necessária observância dos fatores sociais, econômicos e culturais faz com que o intérprete, sem se afastar do ordenamento jurídico, interprete o direito de forma razoável a solucionar o conflito social de forma adequada, justa, prudente e apropriada, o que não seria possível mediante a mera aplicação literal da lei.

Referido princípio visa elidir a possibilidade de se alcançar resultados injustos e desproporcionais, bem como proteger os valores fundamentais eleitos pela República na garantia e efetivação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana<sup>257</sup>. Assim, nas situações em que a política pública praticada não se revestir

---

<sup>255</sup> OLIVEIRA, José Roberto. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 185.

<sup>256</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 99.

<sup>257</sup> “Por outro lado, porém no mesmo sentido, o valor da dignidade da pessoa humana foi positivado em praticamente todas as constituições mundiais e em nosso ordenamento jurídico constitui-se como pilar central de todos os atos normativos, tendo no nosso sentir uma relação indissociável com o direito da igualdade, pois como admitir que as pessoas possam ser tratadas igualmente como prescreve os atos normativos se algumas não têm assegurado sequer o tratamento digno por serem seres humanos?” JÚNIOR José Herval Sampaio. Direito fundamental à igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais e

dos meios adequados para alcançar sua finalidade social, inexistirá razoabilidade, podendo o Judiciário intervir para realinhá-lo ou anulá-lo quando ausente este requisito.

Como um dos limites impostos à atuação do Poder Judiciário para o exercício do controle sobre as políticas públicas, o princípio da razoabilidade objetiva, no âmbito da administração pública, obstar que sua atuação ocorra de forma desarrazoada e desproporcional aos objetivos constitucionais inerentes à sua atuação.

Intimamente ligada ao princípio da razoabilidade, a proporcionalidade se resume na relação entre um meio e um fim, sendo princípio norteador das ações estatais no exercício da função pública e na edição de normas pelo administrador, pautando-se no exame de três requisitos imprescindíveis cuja averiguação é prejudicial se faltar algum, quais sejam, adequação, exigibilidade ou necessidade-proporcionalidade em sentido estrito.

De forma geral, sem pretender sindicá-la com profundidade sua conceituação, pode-se definir a adequação como a exigibilidade de a medida tomada pela administração pública estar apta e proporcional a atingir seu objetivo, ou seja, mera adequação dos meios e fins utilizados. Por seu turno, a exigibilidade ou necessidade determina a busca pelo mecanismo menos dispendioso e gravoso, ou mais benéfico, para se atingir a finalidade desejada, através do princípio da menor ingerência possível. Já a proporcionalidade em sentido estrito se resume na relação existente entre as vantagens e desvantagens decorrentes do ato administrativo, justificando sua edição, devendo sempre o aludido ato se destinar a alcançar vantagens no cumprimento de seu objetivo.

Estando ausente um destes requisitos, não se verificará a razoabilidade do ato praticado, sendo desnecessário sindicá-la a presença dos demais pressupostos, uma vez que, lhe faltando a razoabilidade, adequada será a anulação ou realinhamento do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, corrobora Ada Pellegrini Grinover

“Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis.” 258

A vedação a proposições inadequadas do Estado, que restrinjam ou violem direitos fundamentais sociais do cidadão, acaba por alargar a atuação do Judiciário no estado contemporâneo, para garantir a efetividade da proteção a estes direitos elencados pela constituição, o que lhe possibilita examinar os atos administrativos para sindicarem a existência de injustiças decorrentes de atuações desarrazoadas e desproporcionais, que tornem a lei e o ato administrativo viciados.

Intervindo o Poder Judiciário no ato administrativo considerado desarrazoado e desproporcional, conseqüentemente acabará por determinar seu realinhamento coercitivo, seja no planejamento ou execução da política pública, com o fito de alinhá-lo aos objetivos constitucionais e a salvaguardar os direitos fundamentais sociais.

#### 4.3.1.1 Realinhamento e correção coercitiva pelo Judiciário das políticas públicas desarrazoadas e desproporcionais

Aliado ao princípio da reserva do possível, desde que presente o pressuposto da violação ao mínimo existencial, o princípio da razoabilidade legitima a aferição jurisdicional da legalidade da ação administrativa, notadamente no que concerne ao planejamento e execução de políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais.

Aferir em cada caso concreto qual entre duas ou mais medidas alcançaria o melhor resultado e com maior efetividade para a garantia dos direitos fundamentais sociais, analisando qual seria a medida mais oportuna, justa e conveniente alcançada pelo mérito administrativo, constitui o objetivo precípua do princípio da razoabilidade, cuja observância demanda do administrador público analisar sempre qual medida é a mais adequada ao cumprimento do resultado pretendido.

---

<sup>258</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 47.

Por ter o Poder Judiciário o dever constitucional de analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, a apuração da razoabilidade do meio empregado pelo Estado para a efetivação de determinado direito fundamental social lhe possibilitará apreciar o mérito do ato administrativo, conforme já fora objeto de análise, exercendo o controle sobre determinada política pública que se mostre desproporcional ao fim objetivado pela constituição.<sup>259</sup>

A anulação de atos exarados pela Administração Pública de forma desarrazoada e inadequada integra o rol de atribuições constitucionais do Poder Judiciário, ao passo que o poder-dever de analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito lhe confere, via de consequência, a legitimação para o exercício do controle sobre as políticas públicas.

A razoabilidade, como um limite para a intervenção judicial sobre a política pública, será utilizada pelo Judiciário como um critério balizador para a aferição de toda e qualquer política pública, verificando se foi planejada e executada com temperança.

O conceito de razoabilidade abarca, no que tange ao objeto do presente estudo, o que se considera razoável para uma existência digna<sup>260</sup>, através do entendimento comum que compreende o limite aceitável para se garantir a dignidade humana, cabendo ao Estado, por intermédio do planejamento e execução de políticas públicas, empreender um prudente exame para dispensar todos os esforços necessários a garantir o gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais integrantes do mínimo existencial.

Necessário salientar que, no exercício do controle judicial sobre as políticas públicas, o Poder Judiciário empregará a razoabilidade como forma de coibir os excessos e as estipulações administrativas desarrazoadas, sendo o princípio da razoabilidade, como medida do que é aceitável e proporcional, um limite no papel ativo deste processo.

---

<sup>259</sup> “Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 47.

<sup>260</sup> Sobre o conceito de dignidade, vide item 4.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O “NÚCLEO CENTRAL” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Sob o paradigma também do princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV), sempre que for levado ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, perpetrada por ato administrativo exarado por agente público, mesmo sob o manto da discricionariedade, conveniência e oportunidade, é possibilitado ao Poder Judiciário exercer o controle sobre este ato, sempre que for identificada uma atuação desarrazoada ou desproporcional ao fim almejado.

Entretanto, até mesmo a tutela judicial de urgência do direito social pleiteado deverá observar o binômio razoabilidade-proporcionalidade, conforme assevera Osvaldo Canela Júnior, “Neste especial aspecto, as tutelas de urgência, desde que concedidas sem o necessário crivo de proporcionalidade, poderão trazer crise ao sistema, e não soluções que efetivamente concretizem os desideratos constitucionais.”<sup>261</sup>

A infração a direito fundamental social praticada pelo administrador, por manifesta incompatibilidade entre o ato praticado e o ordenamento jurídico, violando-se o princípio da legalidade, ou mesmo ante a incompatibilidade entre os meios empregados e a finalidade almejada, violando-se o princípio da razoabilidade, legitima o Poder Judiciário a examinar o ato administrativo destinado a planejar e a executar as políticas públicas.

Por ser a atuação administrativa pautada no atendimento do interesse público e observância da legalidade, sendo estes seus limites essenciais, ao Judiciário cabe analisar tanto formalmente quanto substancialmente o direcionamento de determinada política pública, utilizando-se, portanto, do princípio da razoabilidade como um mecanismo de controle axiológico da atuação do administrador público no Estado Democrático de Direito, objetivando impedir restrição ilegítima aos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, o ato administrativo deverá não só atender aos critérios formais da legalidade, mas também deverá se manter dentro dos padrões da razoabilidade na realização dos objetivos constitucionais por intermédio da implementação de políticas públicas socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas.

---

<sup>261</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

A adequação do núcleo central do mínimo existencial com as reservas orçamentárias deve perpassar, necessariamente, pelo princípio da razoabilidade. Em outras palavras a pretensão do direito individual ou coletivo de satisfação dos direitos fundamentais sociais deve observar, de um lado, o direito ao mínimo existencial e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado, pautando-se a intervenção judicial no princípio da razoabilidade ao dispor sobre a política pública.

Aliado ao princípio da razoabilidade, a reserva do possível também constitui um critério limitador no controle judicial das políticas públicas, contudo, conforme será objeto de análise, a questão da limitação orçamentária não poderá, por si só, obstar a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

#### **4.3.2 Teoria alemã da "reserva do possível"**

É grande a divergência doutrinária acerca da possibilidade de intervenção judicial para se promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em um cenário de escassez de recursos estatais, caracterizada pela falta de meios econômicos para a satisfação de todos os direitos.

A definição das condições em que serão amparadas as pretensões positivas para se garantir a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos, pode ser demarcada pela tutela jurisdicional, conforme amplamente demonstrado.

Todavia, referido controle judicial deve observar pressupostos e limites para que o magistrado disponha sobre políticas públicas que exijam gastos orçamentários, razão pela qual mister a abordagem do limite da "reserva do possível".

Leciona Ada Pellegrini Grinover

"A implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira – a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da

administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la.” 262

A teoria da reserva do possível, originária da Alemanha no início dos anos de 1970, foi construída para condicionar a efetividade dos direitos sociais às reservas financeiras do ente estatal, considerando que as prestações materiais destinadas à realização destes direitos dependeriam da disponibilidade orçamentária dos cofres públicos, o que legitimaria o Estado a atuar de forma discricionária com relação à disposição do orçamento para a destinação dos direitos sociais.

Referida construção teórica alemã foi desenvolvida para solucionar uma demanda envolvendo a restrição do número de vagas em Universidades Alemãs, decidindo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que a prestação positiva do direito social pretendida deveria ter relação com o que a sociedade poderia exigir de forma razoável, devendo tal pretensão residir no campo dos limites razoáveis, não sendo oponível ao Estado, portanto, pretensões que fossem desarrazoadas.

A reserva do possível, como dimensão economicamente relevante para a consecução das prestações estatais positivas destinadas a garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais, está vinculada a criação e distribuição de bens e prestações materiais, dependendo do direito social a ser efetivado pela política pública.<sup>263</sup>

Bem esclarece José Joaquim Gomes Canotilho acerca do custo dos direitos sociais

“Hoje, como ontem, os direitos sociais, econômicos e culturais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo nos começos da década de 70, P. Haberle formula a idéia da <reserva das caixas financeiras>, para exprimir a idéia de que os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades

---

<sup>262</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 47-48.

<sup>263</sup> Sobre o limite da reserva do possível, dispôs o Ministro do STF Celso de Mello: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.” BRASIL. STF. ADPF 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

financeiras do Estado, se e na medida em que elas consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. [...]”<sup>264</sup>

Assim como o princípio da razoabilidade, a reserva do possível é constantemente invocada como argumento contrário ao controle jurisdicional de políticas públicas, notadamente no caso de omissão estatal, uma vez que a limitação dos recursos financeiros disponíveis frente à demanda social por direitos constitucionalmente assegurados, é um fator existente e que deve ser considerado no exercício do controle judicial sobre determinada ação governamental.

A possibilidade material do Estado para o atendimento de todos os direitos fundamentais sociais, de forma efetiva e a todos os cidadãos necessitados, é invocada de forma negativa pela administração pública em decorrência do quase sempre limitado orçamento, bem como a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento da decisão judicial, uma vez efetuado o controle.

Na clássica obra *“The cost of rights”*<sup>265</sup>, Cass Sunstein e Stephen Holmes trabalham a idéia da disponibilidade do orçamento suficiente para a consecução dos direitos pelo Estado, condicionando a implementação dos direitos fundamentais ao seu custo e a escassez de recursos disponíveis, devendo a decisão que intervir na política pública para determina o provimento de determinado direito fundamental considerar a escassez de recursos existente.<sup>266</sup>

Por demandarem os direitos fundamentais sociais, em sua maioria, ações positivas do ente estatal através de recursos financeiros e materiais, a efetivação de determinada política pública para o atendimento de direitos sociais pode ficar comprometida em virtude da reserva do possível, pois, não obstante serem constitucionalmente assegurados, a garantia de referidos direitos esbarra na limitação orçamentária do Estado.

---

<sup>264</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 106.

<sup>265</sup> “That rights are financed by the extractive efforts of the other branches does not mesh smoothly with judicial self-images. The problem is serious. Are judges, though nominally independent, actually dangling on purse strings? Does justice itself hinge on riders attached to spending bills? And how can a judge, given the meager information at his or her disposal (for information too has costs) and his or her immunity to electoral accountability, reasonably and responsibly decide about the optimal allocation of scarce public resources?” SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights – Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 29-30.

<sup>266</sup> SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 14-15.

Entretanto, não somente os direitos sociais de cunho prestacional, que demandam medidas positivas por parte do Estado, exigem necessária alocação de recursos materiais para sua proteção e efetivação<sup>267</sup>, pois os direitos de defesa e de liberdade, que demandam uma conduta omissiva do ente estatal na proteção dos direitos fundamentais negativos, também exigem, para serem efetivados, de recursos materiais e humanos, o que também implica em uma alocação de recursos.<sup>268</sup>

Neste diapasão, a limitação dos recursos públicos deve ser considerada, em um determinado contexto, como um limite fático à efetivação dos direitos fundamentais sociais, que demandem certa prestação positiva do Estado.

Entretanto, Osvaldo Canela Júnior lança a seguinte crítica à teoria

“Do ponto de vista do Estado social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A ausência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser atendido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público.”<sup>269</sup>

Como espécie de limite fático e jurídico para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, e possibilidade de exercício do controle judicial sobre as políticas públicas, a reserva do possível se situa ao lado do limite da razoabilidade e do pressuposto para a intervenção do mínimo existencial em todos os direitos fundamentais, não

---

<sup>267</sup> “Os assim chamados direitos sociais, particularmente os direitos à saúde, à educação e à moradia, têm uma estrutura diversa: sua realização não requer uma abstenção estatal. É necessário, entre outras coisas, que hospitais, escolas e casas sejam construídos, que médicos e professores sejam contratados e que material hospitalar e escolar sejam adquiridos. Obviamente, isso custa (muito) dinheiro.” SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599. p. 590.

<sup>268</sup> “Em linhas gerais, o argumento é simples: a realização e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso dos direitos sociais seja no dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança, necessárias para a garantia desses direitos, implicam gastos para o Estado. [...]” SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599. p. 591.

<sup>269</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

podendo ser invocada, todavia, contra a salvaguarda do núcleo central de determinado direito fundamental.<sup>270</sup>

Referido argumento contrário à efetivação dos direitos fundamentais sociais deve ser amplamente analisado e sopesado pela jurisdição ao fixar a responsabilidade estatal no cumprimento destes direitos, viabilizando o cumprimento dos preceitos constitucionais de observância aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A deliberação responsável e comprometida com o orçamento público por parte do administrador se impõe, de forma ainda mais relevante, frente à crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais que, na maioria das vezes, está diretamente ligada a carência de recursos financeiros para o atendimento das políticas sociais necessárias à garantia de uma vida com dignidade aos necessitados, o que demanda um maior aprimoramento na gestão dos recursos públicos.<sup>271</sup>

#### 4.3.2.1 Orçamento como instrumento legal para a consecução das políticas públicas e atendimento dos direitos fundamentais sociais

Intensa é a discussão doutrinária travada na atualidade relativa à capacidade sempre limitada do Estado para prover todas as necessidades sociais da coletividade, que são ilimitadas, notadamente por ser o Poder Público responsável pela realização de políticas públicas para a consecução do bem estar comum.

Em razão das limitações orçamentárias, dificilmente o Estado possui condições de promover um atendimento integral a todos os direitos fundamentais sociais demandados pela coletividade. Sendo assim, a limitada capacidade financeira do Estado para a efetivação das prestações materiais inerentes aos direitos fundamentais sociais impõe um limite fático à execução de políticas públicas, ao

---

<sup>270</sup> Osvaldo Canela Júnior lança a crítica ao que considera como pressuposto da “reserva do possível”: “O pressuposto da ‘reserva do possível’, ao considerar o orçamento como peça estanque de equilíbrio econômico-financeiro, desalinha-se da realidade principiológica do Estado social, causando a paralisação da atividade jurisdicional, em conduta que se mostra frontalmente contrária ao disposto no art. 3º da Constituição Federal.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

<sup>271</sup> “Verifica-se, pois, que a teoria da ‘reserva do possível’ traz em si o espírito estritamente liberal – ou neoliberal –, incompatível com a realidade da Constituição brasileira, porquanto pretende uma inatingível

passo que o ente estatal não dispõe de recursos existentes para a realização de todos os direitos positivos demandados pela parcela necessitada da sociedade.

Por ser um limite oponível ao controle judicial sobre as políticas públicas, a insuficiência de recursos financeiros para efetivar determinado direito deve ser suficientemente demonstrada, investigando-se a real escassez de recursos alegada, considerando que o objeto da sindicabilidade judicial é a efetivação de um direito garantido pela Constituição Federal.

Sobre a invocação do fenômeno econômico para impedir a concessão dos direitos fundamentais sociais, dispõe Osvaldo Canela Júnior

“[...] Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice.” 272

Entretanto, quanto tratar-se do núcleo central de determinado direito social, por ser integrante do mínimo existencial sem o qual não é possível garantir a dignidade humana, a escassez de recursos alegada deve ser amplamente investigada pela jurisdição<sup>273</sup>, ao passo que o dispêndio de recursos desnecessários pode ser contingenciado para o atendimento de direitos que demandem uma situação de urgência.

Lado outro poderá o magistrado, no exercício do controle judicial, sendo verificada a insuficiência imediata de recursos para o planejamento e execução de determinada política pública que não se mostre de elevada urgência, determinar a inclusão de verbas suficientes nos próximos orçamentos para sua implementação.<sup>274</sup>

---

estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado social.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

<sup>272</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

<sup>273</sup> “Ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Em um cenário de recursos escassos, no qual não há dinheiro suficiente para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos – e essa é a realidade em quase todos os países do mundo – é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.” SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599. p. 590.

<sup>274</sup> José Joaquim Gomes Canotilho trabalha a idéia da “graduabilidade de realização dos direitos sociais”, dispondo que “A gradualidade está associada, por vezes, à <ditadura dos cofres vazios>, entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado.

Referida possibilidade é expressamente prevista na proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, que será oportunamente analisada, versando em seu art. 14 que *“Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida”*.

Presente a dicotomia escassez de recursos financeiros e necessidade de efetivação de determinado direito social urgente, deverá o magistrado fazer prevalecer o direito social constitucionalmente assegurado, realinhando a política pública ou mesmo determinando a inclusão de despesas prospectivas no orçamento, considerando que este tem por objetivo a efetivação dos direitos fundamentais.

Bem esclarece Osvaldo Canela Júnior

[...] Em sendo independente, o Poder Judiciário vincula-se tão somente aos objetivos do Estado (CF, art. 3º), de tal forma que não poderá paralisar sua atividade por invocação do fator econômico. Este último interessa mais intensamente às demais formas de expressão do poder estatal, cujos entes são constitucionalmente competentes e responsáveis pelo ajuste das finanças públicas, sempre direcionado ao atendimento do bem comum.” 275

Nesta quadra, a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais não pode esbarrar, de forma intransponível, na reserva do possível, pois o orçamento é o meio destinado justamente à garantia dos direitos sociais de cunho prestacional.

<sup>276</sup>A promoção e garantia de um direito social não poderá, também, desguarnecer a efetivação de outro direito igualmente necessário, pois no plano da dimensão

---

[...]”CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 109.

<sup>275</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101-102.

<sup>276</sup> “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que 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 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.” BRASIL. STF. ADPF 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

positiva dos direitos fundamentais sociais, a efetiva garantia das condições de um padrão mínimo de vida e dignidade humana nos remete à questão do mínimo existencial.

A realização dos objetivos fundamentais da República deverá ser amplamente assegurada pelo Estado Social por intermédio das respectivas políticas públicas para a realização dos direitos sociais, utilizando-se o orçamento como instrumento concreto para o atingimento de sua finalidade, devendo o Administrador Público, no exercício de suas atribuições constitucionais, promover os rearranjos orçamentários necessários para a materialização dos direitos fundamentais sociais.<sup>277</sup>

Com relação aos gastos públicos necessários à efetivação do mínimo existencial, devem ser minimizados os efeitos da reserva do possível, considerando ainda a possibilidade de redirecionamento de recursos disponíveis<sup>278</sup> ou utilizados em outras esferas para o atendimento do mínimo existencial, priorizando-se os direitos constitucionalmente assegurados em detrimento de imposições orçamentárias.<sup>279</sup>

Todavia, não se pode olvidar que o controle jurisdicional deve objetivar sempre minimizar o impacto orçamentário ao realinhar a alocação de recursos de determinada política pública, sob pena de se inviabilizar a o planejamento e execução de outras políticas sociais igualmente importantes para a satisfação de determinados direitos. Conforme dispõe com propriedade Américo Bedê Freire Júnior, “[...] O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo

---

<sup>277</sup> “[...] Em segundo lugar, se há um núcleo essencial de prestação, então, deve colocar-se o problema da *aplicabilidade* directa das normas constitucionais garantidoras das prestações essenciais constitutivas deste núcleo. Esgrimir aqui com as tradicionais ‘reservas’ – ‘reserva de lei’ constitutiva das prestações e ‘reserva do possível’ em termos econômicos e financeiros’ – significaria que bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 266.

<sup>278</sup> “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

<sup>279</sup> “[...] Na análise dos bens jurídicos envolvidos, prestigiará o julgador os supremos valores consignados na Constituição, fazendo prevalecer o direito fundamental violado em detrimento da pretensa estabilidade orçamentária do Estado.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.”<sup>280</sup>

Não obstante a necessária prudência imprescindível ao magistrado ao proferir sua decisão, aduz Osvaldo Canela Júnior

“Quanto ao impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenarem a satisfação dos direitos fundamentais sociais, cumprirá aos agentes públicos, no exercício das atividades legislativas e administrativas, promover o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. [...]”<sup>281</sup>

Aderimos, portanto, ao entendimento manifestado por parte da doutrina que propugna pela possibilidade de imediata judicialização do direito, em detrimento do limite da reserva do possível, sempre que o direito social tutelado for integrante do núcleo essencial ligado ao mínimo existencial, cuja pretensão seria imediatamente tutelável, enquanto que para os demais direitos fundamentais sociais o limite da reserva do possível continuaria como um limite a ser observado.

Conforme versa o art. 5º, parágrafo 1º, da proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, que será objeto de análise em capítulo específico, “*Se o pedido envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do caput deste artigo*”.

Nas situações em que o óbice da reserva do possível for imposto pelo Estado contra a efetivação de direitos sociais, cuja satisfação seja imprescindível para se garantir a vida e a dignidade da pessoa humana, deverá prevalecer a satisfação do direito social prestacional, cabendo ao controle judicial impor ao Estado a realização da prestação constitucionalmente assegurada.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

<sup>281</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

<sup>282</sup> “[...] Caso o Poder Judiciário absorva as injunções econômicas do orçamento como critério para a concessão dos direitos fundamentais, estará se desviando dos objetivos do Estado e, por via de conseqüência lógica, perdendo

O limite da reserva do possível deverá sempre ser analisado detalhadamente a luz do caso concreto, de acordo com as peculiaridades da demanda e as justificativas apresentadas pelo Estado, ponderando-se os direitos constitucionalmente previstos<sup>283</sup> e as obrigações estatais na formulação e execução das políticas públicas frente às exigências advindas do Estado Democrático de Direito, devendo o administrador público garantir os direitos constitucionais por meio das políticas públicas.

Assim, o controle jurisdicional de políticas públicas se torna uma realidade, desde que presente seu pressuposto de violação do mínimo existencial e observados os limites da razoabilidade e da reserva do possível, requisitos estes que legitimarão o Judiciário a sindicá-lo seu planejamento e execução com o fito de adequar o ato administrativo às exigências constitucionais.<sup>284</sup>

---

a sua independência institucional.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105-106.

<sup>283</sup> “O orçamento, assim como qualquer ato estatal, deve estar estritamente vinculado aos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Tal afirmação é consentânea com o pressuposto inarredável de que os fins do Estado somente poderão ser efetivamente atingidos por meio da utilização dos dinheiros públicos.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

<sup>284</sup> “Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.” BRASIL. STF. ADPF 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

## **5 CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Inegável que a efetividade do direito social à saúde é fortemente impactada pelas profundas desigualdades sociais inerentes à sociedade brasileira, tornando-se sua ampla promoção e garantia a todos um dos maiores desafios a ser assumido pelas políticas públicas no campo da saúde pela sociedade contemporânea.

Tratando-se de um direito inerente à própria vida, bem maior da pessoa humana, o direito à saúde é constitucionalmente garantido a todos, sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira a assegurá-la expressamente como direito fundamental.

Sendo um direito público subjetivo do cidadão, a saúde é um direito não somente consectário da vida humana, mas também da dignidade da pessoa, cabendo ao Estado (União Federal, estados e municípios) prover as condições indispensáveis ao pleno exercício deste direito, seja para o fornecimento de determinado tratamento médico, medicamentos, exames médicos, internação hospitalar, procedimento cirúrgico ou qualquer outro mecanismo necessário a conferir ampla proteção do direito à saúde.<sup>285</sup>

Previsto no art. 6º da Constituição Federal, o direito à saúde integra o rol dos direitos sociais do cidadão, tratando-se ainda de um direito fundamental do homem, razão pela qual possui aplicabilidade imediata, a teor do preconizado pelo § 1º do art. 5º da Constituição. Situa-se a saúde entre os bens intangíveis mais preciosos do homem, indissociável do direito à vida, um direito de todo cidadão e dever do Estado, devendo receber uma eficiente tutela estatal protetiva mediante políticas públicas destinadas à sua promoção ampla.

A vigente Constituição Federal de 1988 além de incluir o direito à saúde entre os direitos sociais, também destinou o Título VIII, Capítulo II, Seção II, arts. 196 ao 200

---

<sup>285</sup> Destaca Flávia Piovesan que “Reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, e determinam o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, portadoras do vírus HIV e a portadoras de outras doenças graves. [...] No mesmo sentido, as decisões do Superior Tribunal de Justiça endossam o direito à saúde como dever do Estado, que ‘deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento’. [...]” PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e

para tratar exclusivamente de tal direito, versando o art. 196 que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O direito público subjetivo à saúde deve ser assegurado a todos por comando constitucional expresso, por ser um bem jurídico constitucionalmente tutelado e indisponível, cabendo ao poder público assegurar o gozo e fruição do aludido direito por intermédio de políticas públicas planejadas e executadas de forma eficiente.

Por ter consagrado a Constituição como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, bem como o art. 5º, *caput*, garantir a todos o direito à vida, o direito à saúde qualifica-se como direito indissociável do direito à vida e a dignidade humana, constituindo o acesso universal e igualitário à saúde um direito fundamental de todos os cidadãos, caracterizando qualquer ação ou omissão estatal, que viole referida garantia, uma conduta inconstitucional.

Com a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), a atuação estatal no campo da saúde foi direcionada às esferas da manutenção, recuperação e promoção da saúde, com um sistema de atenção e cuidados baseado no acesso universal e integral das ações de vigilância e promoção da saúde a todos.

Sendo assim, o direito à saúde, diretamente relacionado à qualidade de vida e aos padrões mínimos de dignidade da pessoa humana, deve ser garantido por meio de ações integrais que proporcionem o funcionamento eficiente do sistema de atenção e cuidados à saúde, visando sempre a efetivação ampla do referido direito.

O art. 196 da Constituição constitui norma de direito público subjetivo, sendo garantidor do direito à saúde e municiando o cidadão a exigir prestações positivas do Estado tendentes à satisfação integral do aludido direito social, correspondendo o planejamento e execução de políticas sociais nesta área um dever jurídico estatal, por possuir referida norma eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Conforme amplamente analisado, a efetivação do direito à saúde, desde que a pretensão integre o núcleo central do mínimo existencial, independe de previsão orçamentária, sendo exigível do Estado sua plena efetivação por intermédio da respectiva prestação positiva, sempre que for altamente necessária ou existir risco à vida ou dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, salienta Ingo Wolfgang Sarlet

“Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial), será violada, a depender da hipótese, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela como sendo em geral inadmissível. [...]” 286

O reconhecimento do direito à saúde em sua efetividade máxima pela Constituição decorre da sua indissociabilidade do direito à vida e à dignidade humana, sendo um dever constitucional do Poder Público ampliar o acesso aos serviços de saúde para não se restringir somente aos casos de grave risco à vida, devendo assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar a todos.

O Estado deve planejar e executar políticas públicas destinadas a assegurar desde os níveis mais básicos de cuidados à saúde até os mais complexos, garantindo assistência médica integral e contínua no atendimento das necessidades do paciente, razão pela qual afigura-se indiscutível a possibilidade de judicialização do direito à saúde por intermédio da tutela jurisdicional.

## 5.1 PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E UNIVERSALIDADE DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

A integralidade e a universalidade foram erigidos à categoria de princípios constitucionais informadores do direito à saúde, os quais maximizam a relevância no eficiente planejamento e execução de políticas públicas voltadas à garantia do gozo e fruição deste direito fundamental social.

---

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-106. p. 87.

A correta compreensão do conteúdo destes princípios constitucionais informadores torna-se de fundamental importância para a determinação do grau de exigência com relação ao cumprimento do direito à saúde pelo Estado, bem como as consequências da judicialização deste direito.

Propugna o princípio da universalidade do direito à saúde que a prestação deste direito alcance a todos os cidadãos titulares dos direitos sociais, indistintamente, devendo a prestação dos serviços públicos na área da saúde garantir o “acesso universal e igualitário” às ações voltadas à sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196<sup>287</sup> da Constituição Federal.

A universalidade da cobertura e atendimento à saúde pela seguridade social está expressamente prevista no inciso I do art. 194<sup>288</sup> da Constituição, que garante a gratuidade do acesso aos serviços necessários que deve ser promovida por políticas públicas planejadas e executadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS)

A idéia de universalidade, atrelada à necessária gratuidade do sistema, visa a garantir o acesso aos bens e serviços no sistema de saúde pública a todos, independentemente de qualquer condição distintiva, com a qual se objetiva alcançar uma maior coesão social e a observância ao princípio da isonomia.

A dicção constitucional que propugna o “acesso universal e igualitário” deve atentar-se para as diferentes carências e necessidades apresentadas pelos diversos grupos sociais quando da formulação e implementação de políticas públicas de saúde, devendo ser considerada a diversidade cultural, social e econômica dos grupos destinatários para o pleno atendimento deste direito social.

Portanto, a universalidade compreende a garantia de acesso aos serviços de saúde a todos, sem qualquer exceção, englobando todos os níveis de assistência e de qualquer espécie, a ser garantido mediante ações e serviços individuais e coletivos na formulação e execução das políticas e programas de saúde.

---

<sup>287</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>288</sup> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento;

A previsão legal da integralidade, como princípio constitucional informador das políticas públicas de saúde, está contida no inciso II do art. 198 da Constituição, cuja expressão “atendimento integral” deve ser interpretada com a compreensão da integralidade de ações governamentais na garantia deste direito social, conjugando as políticas públicas medidas gerais e específicas para articular ações de qualquer grau de complexidade e humanização dos serviços de saúde.<sup>289</sup>

A eficácia e efetividade do direito fundamental social à saúde perpassa, necessariamente, por estes princípios informadores das políticas públicas, delineando a universalidade e integralidade as dimensões deste direito social e a importância de políticas públicas planejadas e executadas para sua garantia plena.

Em suma, por vezes chamados de princípios ideológicos, a universalidade propugna ser a saúde um direito de todos, conforme preceitua a Constituição Federal, devendo o Estado promover e garantir o gozo e fruição do referido direito em sua plenitude, ao passo que a integralidade faz com que o direito à saúde abarque todos os meios necessários à sua promoção, sejam por meios curativos ou preventivos, tanto individuais quanto coletivos.

## 5.2 CONSEQÜÊNCIAS DO PROVIMENTO JURISDICIONAL CONCEDIDO EM DEMANDAS INDIVIDUAIS PARA A GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Conforme já salientado, o direito à saúde deve ser amplamente garantido pelo Estado aos cidadãos, por intermédio de eficientes políticas públicas, que assegurem o acesso universal e igualitário a todos os serviços que englobem a proteção deste direito fundamental social, consectário da vida.

Entretanto, o que se visualiza hodiernamente é a judicialização massificada do direito à saúde por intermédio de demandas individuais, levando ao Poder Judiciário

---

<sup>289</sup> “[...] a manutenção de um programa de proteção social, especificamente voltado à saúde, previdência e assistência social não está limitada pela indicação precisa da fonte dos recursos, na medida em que o legislador impõe a manutenção destes programas, independente da previsão específica na lei orçamentária anual para atender a estas despesas. Um programa de proteção social que tenha sido criado, por exemplo, com a finalidade de assegurar medicamentos especiais gratuitos a todos que deles necessitem não está jungido pelos limites impostos pela lei de responsabilidade fiscal, motivo pelo qual os recursos deverão ser disponibilizados diretamente do orçamento, mesmo que em prejuízo de outras rubricas já aprovadas. [...]” APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 176-177.

demandas judiciais em sua maioria de cunho individual, e não coletivo<sup>290</sup>, para a proteção do direito à saúde, notadamente relativas ao fornecimento de medicamentos, internações hospitalares, custeio de tratamentos médicos, entre outras.

A necessidade de satisfação geral do direito à saúde é trabalhada por Osvaldo Canela Júnior da seguinte forma

“Esta especial peculiaridade dos direitos fundamentais sociais exige que as formas de expressão do poder estatal realizem políticas públicas para a sua satisfação geral, e não meramente individual. O direito à saúde, muitas vezes garantido pela concessão de determinado medicamento ao portador de patologia específica, não será satisfeito com o provimento de índole meramente individual. É imprescindível que todos os portadores da patologia possam dispor do mesmo medicamento em questão, a fim de que o princípio da igualdade substancial seja plenamente atingido.”<sup>291</sup>

A decisão judicial, nestes casos, abarca somente a pretensão individual, determinando ao ente público que assegure a pretensão relativa à saúde do cidadão demandante, oportunidade na qual o Poder Judiciário intervêm, mesmo que por via reflexa, na política pública já empreendida pelo Estado para aquela área, correndo sérios riscos de causar uma defasagem orçamentária ao compelir o órgão público a cumprir o comando judicial individualizado.

As tutelas de saúde para a efetivação deste direito social, seja para o custeio de tratamentos, cirurgias, fornecimento de medicamentos, ou outras medidas, acarreta o desenfreado provimento judicial liminar em demandas individuais, fenômeno este observado largamente na atualidade e que tem sofrido duras críticas sob o manto de uma possível “judicialização” da saúde.<sup>292</sup>

A pretensão individual, na maioria das vezes, não tem o condão de exaurir a cognição relativa ao pedido e suas especificações, pois a jurisdição não está amparada com o conhecimento técnico necessário relativo aos tratamentos médicos

---

<sup>290</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-70. p. 64.

<sup>291</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

<sup>292</sup> “[...] Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto – como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde – implicará a realocação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. [...]” APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 187.

ou uso de medicações, que sofrem contínuas modificações com a evolução da medicina, seja através da substituição, acréscimo ou fabricação de determinado medicamento, sempre mais eficazes que os anteriores.

Assim, o conhecimento técnico adquirido através da cognição exauriente contribuiria, por exemplo, para se verificar a compatibilidade do paciente com o medicamento ou procedimento pleiteado, bem como a possibilidade de sua substituição por outro menos oneroso para o Poder Público e de igual efeito no tratamento pretendido.

A crítica lançada contra o que chamam de “judicialização” da saúde se fundamenta justamente no dispêndio de recursos orçamentários que são destinados ao cumprimento das decisões judiciais individualmente concedidas, haja vista que a atual inoperância do sistema público de saúde faz com que as pretensões de satisfação deste direito social ultrapassem a esfera administrativa e cheguem à esfera judicial, valendo-se o cidadão do processo judicial para efetivar seu direito.

Neste contexto, para a defesa dos interesses da coletividade, objetivando alcançar o caráter universal e igualitário do direito à saúde, mister a atuação desenvolvida pelos legitimados a atuar em nome de toda a coletividade.

Nesse contexto, a atuação do Ministério Público<sup>293</sup>, seja por intermédio de elaboração de TAC - Termo de Ajustamento de Conduta ou pelo ajuizamento da Ação Civil Pública (ACP) na defesa dos direitos e interesses coletivos, confere proteção jurídica aos interesses e direitos metaindividuais.

A universalidade do acesso à saúde, que deve ser garantida a todos de forma igualitária, apresenta-se mais compatível com os instrumentos coletivos para a judicialização deste direito, quando violado por ação ou omissão estatal, ao passo que o rol de legitimados à propositura das medidas coletivas cabíveis atua sempre na defesa do interesse de toda a coletividade, sendo que, no caso da saúde, salvaguardaria o direito a todos indistintamente.

---

<sup>293</sup> “As ações civis públicas, quando propostas com a finalidade de exercer o controle das políticas sociais da Administração Pública e, com especial ênfase, às omissões do Poder Público no adimplemento dos deveres sociais, geralmente são promovidas pelo Ministério Público. Note-se que não se trata de uma tutela direta a um direito fundamental individual, mas sim, uma tutela coletiva visando a implementação de políticas sociais voltadas à universalidade dos cidadãos, de modo que os direitos fundamentais individuais, como o direito à vida (CF/88, art. 5º) somente de forma indireta serão tutelados.” APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 182.

### 5.2.1 Impacto orçamentário

Para a efetivação plena do direito social à saúde, seus titulares, em sua maioria individualmente considerados, buscam a tutela judicial para a obtenção do acesso a tratamentos ou medicamentos por intermédio de demandas individuais, as quais acarretam inegáveis conseqüências orçamentárias para a execução de políticas públicas em favor de toda a coletividade.

O impacto orçamentário decorre da necessidade premente de cumprimento das determinações judiciais com recursos financeiros que não estavam previstos no orçamento, compelindo o administrador público a remanejá-los para o cumprimento imediato da decisão para salvaguardar o direito pleiteado, ou mesmo incluir determinada verba em orçamentos subseqüentes.<sup>294</sup>

Conforme já analisado, a capacidade limitada do Estado para prover todas as necessidades sociais da coletividade é fato notório, não possuindo o Poder Público importe financeiro para a realização de políticas públicas objetivando assegurar todos os direitos sociais, razão pela qual determinados direitos, como o direito à saúde, ficam muitas vezes prejudicados em razão das limitações orçamentárias.

Inegável que, uma vez configurada a situação de urgência na efetivação do direito social à saúde, deverá o magistrado assegurar liminarmente o referido direito, consectário da vida e dignidade humana, determinando o cumprimento do referido direito fundamental social independentemente de previsão orçamentária.<sup>295</sup>

Entretanto, ao determinar o magistrado a efetivação do direito à saúde em uma demanda individual, tutelando o direito de um indivíduo isoladamente considerado, haverá necessário dispêndio de recursos financeiros pela administração pública para

---

<sup>294</sup> “A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente. Exemplo dessa situação pode ser a decisão judicial que determina que seja realizada a construção de uma escola. Ora, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da construção da escola pode ser materializado no próximo ano, evitando-se o conflito com a falta de previsão orçamentária.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

<sup>295</sup> “Por outro lado, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou cirurgia, haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou outra regra que serviu de suporte para o magistrado determinar a implementação da política. Nestes casos, haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

a efetivação deste direito, podendo ocasionar, em razão de multiplicação constante de demandas judiciais individuais, um déficit orçamentário para o planejamento e execução de políticas públicas direcionadas a toda a coletividade.

Sobre o exame das tutelas de urgência, especial atenção manifesta Osvaldo Canela Júnior

“Entrementes, conquanto o Poder Judiciário não esteja vinculado às injunções de ordem econômica e político-partidária, como já afirmado, recomenda-se especial cautela no exame das tutelas de urgência que envolvam a concessão antecipada de direitos fundamentais sociais. Deve existir um correto dimensionamento das tutelas de urgência, em matéria de direitos fundamentais sociais, na medida em que sua interferência no orçamento é imediata, o que pode gerar distúrbio nas demais atribuições do Estado, muitas vezes sem possibilidade de reversibilidade do provimento. Esta situação repercute diretamente na harmonia orçamentária que sustenta a concessão espontânea de outros direitos fundamentais, de forma que deve constituir exceção, e não regra.” 296

Desta forma, a promoção do direito social à saúde para um indivíduo isoladamente considerado, mediante determinação judicial obtida em uma demanda individual, poderá ocorrer em detrimento da promoção do mesmo direito a toda a coletividade, considerando a limitada capacidade financeira do Estado para a efetivação da aludida prestação material.<sup>297</sup>

Essa crítica também é lançada com propriedade por Virgílio Afonso da Silva

“Diversos exemplos das conseqüências do que eu chamaria de ‘ativismo judicial despreparado’ podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou mesmo em outras áreas), mesmo que eles consigam ‘resolver’ alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais. [...]” 298

A máxima eficácia e efetividade do direito fundamental social à saúde deve ser alcançada de forma coletiva, garantindo-se o gozo e fruição deste direito a todos os

---

<sup>296</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

<sup>297</sup> “Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver. [...]” APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 184.

<sup>298</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599. p. 596.

cidadãos indistintamente, vez que assim fora constitucionalmente assegurado, não devendo o orçamento representar, pura e simplesmente, um óbice à garantia deste direito social de cunho prestacional.

Entretanto, a promoção reiterada do direito à saúde por intermédio de tutelas individuais, não poderá desguarnecer a efetivação do mesmo direito a toda a coletividade, razão pela qual a insuficiência de recursos financeiros, suscitada pelo Estado e sua defesa na demanda individual, deverá ser superada pela coletivização do direito à saúde a ser assegurado, mediante sua efetivação de forma universalizada, conforme preceituado pela Constituição Federal.

Sendo assim, a extensão dos efeitos da tutela a toda a coletividade, reiteradamente concedida em demandas individuais, objetivará sempre minimizar o impacto orçamentário que o cumprimento das determinações judiciais individualizadas pode acarretar no orçamento, muitas vezes inviabilizando o planejamento e execução de políticas públicas ordenadas para salvaguardar o mesmo direito em favor de toda a coletividade.

### **5.2.2 Paradoxo da desigualdade**

Eleita pelo Estado Liberal como o direito fundamental de maior relevância, a liberdade garantida ao cidadão pela contenção do abuso de poder estatal não mais se tornou o foco exclusivo do Estado Social, passando este a proteger também a igualdade substancial em seu viés material, mediante a atuação positiva do Estado para reduzir as causas da desigualdade social.

Ao Estado Democrático de Direito cabe, como dever constitucionalmente imposto, a execução dos atos materiais necessários para a consecução efetiva da igualdade substancial, por estar o Estado atrelado à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais.<sup>299</sup> Assevera Marcus Orione Gonçalves Correia que “[...] a idéia de igualdade

---

<sup>299</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

é capital para a construção de qualquer teoria da justiça, especialmente a partir da emergência na noção de Estado Democrático de Direito.”<sup>300</sup>

Dispondo sobre o dever constitucional do Estado de promover a isonomia, assim versa Eduardo Appio

“A proteção da isonomia constitucional se apresenta, portanto, como uma injunção necessária decorrente do próprio art. 5º da Constituição Federal de 1988. Muito embora a formulação de uma política pública seja responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, a sua execução demanda um tratamento isonômico que será assegurado pelo Poder Judiciário através de uma concepção substancial do papel da Constituição.”  
301

A garantia material da igualdade demanda o planejamento e execução de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do cidadão, mediante a garantia de condições materiais mínimas para uma vida digna, sendo-lhe garantida a efetiva condição de cidadão.

A garantia destes direitos deve abranger, portanto, a todos indistintamente, já que os direitos fundamentais sociais atingem um número indeterminado de pessoas, abrangendo toda a sociedade, sendo determinar todos os seus beneficiários na relação jurídica processual, enquadrando-se, portanto, no rol dos interesses e direitos difusos.

Os direitos fundamentais sociais têm por desiderato o pleno desenvolvimento da igualdade substancial de todos os integrantes da sociedade, mediante a disponibilização dos bens e serviços necessários à garantia de uma vida com padrão digno, não se concebendo a existência de titularidade exclusiva de determinados indivíduos ou grupos sociais, ao passo que se constituem direitos difusos de titularidade de toda a sociedade.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-163. p. 158.

<sup>301</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011. p. 174.

<sup>302</sup> “Como técnica de efetivação da justiça social a serviço do direito, será exatamente nos direitos sociais em geral [...] que a utilização do postulado da igualdade revelará a sua maior eficiência. Isso, inclusive, para fins de justiça distributiva, uma das armas mais eficientes na consolidação da solidariedade – tando como conceito jurídico quanto sociológico.” CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-163. p. 163.

Todavia, a garantia da igualdade substancial esbarra no fenômeno crescente da judicialização individual dos direitos fundamentais sociais, notadamente nas demandas que objetivam o provimento na área da saúde, pois o exercício individual do direito de ação para a garantia deste direito social, que constitui direito difuso e, por conseqüência, deve ser garantido a toda a sociedade, cria um sério paradoxo da desigualdade.

Sobre o paradoxo da desigualdade criado pelo crescente número de demandas individuais para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, dispõe Osvaldo Canela Júnior

“Tal situação criou um sério paradoxo, pois, ao se conceder individualmente ao cidadão direito social, possibilita-se uma nítida distinção entre os que obtiveram a satisfação da pretensão e os que não a obtiveram. Neste contexto, o Poder Judiciário, de forma reflexa, não reduz a desigualdade – mesmo fazendo atuar o ordenamento jurídico -, porquanto apenas uma parcela mínima dos cidadãos terá garantido o direito postulado.” 303

A satisfação dos direitos fundamentais sociais visa, além de garantir padrões de vida digna a todos os cidadãos, alcançar a igualdade substancial como objetivo inerente ao Estado social, pois a titularidade dos direitos sociais é de toda a sociedade sem qualquer distinção, constituindo sua concessão individual uma forma reflexa de discriminação com relação aos demais titulares, o que não contribui para a realização da igualdade substancial.

A reiterada concessão individual do direito social à saúde em demandas individualmente consideradas, sem a devida universalização do referido direito a todos os seus titulares, gera o chamado paradoxo da desigualdade, considerando que a concessão judicial deste direito fundamental social de forma pontual não compele o Estado a realinhar suas políticas públicas em favor de toda a sociedade.

A solução mais adequada para a efetivação do direito social à saúde, a ser conferida pelo Poder Judiciário, deverá ocorrer mediante a correção e realinhamento das políticas públicas visando sempre alcançar uma solução com a máxima amplitude social, com a garantia e efetivação do referido direito a todos os seus titulares indistintamente.

---

<sup>303</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 144.

Neste contexto, mostra-se imprescindível analisar a possibilidade de extensão dos efeitos do provimento judicial, concedido em uma demanda individual pleiteando a efetivação do direito social à saúde, mediante a adaptação do referido provimento para que seja estendido a toda coletividade, considerando o caráter difuso do direito à saúde, bem como para elidir a possibilidade de violação da igualdade substancial.

## 6 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL NO PROVIMENTO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Conforme objeto de análise já detalhada, o direito social à saúde, como um direito público subjetivo do cidadão conseqüente da vida humana e da dignidade da pessoa, demanda uma ampla e eficiente tutela do Estado mediante a realização de políticas públicas destinadas à sua promoção, pois, enquanto direito social, a saúde está entre os bens intangíveis mais preciosos do homem.

Tendo como princípios informadores a integralidade e a universalidade, o direito social à saúde tem como destinatário um grupo indeterminado de pessoas, considerando ser de titularidade de todo cidadão indiscriminadamente. Tendo como titularidade todos os membros da sociedade, o direito à saúde enquadra-se na categoria jurídica de direitos difusos<sup>304</sup>, considerando a impossibilidade de determinação dos seus destinatários.

Na conceituação de Ada Pellegrini Grinover,

“[...] os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas e indetermináveis, uma vez que inexistente qualquer relação jurídica-base que una seus membros do grupo: são os direitos relativos à qualidade de vida, como os próprios do meio ambiente, dos consumidores, dos usuários de serviços públicos etc. [...]” 305

Ainda sobre o conceito de direitos ou interesses difusos, tratado sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, leciona Kazuo Watanabe

“Na conceituação dos interesses ou direitos ‘difusos’, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo. [...] Nos interesses ou direitos ‘difusos’, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já foi visto, a determinação dos titulares.” 306

Referem-se, portanto, os direitos difusos à categoria de direitos pertencentes a uma indeterminação de indivíduos que, por sua vez, não são ligados por qualquer relação

---

<sup>304</sup> “Aliás, tenho sustentado, em minhas aulas de pós-graduação, que a conceituação de interesses difusos e coletivos, do art. 81, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor é uma conceituação de *direito material*, pois antes mesmo que surja o processo, e independentemente dele, pode nascer o conflito sociológico. E a norma de direito material define quais são os direitos tutelados.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 55.

<sup>305</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 232.

jurídica-base e cuja indivisibilidade do bem jurídico é característica inerente ao direito material tutelado.

A efetivação plena do direito social à saúde demanda o manejo de instrumentos processuais que atendam seus princípios informadores, ou seja, que possuam alcance coletivo e acolham os interesses difusos, pois referido direito possui titularidade indeterminada inerente a todos os cidadãos, sendo toda a pessoa humana destinatária da proteção à saúde.

Entretanto, o processo coletivo, tal como vislumbrado na atualidade judiciária, não tem sido corretamente utilizado para tutelar os direitos fundamentais sociais, notadamente o direito à saúde, que ainda se manifesta amplamente em demandas de natureza individual, cujas implicações no âmbito orçamentário para o atendimento dos demais direitos sociais à coletividade podem ser nefastas.

Não obstante a restrição relativa ao objeto da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), defende a moderna corrente processualista que não se pode considerar que o instrumento para a realização do direito material o defina, pois o direito substancial é que deve definir o instrumento processual utilizável.<sup>307</sup>

A imperiosa necessidade em se realinhar o objeto da ação civil pública com os objetivos da República Federativa do Brasil, na proteção aos direitos fundamentais sociais, demanda uma renovação do alcance da jurisdição constitucional, com o fito de ampliar a concessão pela jurisdição destes direitos subjetivos, constitucionalmente garantidos, no que concerne ao alcance de seus destinatários.<sup>308</sup>

A utilização da ação civil pública como instrumento processual hábil a tutelar as políticas públicas, notadamente na proteção do direito social à saúde, deve ser empreendida em sua plenitude para a realização plena e efetiva deste direito

---

<sup>306</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini (et all). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto, 9º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 820-823.

<sup>307</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

<sup>308</sup> “A ausência de consignação, no art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, dos direitos fundamentais sociais, como objeto da ação coletiva, não afasta o cabimento do uso deste instrumento para a respectiva defesa. Aplica-se, *in casu*, o princípio da não resistência instrumental à efetivação dos direitos fundamentais sociais.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

fundamental social pelo Estado, objetivando alcançar o Estado de bem-social assegurado pelo art. 3º da Constituição Federal.

A possibilidade de controle das políticas públicas como objeto da ação civil pública, portanto, é um fenômeno imprescindível para a avaliação e realinhamento de determinada política planejada e executada pelo Poder Público que viole direitos fundamentais sociais.

Alcançar a melhor forma de se tutelar os interesses coletivos e difusos abrangidos por determinada política pública, garantindo-se a plena satisfação dos direitos fundamentais sociais, impõe que o campo de atuação da ação civil pública seja também destinado ao controle judicial de políticas públicas, com o objetivo de garantir uma maior efetividade do direito social à saúde, assegurado no art. 6º da Constituição Federal.<sup>309</sup>

Nas ponderadas palavras de Osvaldo Canela Júnior

“A ação coletiva, por conseguinte, em especial a ação civil pública, deve ser visualizada como mero instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, permitindo-se a maior fluência dos institutos e categorias jurídicas necessários à respectiva realização.” 310

A ausência de inserção expressa para o exercício do controle de políticas públicas como objeto da ação civil pública no Brasil decorre da desconexão existente entre o direito constitucional e o direito processual, o que demanda uma ampliação de seu objeto para a evolução da ciência processual.

Assegurar a efetivação coletiva do direito social à saúde visa, conforme objeto de análise pretérita, a garantir a igualdade substancial através da efetivação deste direito social que, por constituir um direito difuso, deve ser assegurado a todos os membros da sociedade, o que não ocorre com o fenômeno da crescente da judicialização individual desse direito, acarretando o paradoxo da desigualdade.

Imperiosa é a necessidade de concessão universalizada do direito social à saúde por intermédio das ações coletivas, para que a satisfação deste direito não ocorra,

---

<sup>309</sup> “Verifica-se o cabimento da ação civil pública com o objetivo de implantação ou correção de políticas públicas, permitindo que o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 98.

<sup>310</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130.

tão somente, em demandas individualmente consideradas, constituindo sua concessão individual uma forma de discriminação com relação aos demais titulares, não contribuindo para a realização da igualdade substancial.

Necessário se faz, portanto, delinear as possibilidades de coletivização do instrumento processual individual suscitado para o controle judicial de políticas públicas, possibilitando a concessão coletiva do gozo e fruição do direito social pleiteado.

#### 6.1 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE MÁXIMA EFICÁCIA E ALCANCE SOCIAL NA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS

Inegável que a existência de direitos difusos, que abrangem uma indeterminação de destinatários, demanda um instrumento processual que tutele o direito pleiteado de forma efetiva, notadamente quando se refere ao direito à saúde, consectário da vida que é o bem mais precioso da pessoa humana.

A máxima eficácia do direito à saúde, a ser garantida a todos os indivíduos coletivamente considerados, decorre justamente da premente necessidade em se tutelar o referido direito social de forma coletiva, considerando seu caráter universal constitucionalmente previsto, sendo que a pretensão externada na área da saúde ultrapassa a esfera do interesse individual, invadindo, inevitavelmente, a esfera coletiva.

A tutela do direito à saúde, mesmo que individualmente concedida em uma demanda de natureza individual, acaba por invadir a esfera dos interesses coletivos, seja na violação da igualdade substancial ao se conceder determinada prestação material na área da saúde somente para indivíduos determináveis, ou mesmo no impacto orçamentário que o cumprimento de determinada prestação material individual acarretará no importe financeiro destinado à execução de uma política pública, voltada aos interesses de toda a sociedade.

Mister registrar que a possibilidade de se judicializar o direito à saúde por intermédio de demandas individuais, através do direito de ação previsto na Constituição, também contribui de forma considerável para compelir o Poder Público a realinhar

determinada política em favor de toda a sociedade, conforme bem demonstra Flávia Piovesan

“As demandas são, sobretudo, individuais. Importa realçar, especialmente no caso das demandas individuais a respeito de fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV, que essa foi, inclusive, uma estratégia de litigância. Isto é, optou-se por demandas individuais em detrimento das coletivas, sob o risco de as últimas serem afastadas pelo Poder Judiciário, ainda com elas pouco familiarizado, temendo, inclusive, o amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo. Os ganhos judiciais individuais é que propiciaram a resposta legislativa universal, mediante a adoção de lei que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV. Ou seja, em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema único de Saúde fornecer toda medicação necessária a seu tratamento.”<sup>311</sup>

A judicialização maciça individual para a tutela de determinada prestação material na área da saúde pode compelir o Estado a beneficiar, de forma administrativa e posterior, toda a sociedade, mediante o realinhamento da política para a efetivação coletiva em favor de todos os destinatários.

Desse modo, o interesse comum relativo à satisfação plena do direito social à saúde, deve ser juridicamente amparado de forma igualitária, mesmo sendo judicializável em uma demanda de natureza individual, pois a ampliação do âmbito de proteção jurídica do referido direito fundamental é medida que se impõe em decorrência da essencialidade deste direito.

Para se garantir a igualdade substancial na proteção do direito fundamental, decorrente da intervenção judicial na referida política pública, é possível o manejo de qualquer espécie de ação individual tendente a propiciar a efetivação do direito tutelado, ou seja, pode ser utilizada a via processual que se mostrar mais adequada.

Em uma interpretação sistemática do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição), verifica-se que “O legislador cuidou, assim, de tornar mais explícito

---

<sup>311</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-70. p. 69.

ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados pelo sistema.”<sup>312</sup>

Nesse sentido, a tutela dos interesses difusos e coletivos poderá ser demandada por intermédio de Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação popular e Ação de Improbidade Administrativa, que serão destinadas a provocar o controle judicial sobre determinada política pública.<sup>313</sup> No entanto, afigura-se mais pertinente a provocação do referido controle judicial por meio da Ação Civil Pública.<sup>314</sup>

Mister salientar que a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, que será objeto de análise posterior, preconiza em seu art. 2º que “*Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos*”, ratificando a aplicação do princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos fundamentais sociais afetados pelo objeto da demanda.

Sobre a utilização das espécies de ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública, como o instrumento processual de melhor alcance para a tutela dos direitos fundamentais sociais, menciona Osvaldo Canela Júnior

“A lesão a direitos fundamentais sociais – e de outras gerações -, entendidos como interesses ou direitos difusos, deve ser examinada e eventualmente reparada por meio do processo coletivo, instrumento tecnicamente apto à efetivação daqueles direitos. No atual quadro de instrumentos processuais que se encontram no âmbito do processo coletivo, certamente a ação civil pública é a via adequada, mesmo que ainda não adaptada, para a proteção dos direitos fundamentais sociais.”<sup>315</sup>

Inegável, portanto, que os instrumentos processuais coletivos são os mecanismos mais eficazes na tutela dos direitos fundamentais sociais, dada sua natureza de

---

<sup>312</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 52.

<sup>313</sup> “O princípio é certamente aplicável a todos os direitos e interesses, violados ou ameaçados, mesmo fora das relações de consumo. Aliás, não custa lembrar que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor se aplicam à tutela de qualquer direito ou interesse coletivo (*lato sensu*), por força da correlação estabelecida pelo art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo nº 164 - out de 2008. p. 53.

<sup>314</sup> “A Lei 7.347-85, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, e as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078-90) formam um sistema integrado de disciplina do processo voltado à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.” GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

<sup>315</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

direito difuso que demanda uma tutela universalizada, tornando-se necessária a adaptação destes instrumentos processuais para que o provimento judicial alcance toda a sociedade.

Sendo toda a sociedade titular do direito à saúde, a delimitação de um destinatário específico na concessão da tutela judicial, materializada em uma demanda de cunho individual, não atende ao caráter difuso deste direito fundamental, sendo imprescindível a utilização dos instrumentos processuais coletivos para o alcance da sua máxima eficácia, bem como propiciar o alcance social da judicialização deste direito social.

## 6.2 POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA JUDICIAL INDIVIDUAL DE SAÚDE

A plena observância da universalidade enquanto princípio informador do direito social à saúde, aliado ao caráter difuso do referido direito, cuja titularidade é de toda a sociedade, é imprescindível para a salvaguarda do bem estar social como finalidade do Estado Democrático de Direito. Por ser este um direito indissociável da vida e dignidade humana, sua preservação ultrapassa a esfera de proteção nacional, irradiando-se por toda comunidade internacional por intermédio dos pactos e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Neste contexto, o fenômeno da crescente judicialização de forma individualizada para a efetivação do direito à saúde tem contribuído para a perpetuação da situação de desigualdade já acarretada por diversos fatores econômicos, sociais e culturais acumulados pelo processo histórico de marginalização e segregação de classes sociais.

O gozo e fruição do direito à saúde, como bem da vida inerente a toda a sociedade, é fator de manifesta desigualdade quando o Poder Judiciário o concede individualmente ao cidadão demandante, criando com a concessão deste direito uma clara distinção entre o autor da demanda judicial, que teve seu pedido concedido, com aquele cidadão que não demandou judicialmente, ou mesmo com o

cidadão que também demandou a efetivação do referido direito mas, por qualquer razão, não o teve concedido.

Mister registrar que nos casos de concessão individual de quaisquer prestações materiais para a efetivação do direito social à saúde, não estará o Poder Judiciário intervindo de forma direta em uma política pública, sem prejuízo dos efeitos reflexos orçamentários que já foram analisados, pois não estará este poder realinhando o planejamento ou a execução de uma política social voltada à satisfação dos interesses de toda a sociedade.

Constatada a violação a direito fundamental social, notadamente o direito à saúde, consectário da vida e dignidade humana, deverão os mecanismos processuais serem conjugados e utilizados para a efetivação plena do referido direito pela tutela jurisdicional, sob o manto constitucional do princípio da inafastabilidade.

Neste vértice, analisa Osvaldo Canela Júnior

“Como decorrência lógica obrigatória do princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, o magistrado está autorizado, no exame de alegada lesão a direito fundamental, a adaptar as normas processuais subconstitucionais, permitindo a mais ampla cognição da matéria.”<sup>316</sup>

O princípio da inafastabilidade deve se irradiar na atuação judiciária de forma a propiciar o alcance dos objetivos fundamentais da República, garantindo, através do direito de ação, a prestação jurisdicional adequada à ordem jurídica justa que, no caso do direito à saúde, deve abranger à universalidade de pessoas, para atender todos os seus destinatários de forma igualitária e universal.

A coletivização de determinada demanda judicial para tutelar o direito à saúde, de forma universal e igualitária, é uma possibilidade que deve ser considerada pela moderna sistemática processual, desde que ocorra a adaptação e ampliação de determinados procedimentos e fases instrumentais na análise e realinhamento das políticas públicas.

---

<sup>316</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

### 6.2.1 Instrumentalismo substancial do processo

A incongruência ocasionada pela judicialização individualizada do direito à saúde e o paradoxo da desigualdade, por não acobertar a tutela judicial todos os destinatários deste direito fundamental social, deve ser dirimida pelo Poder Judiciário para possibilitar a melhor solução ao caso, sob a ótica coletiva do direito e do processo, para propiciar a amplitude social do provimento jurisdicional.

Com o advento do Estado Social, conforme já largamente analisado, coube ao Poder Público, por intermédio dos mecanismos legais e de administração pública, buscar incessantemente a consecução da igualdade substancial, sendo reconhecidos e proclamados os direitos sociais e econômicos, sendo reservado ao Estado intervir na realidade social através dos serviços públicos. Portanto, o alcance social do provimento jurisdicional na área da saúde, é medida que se impõe.

Pelo princípio da instrumentalidade, a pretensão de direito material deve ser tutelada pelo instrumento processual mesmo que seja necessária a adaptação<sup>317</sup> do procedimento e dos princípios que o regem, os quais devem se orientar pelo direito material que se objetiva tutelar. “O processo é, pois, instrumento a serviço do direito material, voltado, sempre, para os resultados que deve produzir. [...]”<sup>318</sup>

Importante lição sobre o princípio da instrumentalidade é a de Ada Pellegrini Grinover

“Esse princípio demanda que as formas do processo não sejam excessivas, sufocando os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final: a pacificação com justiça.”<sup>319</sup>

As características do direito material a ser tutelado como, no caso sob exame, o direito social à saúde, devem se irradiar nos mecanismos processuais utilizados para sua judicialização, ou seja, considerando o caráter universal e igualitário do referido

---

<sup>317</sup> “Estas as razões que recomendam a plasticidade – ou possibilidade de adaptação – do provimento jurisdicional, uma vez que, essencialmente, o Poder Judiciário estará colmatando a conduta omissiva dos entes públicos, em atendimento ao disposto nos arts. 3º e 6º da Constituição Federal.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159-160.

<sup>318</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

direito fundamental social, o instrumento processual a ser utilizado deve estar apto a alcançar uma amplitude social.

O processo civil moderno é regido pelo princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que o Estado brasileiro tem por escopo o alcance da ordem jurídica justa<sup>320</sup>, com a garantia de acesso à justiça a todos. A previsão legal do aludido princípio está contida nos artigos 154<sup>321</sup>, 244<sup>322</sup> e 249<sup>323</sup>, §2º, do Código de Processo Civil, que estatuem que os atos processuais não dependem de forma específica, exceto quando houver prescrição expressa.

Permeado por sua natureza eminentemente instrumental, o processo civil adota o referido princípio de forma a validar os atos processuais que, mesmo realizados de modo diverso, tenham alcançado sua finalidade objetivada, ou seja, tenha se orientado pelo direito material veiculado na pretensão.<sup>324</sup> Através do aludido princípio, “A técnica processual deixou de ocupar o primeiro plano das discussões, cedendo lugar à busca de meios aptos a conferir à tutela jurisdicional o grau de utilidade dela esperado. [...]”<sup>325</sup>

Contudo, a plena aplicabilidade do princípio da instrumentalidade está diretamente ligada à sua consonância com o devido processo legal, considerando estar sua aplicação vinculada à inexistência de qualquer prejuízo, bem como o alcance da

---

<sup>319</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

<sup>320</sup> “[...] Falar em instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’. [...]” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

<sup>321</sup> Dispõe o art. 154 do Código de Processo Civil: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

<sup>322</sup> Prescreve o art. 244 do Código de Processo Civil: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

<sup>323</sup> Por seu turno, o art. 249 e §2º dizem que: “O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados. [...] §2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

<sup>324</sup> “A natureza da norma processual é, portanto, a de mero instrumento, para permitir, como resultado, a solução mais justa na aplicação do direito material. Como instrumento, tem a função de atingir os fins pretendidos na sua concepção. Sua função, portanto, encontra-se voltada essencialmente para o direito material e para o resultado justo na resolução das controvérsias.” BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

<sup>325</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

perfeita finalidade do ato, vez que o “O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social*.”<sup>326</sup>

Com relação à tutela judicial do direito social à saúde, cabe ao direito processual moderno possibilitar os mecanismos para se aplicar o direito ao caso concreto de forma coletivizada, garantindo a pacificação social, a igualdade substancial e a efetivação do princípio informador do direito à saúde da universalidade.

A função social do processo moderno<sup>327</sup> impõe a busca constante de sua finalidade que, no caso sob exame, se materializa na efetividade coletiva do direito à saúde, sendo de fundamental importância a aplicação correta do princípio da instrumentalidade substancial para se possibilitar a flexibilização do processo para a concessão coletiva deste direito. Deverá o processo buscar a constante aproximação da vontade do direito substancial para a consecução da paz social, “Trata-se de função social do processo, que depende, sem dúvida, da efetividade deste. [...]”<sup>328</sup>

A valiosa lição de Ada Pellegrini Grinover sustenta que “A técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. [...]”<sup>329</sup>, o que impõe uma visão mais flexibilizada do processo pelo magistrado, para sempre objetivar o atendimento do interesse social no trâmite processual e resolução da demanda.<sup>330</sup>

Também nas palavras de Kazuo Watanabe

“[...] O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais

---

<sup>326</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

<sup>327</sup> “Não há dúvida de que a sociedade moderna não aceita a postura do Juiz Pilatos, que não se preocupa com sua função social e resolve fatos da vida concreta dos cidadãos como se estivesse a discutir tertúlias acadêmicas. Iniciado o processo, o juiz está comprometido com a justa resolução do litígio posto diante de si. [...]” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 99.

<sup>328</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 12.

<sup>329</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

<sup>330</sup> Importante crítica contra os formalismos exacerbados também é proferida por José Roberto dos Santos Bedaque: “[...] De fato, a observância da técnica é fundamental para que o método estatal de solução de controvérsias cumpra com êxito sua função. O problema está nos exageros. Tudo que é levado às últimas consequências acaba produzindo efeitos perversos. [...]” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 83.

ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência À realidade sócio jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria *substancial* em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.”<sup>331</sup>

A imperiosa necessidade de se conferir um alcance universalizado à efetivação do direito à saúde, faz com que a instrumentalidade processual esteja em perfeita adequação aos preceitos constitucionais de garantia dos direitos fundamentais, pois, levando em conta sua carga axiológica, a instrumentalidade deve conceder ao jurisdicionando o acesso à ordem jurídica justa, impedindo que lhe sejam impostos quaisquer óbices formais na garantia destes direitos.<sup>332</sup>

Portanto, a redução paulatina dos formalismos exacerbados demanda uma interpretação dos artigos 154, 244 e 249, §2º do CPC da forma mais ampla possível, para que a instrumentalidade se irradie no processo de forma a torná-lo uma ferramenta eficaz na realização dos direitos fundamentais de forma coletiva, além de contribuir para a perfeita sintonia entre direito constitucional e direito processual.

### **6.2.2 Ampliação da cognição plena e exauriente sobre as políticas públicas de saúde**

A possibilidade de coletivização de uma demanda judicial individual, que tenha por objeto prestação material relativa ao direito social à saúde, demanda, necessariamente, uma ampliação do processo cognitivo pelo Poder Judiciário, considerando a ampliação da complexidade sobre a matéria, cuja tutela alcançará todos os destinatários.

---

<sup>331</sup> WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005. p. 22-23.

<sup>332</sup> “O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer. E o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos *consumidores* da justiça. Partiu, assim, a doutrina processual brasileira para a etapa *instrumentalista* do processo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 06.

O conceito de cognição judicial<sup>333</sup> é tratado pela doutrina moderna em dois planos distintos, o horizontal e o vertical. No plano horizontal a análise judicial se restringe aos elementos objetivos e preliminares do processo, tais como as condições da ação, estabelecendo o juízo um exame superficial das questões processuais preliminares ao mérito, sendo esta cognição limitada e sumária.

Com relação ao plano vertical da cognição, poderá ser esta sumária ou exauriente<sup>334</sup>, demandando esta última uma completa investigação do juiz com relação ao objeto cognoscível, não sofrendo limitações quanto à sua profundidade, ou seja, a sistematização do conhecimento da matéria levada ao magistrado deve ser a mais completa, possibilitando, tal como sustentado no presente estudo, a ampliação do objeto da ação e do pedido formulado pelo autor individualmente considerado.

A necessidade em se estabelecer uma cognição plena e exauriente sobre o objeto pleiteado na área da saúde, em uma demanda individual na qual a tutela beneficiará uma indeterminação de destinatários, advém da imperiosa ampliação do objeto do processo levado ao conhecimento da jurisdição, pois ultrapassará a esfera meramente individual para alcançar a universalidade de pessoas.

Consoante preleciona Osvaldo Canela Júnior

“Pode-se afirmar, portanto, que a cognição das políticas públicas no processo coletivo, no plano vertical, é plena e exauriente, porquanto estará o magistrado adstrito à investigação completa e cabal de toda a cadeia lógico-consequencial de meios e de fins. Neste aspecto, a amplitude da cognição das políticas públicas decorre da necessidade de se aferir, no curso do processo, o atendimento, pelas formas de expressão do poder estatal, dos vetores de razoabilidade e de proporcionalidade exigidos pela Constituição Federal.” 335

Neste caso, a cognição judicial deverá ser adequada ao direito à saúde que se visa assegurar judicialmente, estabelecendo a natureza da controvérsia o grau de

---

<sup>333</sup> “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.” WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67.

<sup>334</sup> Chiovenda a define como cognição *ordinária* ao dispor que “diz-se *ordinária*, ou seja, plena e completa, a cognição do juiz, quando tem por objeto o exame a *fundo* de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu. [...]” CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. vol. I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 218.

<sup>335</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158-159.

profundidade do processo cognitivo, com o fito de se adequar o devido processo legal à realização plena deste direito fundamental social.

A prestação desse tipo de tutela jurisdicional diferenciada, ao se coletivizar determinada demanda, conforme será posteriormente analisado de forma detalhada, deve observar sua compatibilização com os princípios constitucionais do processo civil, em especial a segurança jurídica, elidindo a possibilidade de acarretar prejuízos para o procedimento, mesmo que instaurado por mecanismo diverso, considerando ser o alcance de sua finalidade o objetivo primordial da moderna sistemática processual.

Neste passo, a cognição no processo civil moderno deve se utilizar de técnicas processuais em diversas modalidades, sempre objetivando alcançar sua finalidade social de promover o amplo acesso do jurisdicionado à ordem jurídica justa, sem prejuízo do estabelecimento de uma cognição plena e exauriente nas demandas em que se torne imprescindível o amplo conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, tendo em vista a amplitude do objeto pretendido.

Considerando a necessidade em se estabelecer um juízo o mais próximo possível da certeza, a modalidade cognitiva a ser adotada na sistemática processual de coletivização da demanda individual deve municiar o juiz a afirmar os motivos convergentes da demanda e afastar os divergentes, aplicando a norma jurídica pertinente ao caso concreto sob o viés coletivo.

Aliado à ampliação da cognição judicial sobre a matéria veiculada no processo individual, objetivando tutelar o direito à saúde, imprescindível será a ampliação do contraditório no processo de conhecimento, o que passa-se a verificar.

### **6.2.3 ampliação do contraditório**

Os princípios constitucionais do processo são previstos no art. 5º da Constituição Federal, sendo que, entre os princípios do devido processo legal, da isonomia, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da motivação das decisões, da publicidade dos atos processuais e proibição da prova ilícita, encontra-se o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Considerado um dos princípios basilares do processo em geral, o princípio do contraditório, também conhecido como “princípio da paridade de tratamento” ou “princípio da bilateralidade da audiência”, está contido no texto constitucional entre os direitos e garantias fundamentais, sendo expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal<sup>336</sup>.

Desta feita, “A participação, no interior do processo, cumpre-se por intermédio do princípio do contraditório, pelo que toma relevância o conceito de processo como procedimento em contraditório [...]”<sup>337</sup>, cabendo às partes que compõem a lide produzir todas as provas necessárias a possibilitar a cognição plena do magistrado acerca do objeto da demanda, sendo franqueado às partes, pelo princípio do contraditório, a possibilidade de expor todas as razões e apresentar as provas que entenderem pertinentes, objetivando sempre influir sobre o convencimento do juiz ao seu favor. Nas sábias palavras de Carnelutti, o princípio do contraditório propicia “[...] as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade”.<sup>338</sup>

Portanto, estabelecer o contraditório entre as partes significa possibilitar-lhes a participação efetiva no processo, conferindo-lhes o direito de deduzir a pretensão, bem como alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito, garantindo o princípio do contraditório a efetivação da igualdade substancial no que tange a participação nos autos do processo judicial. “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.”<sup>339</sup>

Inegável que os fundamentos expostos para embasar determinada pretensão individual na área da saúde diferem, pelo menos em alguns aspectos, de uma pretensão que tenha por objeto o alcance universalizado, razão pela qual os fatos e fundamentos submetidos à apreciação do magistrado devem ser suscetíveis de

---

<sup>336</sup> Dispõe o artigo 5º, inciso LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>337</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 11.

<sup>338</sup> CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um Processo. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 67.

<sup>339</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

sofrer alterações e complementações em determinada fase processual, desde que seja assegurado o princípio do contraditório, sob pena da disposição que contrariar essa regra ser considerada inválida.

Possibilitar a coletivização de determinada demanda judicial na área da saúde acarretará a uma necessária flexibilização do contraditório no decorrer da tramitação processual, permitindo às partes interessadas, assim como os legitimados à defesa dos interesses coletivos, discutir toda a matéria atinente a universalização do provimento judicial pleiteado para a efetivação do direito à saúde.<sup>340</sup>

Sobre a necessidade de flexibilização da discussão processual pelo Judiciário, leciona Osvaldo Canela Júnior

“Desta forma, enquanto constitui dever do Poder Judiciário permitir a abertura da discussão democrática sobre a violação de direitos fundamentais sociais, ante o conteúdo do princípio da inafastabilidade, o processo coletivo é o instrumento adequado para esta atividade, porque permite a produção de provimento jurisdicional com alcance social.”<sup>341</sup>

A abertura do contraditório se faz imprescindível na cognição judicial sobre a coletivização de uma demanda individual na área da saúde, para que sejam levados ao conhecimento das partes, assim como os legitimados à defesa dos interesses coletivos, todos os atos praticados nos autos das demandas individuais e também coletivas.

Abrangendo qualquer espécie de processo, seja judicial ou administrativo, o princípio do contraditório é inerente ao direito constitucional de defesa, sendo consectário da bilateralidade do processo, ou seja, a pretensão deduzida por uma parte deverá ser levada ao conhecimento da outra, para que lhe seja franqueado o direito de resposta ou de reação.

Os elementos informadores do princípio do contraditório, como o da necessidade de informação à parte contrária de todos os atos praticados, e da possibilidade de

---

<sup>340</sup> “Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a *participação no processo*, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. [...]” GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

<sup>341</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 143.

reação da parte adversa à pretensão, demonstram a importância do aludido princípio dentro do ordenamento jurídico, sendo a sua violação causa para a declaração de nulidade do ato.<sup>342</sup>

A ampliação do contraditório é prevista pela proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, dispondo em seu art. 17, parágrafo 2º, que “*O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil*”.

Neste contexto, sendo a demanda individual coletivizada pelo juiz, cuja proposta será posteriormente trabalhada, uma vez constatada a necessidade de tutela de bem jurídico coletivo e indivisível pertencente às esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade, caberá ao Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva exercer o contraditório em todos os seus termos, aditando ou emendando a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva e pugnando pela produção das provas que entender necessárias.

Ampliando-se o contraditório, será possibilitado aos legitimados à ação coletiva que atuem de forma irrestrita no processo, produzindo as alegações e provas necessárias à cognição judicial sobre a imperiosa necessidade em se conferir amplitude social ao provimento para a efetivação do direito social à saúde.<sup>343</sup>

A essência da ampliação do contraditório reside, portanto, em franquear a todos que sejam interessados direta ou indiretamente no resultado processual, a possibilidade de se manifestar em diálogos constantes entre os destinatários da tutela judicial

---

<sup>342</sup> “É certo que o princípio do contraditório irá iluminar essa atuação do juiz, permitindo que as partes saibam até onde vislumbra o magistrado ser necessário alcançar, na sua decisão, para a preservação do direito discutido na ação coletiva. [...]” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101.

<sup>343</sup> A idéia de abertura da legitimação ativa e representatividade adequada para a ação coletiva é prevista no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, dispondo o § 4º do art. 3º que “Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.” GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

pretendida, Poder Público protagonista da política pública, órgão jurisdicional e demais interessados na demanda.

#### **6.2.4 Princípio dispositivo**

Conforme já exposto, constitui função conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário solucionar os conflitos de interesses por intermédio da jurisdição, utilizando-se, para o cumprimento de tal mister, do processo judicial com a participação das partes e do juiz, devendo o magistrado, ao final da tramitação processual, emitir o provimento requerido pelas partes, baseando seu convencimento nos fatos alegados e provados nos autos do processo.

No campo do processo civil, o princípio dispositivo influencia o juízo de conveniência que cabe às partes envolvidas no litígio, levado ao conhecimento do Poder Judiciário, para que disponham dos meios necessários a provar suas alegações, demonstrando a veracidade dos fatos alegados ao magistrado. Nesse sentido, “A idéia central do princípio dispositivo é a de que as partes devem dispor do instrumento processual para tutelar seus alegados direitos subjetivos [...]”.<sup>344</sup>

De cunho manifestamente liberal<sup>345</sup>, referido princípio tem por fundamento preservar a imparcialidade<sup>346</sup> do julgador na condução processual, razão pela qual norteou por muito tempo o processo civil brasileiro, impondo às partes a responsabilidade por produzir todas as provas necessárias a provar suas alegações.

Neste sentido

“O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às

---

<sup>344</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 84.

<sup>345</sup> “Pode-se dizer, ainda, que essa concepção dispositiva do processo corresponde, intrinsecamente, ao modelo de Estado Liberal, em que se preconizava a interferência mínima do governo nas relações privadas.” KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85.

<sup>346</sup> Sobre a justificação da manutenção da imparcialidade do julgador, em sua concepção clássica, “Justifica-se a prevalência do princípio dispositivo nesses momentos cruciais do processo pela necessidade de preservar a neutralidade do juiz diante do conflito travado entre os litigantes. Cabe-lhe receber e solucionar o litígio, tal qual deduzido pelas partes, em juízo, sem ampliações ou derivações para temas por elas não cogitados.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet.*<sup>347</sup>

## Da mesma forma

“O princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo.”<sup>348</sup>

Tal regra de iniciativa probatória, reservada às partes pelo princípio dispositivo, conferia às partes envolvidas no conflito exercer todo o juízo de conveniência sobre as provas que pretendessem produzir para, levando ao conhecimento do magistrado, influenciar seu livre convencimento, mantendo-o como mero espectador do litígio.

Na interpretação em sua versão clássica, pelo princípio dispositivo os fatos alegados e provados pelas partes nortearão o provimento judicial, sendo vedado ao juiz a busca de fatos não alegados pelas partes, eis que, por determinam o objeto do processo, não poderá o magistrado emitir provimento além ou aquém do pedido. Assim, “[...] o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador.”

349

Sendo assim, o princípio dispositivo clássico impõe uma limitação à iniciativa probatória pelo magistrado, sob o fundamento que, por ser a parte titular do direito controvertido, lhe cabe o interesse em prová-lo nos autos do processo para vê-lo reconhecido pela jurisdição, restando ao juiz somente o dever de julgar. Portanto, somente as provas indicadas pelas partes é que, à luz do referido princípio, seriam produzidas na instrução processual.

Tendo a demanda por objeto a tutela de direito disponível, deverá o magistrado manter-se equidistante da produção probatória, aguardando a iniciativa das partes

---

<sup>347</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70.

<sup>348</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). Curso avançado de processo civil, volume. 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

<sup>349</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

com relação a produção das provas a embasar o fato consitutivo do direito sustentado, cabendo às partes a discussão de toda a matéria adequada à instrução processual.

Na visão de Fredie Didier Júnior, “Quando o legislador atribuiu Às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo* [...].”<sup>350</sup>

Já sob a ótica de Pontes de Miranda, o aludido princípio

“[...] deixa às partes: o vir a juízo, pedindo ao Estado a entrega da prestação jurisdicional, [...] em vez de o Estado mesmo investigar, inquirir, averiguar, buscando provas, esmiuçando, para, por si, descobrir, e a seu jeito, o que entende ser a verdade material.”<sup>351</sup>

A busca pela verdade formal no processo civil faz com que, ao final da instrução probatória, e diante do contexto criado pelas partes, tenha o magistrado que proferir sua decisão, mesmo sem dispor de todos os elementos necessários para formar sua convicção.

O fato de o juiz chegar ao final da instrução processual sem elementos suficientes para formar a convicção, faz com que seja alcançada no processo tão somente a verdade formal, corolário do princípio dispositivo, refletindo a decisão o contexto probatório que as partes trouxeram para o processo.

Não oportunizar ao julgador a possibilidade de verificar outras provas que eventualmente poderiam elucidar melhor os pontos controvertidos, faz com que o processo civil moderno reclame uma atividade mais presente e protagonista do juiz, sempre em busca da finalidade de caráter público do processo, notadamente com relação ao controle de políticas públicas.

Torna-se necessário ampliar o conceito inerente ao princípio dispositivo para abandonar a idéia de somente se alcançar a verdade formal, obtida mediante atuação única das partes no campo probatório. Uma interpretação mais assente com a moderna corrente processual propugna a busca constante da verdade real como

---

<sup>350</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. I, 10ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2009. p. 62.

<sup>351</sup> MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45º. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 50.

escopo primário do processo, sempre que possível seu atingimento, constituindo para tal o protagonismo das partes e também uma atividade mais participativa do juiz.

Considerar o processo como um instrumento de realização do direito, voltado à garantia de sua efetividade integral, faz com que se sobressaia a visão publicista do processo, afirmando-se a finalidade sócio-política da jurisdição

“[...] Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir eventuais condutas irregulares etc.”<sup>352</sup>

Desse modo, a instrução probatória não pode ser limitada pelo princípio dispositivo em sua interpretação clássica, que atribuía às partes da relação processual a responsabilidade por deduzir e provar suas alegações, devendo referido princípio ser reexaminado em razão da necessidade de flexibilização da postura do juiz, para torná-lo mais ativo e direcionado aos objetivos da república.

A relativização do princípio dispositivo, que impõe limitações ao juiz em razão da disponibilidade do direito material, demonstra que o magistrado não é um simples espectador diante da instrução probatória no processo.<sup>353</sup>

Neste contexto, para possibilitar a coletivização de uma demanda individual, tal como será proposto posteriormente, necessário se faz que a instrução processual seja completa e ampliada, possibilitando uma cognição plena e exauriente acerca do objeto da demanda, até então individual, com sua ampliação para uma possível concessão coletiva do objeto tutelado.

O que se objetiva com a flexibilização de alguns princípios do processo civil, tal como o princípio dispositivo, é se alcançar, por intermédio do instrumento processual

---

<sup>352</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70.

<sup>353</sup> “Nota-se na doutrina processual brasileira uma certa resistência à iniciativa probatória oficial. Talvez a explicação para essa postura se encontre no direito antigo, em que vigoravam normas inaceitáveis para a moderna ciência processual, visto que ligadas a uma visão privatista desse ramo do direito, hoje completamente afastada. [...]”BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 74.

adequado, o objetivo do Estado Social de efetivar os direitos fundamentais sociais, garantindo seu gozo e fruição a todos indistintamente.

Com a aplicação do princípio do dispositivo em sua versão moderna, após a produção probatória pelas partes interessadas, caberia ao magistrado, identificando a necessidade de produção de outras provas, além daquelas produzidas pelas partes, para auxiliar seu convencimento, determinar sua produção de ofício.

Nas sempre sábias palavras de Samuel Meira Brasil Júnior, “[...] Não é razoável impor o sacrifício do direito material em favor de uma regra processual, que foi editada com o escopo de realizar o próprio direito material.”<sup>354</sup>

Neste sentido, importante é a lição de Osvaldo Canela Júnior

“[...] O provimento jurisdicional, compreendido como modalidade de política pública desenvolvida pelo Estado, há de ajustar-se ao desiderato constitucional de igualdade substancial, mesmo que ausente regulamentação subconstitucional do procedimento.”<sup>355</sup>

Deve o princípio dispositivo ser interpretado da maneira mais ampla possível, para possibilitar a flexibilização dos instrumentos processuais, maximizar a instrumentalidade e possibilitar o alcance coletivo da tutela judicial, sem prejuízo, evidentemente, das garantias processuais constitucionais.<sup>356</sup>

O processo civil moderno busca alcançar o equilíbrio entre a aplicação do princípio dispositivo e as exigências de inércia<sup>357</sup> e imparcialidade impostas à jurisdição, para alcançar a efetiva tutela de direitos públicos subjetivos de interesse da coletividade, realizando o direito e alcançando a paz social.

Desta forma, o moderno processo civil não mais contempla o princípio dispositivo como em sua concepção clássica pois, em razão da natureza pública do processo, cabe ao juiz, juntamente com as partes, atuar na produção de todas as provas necessárias ao seu convencimento, abandonando sua posição de mero expectador,

---

<sup>354</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 66.

<sup>355</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

<sup>356</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 27.

<sup>357</sup> “[...] Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (=provocação) do interessado.” WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord).

atuando a moderna corrente processual na crescente publicização, defesa do instrumentalismo e da efetividade do processo, suprimindo os formalismos demasiados e fortalecendo os poderes instrutórios do juiz.

#### 6.2.4.1 Princípio da demanda

De conceitos bastante confundidos pela doutrina, ao tratar das duas idéias como contidas em um único princípio, os princípios da demanda e dispositivo conduzem ao brocardo romano “*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*”, o qual justifica tanto o poder da parte interessada de iniciar o processo ou aquele de iniciativa probatória das partes.

Contudo, o princípio da demanda se vincula ao objeto do processo, fixado no exato momento em que a atuação jurisdicional é provocada pela parte interessada, determinando os limites sobre os quais atuará a jurisdição.

A impossibilidade de o juiz atuar de ofício (*ne procedat iudex ex officio et sine actore*) faz com que à seja conferida a titularidade exclusiva para dar início ao processo, bem como determinar, de acordo com o objeto pleiteado, a extensão do julgamento que, em razão do princípio da congruência ou correlação, impõe a necessária correspondência entre o objeto pretendido e o provimento judicial (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*).

Entendida como um fundamento basilar da jurisdição, a inércia do Poder Judiciário, característica que exige a iniciativa da parte interessada para que o Estado profira pronunciamento judicial, impõe que o pedido formulado pela parte determina os limites da atuação jurisdicional, fixando o objeto a ser decidido.<sup>358</sup>

---

Curso avançado de processo civil, volume. 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

<sup>358</sup> “[...] A primeira das facetas do princípio dispositivo também é conhecida como *princípio da inércia* ou *princípio da demanda*. Trata-se da regra de que o órgão jurisdicional somente deve iniciar suas atividades mediante provocação da parte interessada, o que está consagrado no art. 2º do CPC.” KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 86.

Dispõe Rodrigo Klippel que “[...] à parte autora incumbe retirar o órgão jurisdicional da inércia, dando início ao processo por meio do ajuizamento de uma petição inicial, o que também é conhecido por *princípio da demanda* ou da *inércia*;”.<sup>359</sup>

O princípio da demanda, aplicável de regra ao processo civil, condiciona a atuação jurisdicional à essência do direito disponível veiculado no processo, razão pela qual é reservado às partes dispor sobre suas relações jurídicas privadas, ficando a apreciação judicial condicionada ao pedido formulado pela parte. Portanto, o referido princípio é afeto ao direito material, pois determina a dimensão do direito cuja proteção ou satisfação é requerida ao Estado.

Da mesma forma, conforme dispõe Humberto Theodoro Júnior, pelo princípio da demanda “[...] só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (CPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*.”<sup>360</sup>

O que difere o princípio da demanda do dispositivo é que este se relaciona especificamente à tratativa processual da demanda, determinando de que modo deve ser conduzido o processo, que, conforme já objeto de análise, em sua moderna concepção, impõe uma atuação mais protagonista do juiz no tocante à instrução probatória, prevalecendo uma atuação mais oficiosa do juiz na instrução da causa.

Também conhecido por princípio da ação ou da iniciativa das partes, o princípio da demanda atribui à parte interessada a iniciativa de propor determinada demanda judicial e provocar o exercício da função jurisdicional, retirando-a da inércia, considerando a impossibilidade de o Poder Judiciário agir de ofício.

Referido princípio é previsto expressamente no artigo 2.º do Código de Processo Civil, ao dispor que "*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais*", exteriorizando também o princípio da inércia jurisdicional.

---

<sup>359</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 84.

<sup>360</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

Sendo a jurisdição inerte, a princípio, deverá o interessado buscar a tutela do judiciário sempre que algum direito sofrer lesão ou ameaça de lesão, levando ao conhecimento do juiz o caso concreto para que, ao final, seja proferida a sentença de mérito para a solução da demanda.

O princípio da demanda associa-se ao objeto do processo identificado no momento em que a jurisdição é provocada, o qual também delimita a cognição judicial e a tutela a ser concedida, impondo o princípio da congruência<sup>361</sup> a necessária correspondência entre o objeto pleiteado e o provimento judicial final.

A aplicação ponderada tanto do princípio da demanda, inerente a propositura da ação pela parte interessada, quanto do princípio dispositivo, inerente ao trâmite probatório processual, faz-se necessária para possibilitar a coletivização do processo que tenha por objeto o controle judicial de uma política pública na área da saúde pois, conferir amplitude social ao provimento judicial na área da saúde ocasionará, em algumas situações, a ampliação dos pontos controvertidos da demanda e do pedido inicial, considerando o objeto a ser tutelado.

Deve o juiz estar municiado de elementos suficientes para formar sua convicção e proferir uma decisão, sendo isto possível com a possibilidade de o magistrado atuar de forma mais protagonista no processo, podendo verificar os fatos que sejam inerentes à cognição demandada pela coletivização da demanda individual.<sup>362</sup>

Conforme dispõe Cândido Rangel Dinamarco

“Embora seja sempre franqueada aos próprios interessados a mais ampla liberdade de agir, sendo exclusivamente seu o juízo sobre a conveniência e oportunidade da instauração do processo em busca da tutela jurisdicional, uma vez formado este a tendência moderna é reforçar os poderes de direção e impulso do juiz.”<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Sobre o princípio da congruência, como derivação do princípio dispositivo, “[...] o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide “nos termos em que foi proposta”, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 128).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

<sup>362</sup> “Ao contrário dos que argumentam que a postura do juiz ao produzir provas compromete a sua imparcialidade, a omissão do juiz é que implica uma postura incompatível com o seu papel constitucional e, de certo modo, viola sua imparcialidade, posto que a falta de provas implica a aplicação da regra do ônus da prova.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 99.

<sup>363</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol I, 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

Torna-se necessário, portanto, ponderar a aplicação dos referidos princípios (demanda e dispositivo) para possibilitar ao magistrado adequar a proteção judicial às peculiaridades do caso concreto, efetivando a tutela jurisdicional melhor cabível à prestação jurisdicional. Para tanto, impõe-se o reexame dos pressupostos que fundamentam o processo civil moderno, para cancelar a ampliação dos poderes do juiz ao extrapolar os limites do pedido da parte.

#### 6.2.4.1 Princípio da livre investigação das provas pelo juiz

Conferindo uma interpretação moderna ao princípio dispositivo, à luz da moderna corrente processual, deixou o juiz de ser mero condutor do processo para ser municiado com maiores poderes no andamento processual, abandonando a inércia pura para assumir posição mais ativa na realização das provas, que até então dependiam das partes.

Como um dos desdobramentos do princípio dispositivo pelo moderno processo brasileiro

“[...] Em tema de produção de provas, o direito processual civil brasileiro *não* adota, como regra, o princípio dispositivo, mas sim seu antagonista, o *princípio inquisitivo*, o que quer dizer que o magistrado tem o dever de produzir as provas que entenda necessárias para o deslinde das questões de fato.”<sup>364</sup>

Desde que observadas as garantias processuais constitucionais, permite o artigo 130 do Código de Processo Civil<sup>365</sup> que o magistrado ordene, de ofício, a produção das provas necessárias para uma melhor cognição da matéria, imprescindíveis à instrução do processo, sem prejuízo das provas produzidas pelas partes, desde que a produção de provas de ofício respeite a isonomia processual e o contraditório.

Acerca da possibilidade de livre investigação das provas pelo juiz

“O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade,

---

<sup>364</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

<sup>365</sup> Vejamos o art. 130 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial.”<sup>366</sup>

Referida evolução aboliu o protagonismo exclusivo das partes no campo probatório, abandonando-se o viés manifestamente liberal do processo. Não obstante ainda vigorar no processo civil brasileiro o princípio dispositivo como regra fundamental, as limitações impostas pelo legislador em alguns dispositivos legais acabaram por mitigar consideravelmente sua interpretação clássica, conferindo ao juiz a faculdade de iniciativa probatória.<sup>367</sup>

O argumento da possível violação da imparcialidade do magistrado ao julgar a demanda não poderá ser invocado para afastar sua possibilidade de livre investigação das provas, pois o risco de violação de sua imparcialidade somente ocorreria se ao juiz fosse facultado substituir as partes por completo na instrução probatória, o que não se aplica com a moderna interpretação, pois as partes não estão livres do ônus de produção das provas, cabendo ao julgador ter amplos poderes para organizar o material probatório e utilizar outros meios de prova que não àqueles indicados pelas partes.

Nesse contexto, a preservação da imparcialidade do magistrado não é comprometida pela possibilidade de livre investigação das provas, pois é permitindo às partes o amplo acompanhamento da instrução probatória, bem como preservado o amplo exercício do contraditório, cuja garantia constitucional do processo constitui a mais importante arma para coibir uma possível parcialidade do julgador.

Neste contexto

“Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; [...] Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.”<sup>368</sup>

---

<sup>366</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

<sup>367</sup> “No que se refere à participação do juiz na formação do conjunto probatório, o Código de Processo Civil brasileiro adotou, sem qualquer sombra de dúvida, o modelo europeu-continental do *inquisitorial system*, repelindo o *adversarial system* do sistema anglo-saxão.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

<sup>368</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

Principalmente no processo que tenha por objeto o controle de políticas públicas, deve o magistrado abandonar sua posição de inércia para, quando necessário for, contribuir para a produção de provas, desde que seja observada a paridade de tratamento<sup>369</sup>.

Essa dialética processual oportuniza as partes que instruem livremente o processo e, após esgotada a instrução processual, caso sejam insuficientes as provas para formar seu convencimento, poderá o juiz determinar a produção de provas *ex officio* e de forma subsidiária a seu prudente critério<sup>370</sup>.

Aduz Rodrigo Klippel

“As provas são o principal meio de que dispõe o magistrado para avaliar as alegações de fato que são produzidas e discutidas no processo. [...] Por isso, seria um contrassenso que a produção da prova ficasse a mercê do interesse e do humor das partes. [...]”<sup>371</sup>

Nesse contexto, o princípio da livre investigação das provas pelo juiz é consectário da moderna configuração imposta ao princípio dispositivo, que suprimiu a clássica interpretação que atribuía exclusivamente às partes a iniciativa probatória.

Em sua moderna interpretação, poderá o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos, exercendo um poder de intervenção no processo para permitir que as partes esclareçam suas alegações por intermédio do conjunto probatório por elas produzido, ou determinar de ofício diligências complementares para embasar seu convencimento.

Nesse sentido, a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, que será objeto de análise em capítulo específico, possui mecanismos específicos que municiam o magistrado com instrumentos aptos a ampliar sua capacidade cognitiva sobre o objeto da demanda, podendo aplicar sanções em caso de descumprimento do

---

<sup>369</sup> Dispõe o art. 125 do CPC: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

<sup>370</sup> “Ao juiz somente será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes interessadas. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. 2, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77.

<sup>371</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. Manual de processo civil. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 88.

pedido de informações<sup>372</sup>, facultar a autoridade responsável pela execução da política pública servir-se de assessores técnicos especializados<sup>373</sup>, nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações<sup>374</sup>, designar audiências para solicitar esclarecimentos e informações suplementares<sup>375</sup>, designar audiências públicas<sup>376</sup>, intervenção de “*amicus curiae*”<sup>377</sup>, etc.<sup>378</sup>

Em conformidade ao ideal de busca pela justiça, como finalidade do processo, o juiz deixa de ser um mero espectador da batalha judicial para assumir amplos poderes ao determinar a produção de provas de ofício.

Referida interpretação, mais assente com a moderna corrente processual, municia o processo civil com o instrumento adequado a possibilitar a realização do direito à saúde em sua integralidade, e abrangendo toda a coletividade que possui sua titularidade, conforme restará demonstrado.

### 6.3 POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA DEMANDA INDIVIDUAL ATRAVÉS DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PEDIDO E FUNGIBILIDADE DO VEÍCULO PROCESSUAL

Conforme analisado anteriormente, a demanda judicial individual levada à apreciação do Poder Judiciário deve ter seus contornos delineados pelas partes, sendo iniciada com a pretensão do autor, sendo vedado ao magistrado instaurar a demanda de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), por expressa vedação legal do artigo 2º do Código de Processo Civil.

---

<sup>372</sup> Par. 2º - Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

<sup>373</sup> Par. 3º - Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

<sup>374</sup> Par. 4º - O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.

<sup>375</sup> Art. 6º - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

<sup>376</sup> Art. 7º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

<sup>377</sup> Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “*amicus curiae*”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

<sup>378</sup> Vide item 6.3.1, que trará sobre a coletivização das demandas individuais e a flexibilização do princípio dispositivo.

Não obstante a interpretação literal do mencionado dispositivo legal, a moderna sistemática processual deve observar que, no sistema processual civil brasileiro, a correspondência necessária entre a pretensão submetida à jurisdição e a cognição judicial deve servir somente como um primeiro limite à atividade jurisdicional.

Através da flexibilização dos instrumentos processuais, em um segundo momento, poderá o juiz pronunciar-se sobre a necessidade de coletivização da demanda individual cujo objeto pleiteado seja a concessão de determinada prestação na área da saúde.<sup>379</sup>

A flexibilização dos instrumentos processuais é tratada por José Roberto dos Santos Bedaque como “princípio da adaptabilidade” do procedimento às necessidades da causa, ou princípio da elasticidade processual

“Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.”<sup>380</sup>

Tal constatação decorre do envolvimento da moderna sistemática processual com a realidade sociopolítica da atualidade, que demanda a efetivação dos direitos fundamentais sociais através da transformação do processo, de mero instrumento técnico, em mecanismo garantidor da justiça substancial. Os instrumentos processuais passam a ser considerados instrumentos para o atingimento dos objetivos materiais na viabilização da ordem jurídica justa, vinculando os magistrados ao fiel cumprimento e comprometimento com este objetivo.

Adequar os instrumentos processuais à objetiva tutela do direito material acarreta a preponderância da efetivação do direito tutelado sobre a forma processual utilizada para veicular a pretensão, sendo imprescindível a remoção dos obstáculos meramente formais que obstaculizem a efetividade do direito fundamental, pois o

---

<sup>379</sup> “[...] É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

<sup>380</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69.

“Processo é instrumento para a realização do direito material, nas situações em que tal não se deu espontaneamente. [...]”<sup>381</sup>

A distinção existente entre o direito material veiculado na ação individual e o direito material consectário da coletivização da demanda, deverá também nortear a referida adequação do instrumento processual, considerando o grau de amplitude da tutela judicial pleiteada.

Sendo assim, poderia o magistrado ir além da demanda com relação aos destinatários do provimento judicial, ampliando o seu poder decisório que, inicialmente, incidiria somente sobre as partes que figuraram nos respectivos pólos da demanda individual, para que, com a coletivização da demanda, alcance amplitude social, ultrapassando os interesses dos litigantes iniciais.<sup>382</sup>

Flexibilizar o veículo processual para possibilitar a coletivização de uma demanda individual demanda, necessariamente, a utilização da fungibilidade processual que, prevista no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente pelo Código de Processo Civil de 1939, foi incorporada no ordenamento jurídico atual de forma implícita por construção doutrinária, conferindo nova forma e dimensão ao sistema processual moderno.<sup>383</sup>

A nova dimensão conferida ao postulado da fungibilidade no processo civil decorre da imposição constitucional do processo voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, demandando a realização de referidos direitos, tal como o direito à saúde em seu caráter universal, uma íntima ligação com o postulado da fungibilidade.

---

<sup>381</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69.

<sup>382</sup> “Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um *locus* de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos nacional e internacionalmente garantidos.” PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-70. p. 69.

<sup>383</sup> “Filiamo-nos àqueles que permitem certa elasticidade ao magistrado para, fundamentalmente, preservar, por meio do processo, os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário fazer breves mitigações de princípios do processo.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101.

Importante e ousado é o posicionamento adotado por Osvaldo Canela Júnior com relação à possibilidade de extensão do provimento judicial a toda a coletividade

“Desta forma, não obstante a ação escolhida tenha cunho individual, deverá o magistrado adaptar o provimento jurisdicional para que o direito seja estendido a toda a coletividade. Se a parte postula a concessão de determinado bem da vida, fundamentando-o no art. 6º da Constituição Federal, caso o magistrado constate violação da igualdade substancial, o provimento deverá ter alcance coletivo, não importando a modalidade de ação manejada.” 384

Utilizando-se a fungibilidade processual para possibilitar a coletivização de determinada demanda individual, caberá ao magistrado observar as garantias constitucionais do processo civil e as etapas processuais para a correta cognição do objeto da demanda e verificação da necessidade ou não de se conferir amplitude social ao provimento judicial.<sup>385</sup>

A imperiosa necessidade em se garantir o gozo e fruição a toda à coletividade do bem da vida relativo aos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição, faz com que a coletivização da demanda individual objetive suprimir a possível desigualdade que seria ocasionada com a concessão individual do referido direito. O oferecimento do serviço de saúde, mesmo que alcançado por determinação judicial, deve abranger todos os seus titulares.

Superados os limites processuais e principiológico que obstarium, inicialmente, a possibilidade de coletivização de uma demanda de natureza individual, tendo como objeto a efetivação do direito social à saúde, poderá o magistrado, sendo constatada violação a direito fundamental social de titularidade de toda a sociedade, coletivizar a demanda.

---

<sup>384</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

<sup>385</sup> “Recomenda-se, portanto, que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Há que se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.” CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

### **6.3.1 A coletivização das demandas individuais e a flexibilização do princípio dispositivo**

Conforme já objeto de análise, o princípio dispositivo, em sua interpretação clássica de cunho manifestamente liberal, impõe às partes o ônus da iniciativa relativa à instrução probatória processual, devendo carrear aos autos os meios necessários a provar suas alegações, com o intuito de influenciar o convencimento do magistrado.

Todavia, o processo civil moderno caminha a muito em direção a relativização do princípio dispositivo, impondo não somente às partes a iniciativa probatória, mas conferindo poderes ao magistrado para, verificada a necessidade, agir de forma mais ativa no processo com relação à instrução processual, determinando a realização das provas necessárias a fundamentar seu convencimento.

Nas sábias palavras de Cândido Rangel Dinamarco

“No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. Ele tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do *contraditório*, em clima de ativismo judicial.”<sup>386</sup>

Com relação à coletivização de determinadas demandas judiciais individuais, objeto do presente estudo, referida possibilidade perpassa necessariamente pela identificação da relevância social do objeto da demanda, que deverá versar sobre bem jurídico coletivo e indivisível que afete as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade em conjunto.

Possibilitar a identificação desta relevância social, inerente ao bem jurídico tutelado na demanda individual, demanda do magistrado uma maior autonomia com relação a instrução probatória processual, não devendo se limitar ao conjunto probatório decorrente da iniciativa exclusiva das partes.

A pretensão de satisfação de bem da vida, catalogado como direito fundamental do cidadão pela Constituição, não poderá ser embaraçada pela concepção clássica do princípio dispositivo que, conforme já analisado, é passível de relativização para se alcançar o verdadeiro objetivo do instrumento processual, que é a concessão de

---

<sup>386</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol I, 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 234.

uma ordem jurídica justa e igualitária.<sup>387</sup> Segundo dispõe José Roberto dos Santos Bedaque, “O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. [...]”<sup>388</sup>

Municar o magistrado com instrumentos hábeis a contribuir para a produção de provas, na fase de instrução processual, torna-se condição indispensável para possibilitar a coletivização de determinada demanda individual, visando garantir e efetivar o direito à saúde de forma coletiva.

Ao assumir esse papel mais ativo no processo, pode o magistrado identificar a possibilidade de violação da igualdade substancial ocasionada juntamente com a violação a direito fundamental social, razão pela qual a extensão dos efeitos da decisão judicial, obtida através da coletivização da demanda, objetivará compelir o Estado a prestar de forma universalizada determinado serviço ou prestação material relativa ao direito à saúde.

Mister salientar que a projeção da eficácia normativa e *erga omnes* de uma decisão judicial, tutelando o direito social a saúde, foi objeto de um importante precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no qual os efeitos de uma tutela concedida nos autos de uma Ação Civil Pública, tutelando direito individual a saúde, foi estendido à todos que se encontravam em situação de igual necessidade.

Assim dispôs o referido precedente judicial

“Não obstante essa possibilidade, entendo que o caso dos autos vai além da tutela individual. A ação civil pública proposta pelo Ministério Público não deve ser compreendida como “ação individual” para tutela de interesse de uma única pessoa – embora admitido pela jurisprudência do STJ. A demanda deve se compreendida como “ação coletiva com a individualização de interessado(s)”, que se encontrava em situação de necessidade, a ponto de pretender a tutela de urgência. Não se trata de ação individual com efeito coletivo – não houve a determinação, por exemplo, para incluir o medicamento na lista de tratamento incorporado pelo SUS –, em que a tutela individual implicaria a satisfação da pretensão

---

<sup>387</sup> “[...] Um processo civil de resultados demanda uma verdadeira interdependência do binômio direito-processo, com o sacrifício, por vezes, de regras e dogmas processuais para que se resguarde o direito material. E a busca por um resultado justo amplia ainda mais a relação entre direito e processo, para admitir uma integração entre justiça e processo, permitindo flexibilizar não apenas o direito processual, mas também o próprio direito material.” BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33.

<sup>388</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73.

coletiva. Não é o que ocorreu. Na verdade, a demanda é coletiva, ainda que o Ministério Público tenha individualizado a pretensão de um dos interessados na tutela jurisdicional. A ação originária vai além da pretensão individual, atingindo todos os que estiverem na mesma situação da idosa Maria das Graças Caliman dos Santos.”<sup>389</sup>

Sendo assim, não obstante o Ministério Público ter proposto a Ação Civil Pública para tutelar o direito a saúde de um indivíduo isoladamente, o magistrado compreendeu a demanda como uma “ação coletiva com a individualização de interessado”, razão pela qual a tutela jurisdicional atingiu não apenas o indivíduo apontado na ACP, mas todos os que se encontravam em situação equivalente.

Ao se ampliar o conceito inerente ao princípio dispositivo, conferindo-lhe uma interpretação mais aderente a moderna sistemática processual, torna-se necessário abandonar a idéia de protagonismo exclusivo das partes no tocante a instrução processual, passando o processo a ter por escopo primário a realização do direito com a busca constante da verdade real.

A atividade mais participativa do juiz vai de encontro à garantia da efetividade e instrumentalidade do processo, afirmando-se a finalidade sócio-política da jurisdição e municiando o instrumento processual com mecanismos destinados a identificar a necessidade de alcance social do provimento judicial, que ultrapassará a esfera de pretensão das partes.

Exemplo claro relativo a necessária flexibilização do princípio dispositivo, para ampliar a atuação do juiz na demanda individual passível de coletivização, reside nas disposições do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).

Referida proposta de Projeto de Lei tem por objetivo ampliar os mecanismos de auxílio à cognição do magistrado, ampliando seu conhecimento sobre o objeto da demanda em razão da natureza do litígio, que poderá ser objeto de coletivização.

---

<sup>389</sup> BRASIL. TJES. **REMESSA NECESSÁRIA Nº 30080113506**. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Julgamento em: 30 nov 2011, publicado no DJ em: 15 dez 2011. Disponível em:

O parágrafo 4º<sup>390</sup> do art. 5º, por exemplo, traz a possibilidade de o magistrado nomear técnicos especializados na matéria que tenha sido veiculada na demanda, para auxiliá-lo na instrução probatória, analisando tecnicamente os fatos e provas carreadas aos autos pelas partes. Referido dispositivo prevê, ainda, a possibilidade de o magistrado realizar, de ofício, consultas a órgãos e instituições relacionadas ao objeto da demanda, sempre objetivando colher informações para auxiliar a cognição da matéria e formação do seu convencimento.

Em seu parágrafo único<sup>391</sup>, o art. 24 impõe a cada circunscrição judiciária a obrigação de manter comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, com o objetivo de auxiliá-lo com dados e informações para a formação de sua convicção.

Os mecanismos previstos no aludido projeto exteriorizam, de forma clarividente, a flexibilização do princípio dispositivo defendida pela moderna corrente processual, as quais possibilitam ao magistrado não se limitar ao contexto probatório construído pelas partes, podendo ir além, com o objetivo de alcançar o verdadeiro objeto do mecanismo processual.

O disposto no art. 6º<sup>392</sup> da referida proposta de Projeto de Lei prevê a possibilidade de o magistrado, considerando insuficientes as informações até então obtidas na instrução processual, solicitar maiores esclarecimentos e informações suplementares, de ofício, a quem de direito. Poderá, ainda, designar audiências com a presença dos técnicos envolvidos para auxiliar o deslinde da causa, considerando serem detentores do arcabouço de informações necessárias para auxiliar seu convencimento e maior cognição sobre o objeto da demanda.

---

<[http://www.tj.es.gov.br/consulta/cfm/portal/Novo/det\\_decmon.cfm?edProcesso=30080113506&envia=+Ver+Decis%E3o+>](http://www.tj.es.gov.br/consulta/cfm/portal/Novo/det_decmon.cfm?edProcesso=30080113506&envia=+Ver+Decis%E3o+>). Acesso em: 26 dez 2011.

<sup>390</sup> Par. 4º - O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.

<sup>391</sup> Parágrafo único – Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

<sup>392</sup> Art. 6º - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Por seu turno, o art. 7º<sup>393</sup> amplia ainda mais os poderes do juiz na instrução probatória, ao facultar-lhe a possibilidade de designar audiências públicas para reunir órgãos e entidades, públicas e privadas, que detenham conhecimento acerca do objeto da demanda.

Conforme restará demonstrado posteriormente, coletivizar determinada demanda individual, por intermédio da flexibilização do princípio dispositivo, fará com que o provimento judicial produza efeitos igualitários para todos os titulares do referido direito social e alcance sua máxima e real efetividade.

Brilhantes são as palavras de Osvaldo Canela Júnior sobre a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais de forma coletiva

“Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais, embora possam ser postulados por meio de qualquer espécie de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual -, devem ser efetivados mediante provimento coletivo, com extensão aos demais titulares e as adaptações necessárias para que atinja a difusão social dos bens da vida, tal como consignado nos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.”<sup>394</sup>

Uma vez coletivizado o processo amplia-se, por conseqüência, o campo de cognição do Poder Judiciário quanto o planejamento e execução das políticas públicas desenvolvidas na área social relativa à pretensão veiculada no processo. Por conseqüência, será demandado maiores poderes do magistrado na condução da instrução probatória, indo além das provas requeridas e produzidas pelas partes, em razão da flexibilização do princípio dispositivo, que contribuirá para a maximização da atuação judicial no trâmite processual.

### **6.3.2 A necessidade de coletivização de certas demandas individuais**

Analizados os princípios processuais sob a ótica da moderna corrente processualística, que demanda a constante ampliação de sua efetividade, para que o instrumento possibilite sempre o alcance do direito tutelado e, por consequência, a

---

<sup>393</sup> Art. 7º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados. Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

<sup>394</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

pacificação do litígio, faz-se necessário sindicá-las acerca das demandas individuais passíveis de coletivização, as quais alcançarão a amplitude social de seu objeto.

Conforme amplamente exposto, a proposta de coletivização que será tratada a seguir visa promover um alcance universalizado à efetivação do direito à saúde, cerne do presente estudo, objetivando efetivar os princípios informadores do referido direito social, quais sejam, da universalidade e integralidade.

Entretanto, não obstante a possibilidade de coletivização das demandas individuais cujo objeto gire em torno das políticas públicas de saúde, núcleo central do presente estudo, mister salientar que nem todas as demandas individuais, mesmo as que veiculem o bem da vida relativo à saúde, ou qualquer outro direito social, se enquadram na possibilidade de coletivização.

A flexibilização dos princípios que regem o processo civil e a ampliação da instrumentalidade processual, devem servir de base para a perfeita adequação dos direitos sociais, constitucionalmente assegurados, com o veículo processual, com vistas a efetivar de forma plena os direitos fundamentais, quando invocados por intermédio da jurisdição.

Nesse sentido, a efetivação do direito fundamental social atinente à saúde, demandada em uma pretensão judicial individual, nem sempre poderá ser objeto de coletivização pelo Poder Judiciário, mesmo se a ação ou omissão do Estado, que fundamente a pretensão, viole ou ameace a proteção da dignidade da pessoa humana.

Nos casos em que a proteção do mínimo existencial sofra lesão ou ameaça de lesão a um indivíduo isoladamente considerado, em razão da inexistência de prestação estatal positiva que lhe garanta padrões mínimos de sobrevivência ou subsistência digna, poderá o Judiciário, desde que observados os limites e pressupostos traçados pela doutrina e jurisprudência, intervir na correspondente política pública para satisfazer o bem da vida pretendido.

Entretanto, a proteção constitucional do mínimo de condições materiais indispensáveis à vida com dignidade, muitas vezes, não poderá ser garantida a toda a coletividade destinatária do direito social veiculado na pretensão individual, ao

passo que o objeto demandado como, por exemplo, o fornecimento de um medicamento excepcional ou a submissão a um procedimento médico específico, pode não corresponder à realidade vivenciada pela coletividade, também destinatária do direito social.

Em razão da especificidade do objeto judicialmente tutelado, que não encontra correspondência com a realidade social vivenciada pela coletividade em determinado contexto histórico, social e cultural, a amplitude social da decisão judicial, alcançada através da coletivização da demanda, não será considerada razoável ou proporcional.

Residindo a extensão do objeto pleiteado para toda a coletividade fora da esfera do senso comum, restará caracterizada a irrazoabilidade da concessão judicial universalizada para determinada prestação social. Assim, a solução coletivizada para a pretensão veiculada na demanda individual não será racional ou equilibrada para que lhe seja conferida amplitude social.

A política pública afeta ao direito social veiculado na demanda individual, passível de coletivização, deverá possuir os contornos adequados a alcançar sua finalidade social, pois, somente assim, existirá razoabilidade na intervenção do Judiciário para coletivizar o bem jurídico tutelado.

Deve-se considerar, lado outro, a influência do padrão sócio-econômico de cada Estado sobre os padrões mínimos de proteção da dignidade da pessoa humana, o que acarreta variações na escala de proteção aos direitos sociais que, por conseqüência, teria sua coletivização priorizada em detrimento de outros direitos cuja proteção não goza da mesma escala de importância.

Nos termos da proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, que será apresentada no capítulo seguinte, deverá o juiz se guiar pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio

orçamentário<sup>395</sup> para identificar o binômio necessidade-possibilidade de coletivização de determinada demanda individual.

O juízo de ponderação do julgador ao avaliar a aderência do direito social, pleiteado na demanda individual, aos princípios regentes do processo especial para o controle da política pública, será de suma importância para a verificação do binômio necessidade-possibilidade de coletivização da referida demanda individual.

A correta observância de tais pressupostos será capaz de, por si só, elidir a possibilidade de coletivização de uma demanda individual que veicule pretensão cuja amplitude social seria desarrazoada como, por exemplo, a concessão de um medicamento de uso excepcional, indicado de forma individualizada para um determinado tratamento particularíssimo, ou mesmo um tratamento de elevado valor e complexidade, também indicado de forma bastante particularizada para um indivíduo determinado.

A possibilidade de concessão do direito social à saúde a um indivíduo isoladamente considerado, mediante provimento de uma demanda individual, não importará no necessário atendimento dos requisitos identificadores do binômio necessidade-possibilidade, para a coletivização da pretensão veiculada.

Dessa forma, a observância do critério da razoabilidade como limite imposto à possibilidade de coletivização da demanda individual, fará com que seja sopesada a necessidade de satisfação do direito pleiteado isoladamente ou coletivamente, considerando também a existência de disponibilidade financeira do Estado para que a intervenção judicial, uma vez universalizada, seja razoável.

Mister salientar que, não obstante a questão da limitação orçamentária não obstar a efetivação de uma prestação social na área de saúde, cuja necessidade demande uma tutela de urgência de forma individualizada, a possibilidade material do Estado para o atendimento universalizado do direito fundamental social pode ser invocada pela administração pública em decorrência do limitado orçamento.

---

<sup>395</sup> Dispõe a referida proposta de Projeto de Lei: Art. 1º - O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário;

Em razão das limitações orçamentárias, dificilmente o Estado terá condições de promover o atendimento integral ao direito fundamental social, passível de coletivização, em favor de todos os seus destinatários, razão pela qual não serão todas as pretensões vinculadas à área da saúde, ou afeta a outras áreas, passíveis de coletivização.

A análise do binômio necessidade-possibilidade de coletivização do bem jurídico pretendido, facultará ao magistrado determinar a conversão da ação individual em ação coletiva, nos termos da proposta que passa-se a verificar.

## 7 O ANTEPROJETO DE LEI PARA UM NOVO PROCESSO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Visando sistematizar o procedimento processual para o controle de políticas públicas, foi desenvolvida por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário.

Referida proposta de projeto de lei, de imensurável contribuição para o processo civil brasileiro, estabelece em seu art. 1º o rol de princípios que regerão o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, já amplamente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.

Dispõe o art. 1º que

“O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário”.

Importante salientar que o rol de princípios estabelecido pelo referido artigo é *numerus apertus*, pois ressalva, em sua parte final, que a aplicabilidade de tais princípios ocorrerá sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais.

Nesse passo, a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário, por não tratar-se de rol taxativo (*numerus clausus*), deverá estar em plena consonância com os demais princípios que disponham acerca dos direitos fundamentais sociais.

Sobre a competência para o processamento e julgamento das ações destinadas ao controle de políticas públicas, versa o art. 2º que

“Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente.”

Em seu parágrafo único, dispõe o art. 2º que

*“Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos”, ratificando a aplicação do princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos fundamentais sociais afetados pelo objeto da demanda.*<sup>396</sup>

Disposições relativas à competência e requisitos da petição inicial são previstas nos artigos 2º, 3º e 4º do referido projeto, merecendo destaque a necessária indicação da medida requerida para a implementação ou correção da política pública, devendo o requerente indicar com precisão a medida pleiteada, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, pois tal requisito determinará a competência de acordo com o que dispõe a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009).<sup>397</sup>

Importante inovação veiculada na referida proposta de projeto de lei refere-se à fase administrativa, que antecederá a fase judicial, no controle da política pública pleiteada. Preceitua o art. 5º que

*“Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado: I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido; III – a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido; IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido”.*

Para que a fase administrativa alcance a efetividade necessária para o deslinde da pretensão, dispositivos específicos da referida proposta de projeto de lei municiam o magistrado com instrumentos aptos a ampliar sua capacidade cognitiva sobre o objeto da demanda, seja aplicando sanções em caso de descumprimento do pedido

---

<sup>396</sup> Vide item 6.1

<sup>397</sup> Art. 2º . Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente. Parágrafo único – Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos. Art. 3º . A petição inicial, que obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, pela qual se determinará a competência, de acordo com o que dispõe a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009). Parágrafo único – A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública. Art. 4º . Se a autoridade se

de informações<sup>398</sup>, facultando a autoridade responsável pela execução da política pública servir-se de assessores técnicos especializados<sup>399</sup>, nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações<sup>400</sup>, designar audiências para solicitar esclarecimentos e informações suplementares<sup>401</sup>, designar audiências públicas<sup>402</sup>, intervenção de “*amicus curiae*”<sup>403</sup>, etc.<sup>404</sup>

Todavia, conforme dispõe o art. 5º, em seu parágrafo 1º

“Se o pedido envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do caput deste artigo”.<sup>405</sup>

Com relação aos meios alternativos de solução das controvérsias envolvendo políticas públicas, prevê a referida proposta a possibilidade das partes submeterem a demanda ao juízo arbitral ou mediação<sup>406</sup>, celebrar acordo a qualquer tempo, desde que ouvido o Ministério Público<sup>407</sup>, que valerá de título executivo extrajudicial, ou mesmo através da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta<sup>408</sup>.

---

der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase administrativa, de acordo com o disposto no art. 5º.

<sup>398</sup> Par. 2º - Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

<sup>399</sup> Par. 3º - Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

<sup>400</sup> Par. 4º - O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.

<sup>401</sup> Art. 6º - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

<sup>402</sup> Art. 7º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

<sup>403</sup> Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “*amicus curiae*”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

<sup>404</sup> Vide item 6.3.1, que tratará sobre a coletivização das demandas individuais e a flexibilização do princípio dispositivo.

<sup>405</sup> Vide item 4.3.2.1, que trata do orçamento como instrumento legal para a consecução das políticas públicas e atendimento dos direitos fundamentais sociais.

<sup>406</sup> Art. 8º - As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 e o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

<sup>407</sup> Art. 9º - A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público. Parágrafo único – A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

<sup>408</sup> Art. 10 - O Ministério Público e outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração Termo de Ajustamento de Conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia com a anuência do Autor. Parágrafo único – O

Merece destaque, ainda, o disposto no art. 18 do projeto, ao especificar que

“Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei.”

Conforme amplamente salientado, não poderá a jurisdição se eximir de prestar a efetiva e adequada tutela para guarnecer direito fundamental social, acolhendo o argumento de indisponibilidade orçamentária suscitado pelo Estado, quando o objeto da demanda gire em torno do mínimo existencial, sem o qual não pode o cidadão ter uma vida digna.

Nesse sentido, dispõe o art. 24 do projeto que

“Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração”.

Referido dispositivo materializa bem a situação causada pela crescente onda de individualização das demandas judiciais na área da saúde, como já observado anteriormente, que contribui para o paradoxo da desigualdade ao se conceder a efetivação do referido direito individualmente, sem extensão para todos os seus destinatários, não se alcançando a igualdade material.<sup>409</sup>

Os mecanismos processuais existentes deverão, portanto, garantir a consecução da igualdade substancial no que concerne ao direito social à saúde, afastando a violação omissiva ou comissiva do Estado na efetivação deste direito fundamental, cabendo ao Poder Judiciário intervir no ato administrativo para analisá-lo, corrigi-lo e realinhá-lo para que esteja em sintonia com os preceitos constitucionais.

Nesse passo, através da possibilidade de coletivização da demanda individual, o Poder Judiciário exercerá seu dever constitucional de garantir e efetivar o direito

---

Termo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 9º.

<sup>409</sup> Importante crítica com relação ao tratamento discriminatório pelo processo é lançada por Kazuo Watanabe: “Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça.” GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-129.

social à saúde, elidindo qualquer violação omissiva ou comissiva do Estado através da intervenção no planejamento e execução das políticas públicas destinadas ao seu atendimento integral.

Adentrando especificamente na proposta de coletivização das demandas individuais, em seu art. 25, dispõe o projeto que

“Na hipótese prevista no artigo 24, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei”.

Referido artigo dispõe, de forma concisa e clara, sobre a possibilidade de notificação dos legitimados à ação coletiva para que a proponha, uma vez identificada a judicialização recorrente de determinado pedido, na hipótese de demandas que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor.

Importante salientar que, para possibilitar a identificação da judicialização recorrente de determinado pedido, torna-se imprescindível a existência de um controle sistêmico das demandas judiciais pelo Poder Judiciário, com classificações variáveis de acordo com sua natureza, que permita ao magistrado (juiz ou relator) individualizar qual objeto tem sido judicializado de forma tão relevante e reiterada que demande a coletivização da tutela pretendida.

Vale ressaltar que o requisito inerente à proposta de se facultar ao magistrado a coletivização, contribui para que o número de demandas individuais, que ensejariam a referida coletivização, fique ao livre arbítrio do magistrado, uma vez que a proposta traz um conceito numérico não mensurável de plano, o que contribui para que o juiz ou relator, utilizando os critérios que entender necessários, enumere a quantidade de demandas individuais unilateralmente.

A título de exemplificação, precisamente no que concerne ao objeto do presente trabalho, ao ser reiteradamente judicializada a pretensão ao fornecimento de um determinado medicamento, não contemplado na listagem do Sistema Único de Saúde, o magistrado identificará a judicialização recorrente através do mecanismo existente e, verificando a necessidade de extensão dos efeitos da tutela a toda a coletividade, adotará o mecanismo de coletivização que entender pertinente.

Uma vez identificada a quantidade de ações individuais pelo juiz ou relator, apta a ensejar a coletivização do bem jurídico tutelado, impõe a proposta que “o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo”.

Segundo prevê o dispositivo, o legitimado à ação coletiva, apta a tutelar o bem jurídico que será coletivizado, será notificado para tomar conhecimento da existência das diversas ações individuais propostas para o mesmo pedido ou causa de pedir, ou o mesmo fundamento jurídico, e, caso queira, ajuizar a competente ação judicial para tutelar o interesse coletivo.

Já em seu artigo 26, a proposta de coletivização se apresenta mais ousada. Prevê o dispositivo que “Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:”.

A presença da relevância social do bem jurídico tutelado é imprescindível nas demandas individuais reiteradas para que o juiz ou relator proceda à coletivização da ação, oportunidade na qual, uma vez verificada a lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental social, por exemplo, poderá converter em coletiva a ação individual desde que atenda também ao que prescrevem os incisos do referido projeto.

Prescreve o inciso I que a conversão em ação coletiva poderá ocorrer para a ação individual que “tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;”.

Conforme já objeto de análise, o direito social à saúde tem como destinatário um grupo indeterminado de pessoas, tendo como titular todos os membros da sociedade, razão pela qual se enquadra na categoria jurídica de direitos difusos, ante a impossibilidade de determinação dos seus destinatários.

Dessa forma, a ação individual que dará ensejo à coletivização pelo magistrado, deverá ter por objeto determinado bem jurídico que seja coletivo e indivisível, cuja tutela afete, via de consequência, a esfera jurídica de toda a sociedade, considerando o direito material tutelado como, por exemplo, um pedido de inclusão

de determinado medicamento na lista de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde.

Já em seu inciso II, dispõe a proposta que a conversão em ação coletiva poderá ocorrer para a ação individual que

“tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária”.

Trata-se de manutenção da relação de igualdade substancial no provimento do direito tutelado pela ação individual, pois, em razão da situação jurídica plurilateral, a concessão, por exemplo, de determinada prestação material à saúde, poderá acarretar uma flagrante situação de desigualdade entre o beneficiário da tutela judicial e os demais titulares do direito social.

Ao dispor sobre o “*padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária*”, prevê a proposta que, com a coletivização da demanda, seja imposta a mesma conduta à parte contrária na satisfação do direito. Referido padrão de conduta unitária se materializa, por exemplo, no que concerne a cobrança da assinatura básica mensal da telefonia fixa, cobrada mensalmente nas contas de telefone.

São dois, portanto, os requisitos inerentes à possibilidade de coletivização da demanda pelo juiz ou relator, presentes nos incisos I e II, devendo ser observada uma das duas situações jurídicas como condição para que o magistrado dê início ao procedimento.

Por seu turno, o parágrafo 1º dispõe que “*Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.*”

Nesse contexto, o autor da demanda individual originária, que deu ensejo à coletivização, permanecerá no pólo ativo da demanda em conjunto com o co-legitimado para a competente ação coletiva.

No parágrafo 2º, há previsão expressa em que “ *O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderá aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.*”

Tal faculdade tem por objetivo possibilitar ao legitimado à demanda coletiva suprir quaisquer lacunas ou carências da petição inicial na qual, a princípio, objetivou o autor somente tutelar seu direito individualmente considerado. Para permitir uma ampla cognição sobre a matéria cuja tutela sofrerá extensão para uma categoria indeterminada de destinatários, faz-se necessário que o legitimado à ação coletiva emende a inicial para adequar seus requisitos e pressupostos à tutela coletiva.

No mesmo sentido, o parágrafo 3º dispõe que “ *Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz solicitará do Conselho Superior do Ministério Público a designação de membro da instituição para fazê-lo.*”

Trata-se, portanto, de uma imposição ao magistrado para que, constatada a omissão do legitimado em se manifestar acerca da necessidade de aditamento da exordial para promover as devidas adequações, notifique o órgão do Ministério Público para que designe membro diverso para fazê-lo, resguardando assim os interesses da coletividade, para que a tutela coletiva não reste prejudicada.

Disposições de ordem geral são previstas nos parágrafos 4º e 5º ao versarem, respectivamente, que “*A coisa julgada atuará erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)*” e “*Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica*”.

Assim, sendo verificada a hipótese de violação de direito fundamental social de titularidade de toda a sociedade e sua relevância social, poderá o magistrado converter a demanda individual em coletiva, ou notificar o legitimado para que, caso entenda pertinente, proponha a demanda coletiva, objetivando que a decisão de mérito conceda a toda a sociedade a efetivação do direito social reiteradamente pleiteado nas demandas individuais, promovendo a irradiação do aludido direito de forma igualitária.

Nesse contexto giram os esforços empreendidos pela moderna sistemática processual para tornar o processo, meramente individualista, um processo coletivizado que objetive assegurar a efetiva tutela jurisdicional a todos os destinatários dos direitos fundamentais sociais, indistintamente, considerando sua dimensão metaindividual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A guisa de conclusão, pôde-se constatar que o planejamento e execução das chamadas políticas públicas decorrem da inafastável vinculação obrigacional do Estado em garantir o pleno gozo e fruição dos direitos fundamentais sociais, consectários dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro inseridos na Constituição da República de 1988, que norteiam o ordenamento jurídico na busca constante pelo bem social comum.

Verificou-se que a proteção dos Direitos Fundamentais, além de conferida pela Constituição Federal, também é materializada por intermédio da celebração de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos internacionais, tendo o Brasil aderido ao macrossistema dos direitos fundamentais e integrando-se o regime político brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Por meio das prestações positivas alcançadas pelas políticas públicas, cabe ao Estado a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais para se garantir a isonomia material no que concerne ao uso, gozo e fruição dos direitos sociais, sem os quais não se é possível garantir uma vida digna ao ser humano.

A moderna interpretação conferida à teoria da Separação dos Poderes foi fruto da transição ocorrida do Estado liberal para o Estado social, que acarretou profundas alterações com relação às funções estatais e suas finalidades, sendo que, em decorrência dessa evolução, a interpretação clássica da teoria, tal como concebida por Montesquieu em um contexto de Estado Liberal, não mais se sustenta na vedação completa da possibilidade de intervenção de um poder na esfera de competência de outro.

Constatou-se, portanto, a necessária idéia de controle e vigilância de um Poder sobre o outro com relação ao cumprimento de suas obrigações constitucionais, municiando cada Poder com instrumentos que favoreçam o exercício harmônico das funções, ampliando do controle democrático sobre as funções exercidas pelos diversos poderes e ensejando a rediscussão sobre a clássica teoria da tripartição de poderes à luz da democracia moderna.

Buscou-se analisar também a função constitucional atribuída ao Poder Judiciário, cuja atribuição, além de solucionar conflitos de interesses por intermédio do devido processo judicial, possibilitando a aplicação das normas jurídicas ao caso concreto e realizando a justiça por meio de um processo justo e efetivo, está autorizado pela Constituição a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, bem como sindicar o mérito do ato administrativo, através da análise de sua legalidade materializada pela perfeita conformação com o ordenamento jurídico e princípios constitucionais.

Buscou-se elidir, ainda, os óbices impostos à possibilidade de incursão do Poder Judiciário na formulação e execução das políticas públicas, atividade constantemente questionada sob os fundamentos de afronta à teoria da Separação dos Poderes, indisponibilidade orçamentária do Estado (reserva do possível), ou mesmo com relação à legitimidade deste poder para que exercite a intervenção judicial.

Com relação ao óbice de democracia formal, comumente imposto ao Poder Judiciário, constatou-se não prosperar em razão da legitimação constitucional decorrente da própria aplicação da lei ao caso concreto ao exercer o Judiciário o controle judicial sobre as políticas públicas, função constitucionalmente assegurada pela democracia substancial, estabelecida pelo Poder Constituinte originário, para garantir e proteger a intangibilidade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, configurada lesão ao direito fundamental social através do descumprimento pelo Estado de um direito fundamental social expresso na Constituição, caberá ao Poder Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, proferir o provimento judicial necessário à proteção e efetivação do direito subjetivo constitucionalmente assegurado, intervindo na Política Pública questionada.

Verificou-se que a lesão ou ameaça de lesão ao mínimo existencial, que demanda a entrega de serviços públicos ou prestação de assistência social necessárias à garantia da dignidade humana, constitui um pressuposto para a intervenção judicial sobre determinada política pública, legitimando o controle jurisdicional a atuar quando restar violado o direito à manutenção de uma vida digna. Concluiu-se, ainda,

que os direitos sociais, integrantes do mínimo existencial, demandam uma análise à luz de cada núcleo social para se identificar as cotas mínimas de direitos fundamentais sociais a serem garantidas.

Buscou-se analisar os limites impostos pela doutrina e jurisprudência ao exercício do controle judicial sobre políticas públicas, que perpassa pelos limites da razoabilidade, a qual se destina propiciar a melhor adequação dos meios aos fins pretendidos, buscando a solução mais razoável para o caso concreto, bem como a sujeição à reserva do possível, a qual se caracteriza pela escassez de meios econômicos para a consecução das prestações estatais positivas destinadas a garantia e efetivação e satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, restou constatado que, quanto tratar-se do núcleo central de determinado direito social, sem o qual não é possível garantir a dignidade humana, a escassez de recursos alegada não poderá esbarrar, de forma intransponível, na reserva do possível, considerando ser o orçamento o meio destinado justamente à garantia dos direitos sociais de cunho prestacional.

Dispondo especificamente sobre o direito social à saúde, concluiu-se que a efetividade deste direito é fortemente impactada pelas profundas desigualdades sociais inerentes à sociedade brasileira, sendo que, não obstante ser o seu acesso universal e igualitário um direito fundamental de todos os cidadãos, os princípios informadores da universalidade e integralidade das políticas públicas de saúde, por si só, não são capazes de delinear as dimensões deste direito social e a importância de políticas públicas planejadas e executadas para sua garantia plena.

A efetivação do direito social à saúde, que ocorre hodiernamente através da judicialização massificada em demandas individuais, acarreta o desenfreio provimento judicial liminar em demandas individuais que, além de violar o princípio informador da universalidade do acesso, pode causar forte impacto orçamentário no atendimento ao direito de um indivíduo isoladamente considerado em detrimento da alocação de recursos financeiros para o planejamento e execução de políticas públicas direcionadas a toda a coletividade, acarretando o paradoxo da desigualdade pelo meio da violação da igualdade substancial.

Concluiu-se, outrossim, que por enquadrar-se o direito à saúde na categoria jurídica de direitos difusos, em razão da impossibilidade de determinação dos seus destinatários, a efetivação plena deste direito social demanda o manejo de instrumentos processuais que possuam alcance coletivo, sendo imperiosa a necessidade de concessão universalizada deste direito por intermédio das ações coletivas, para que o provimento judicial ultrapasse a esfera de pretensão das partes e produza efeitos igualitários para todos os titulares do referido direito social. Referida coletivização de determinada demanda judicial individual deve ser considerada pela moderna sistemática processual, seja através de um novo modelo de processo, ou mesmo mediante a flexibilização dos instrumentos processuais.

Desta feita, objetivou-se demonstrar a possibilidade de coletivização de uma demanda individual, utilizando-se como parâmetro a proposta do Projeto de Lei que Institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, desenvolvido pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), que contempla duas possibilidades de se estender o provimento judicial requerido em uma demanda judicial, ou seja, através da coletivização da demanda individual, ou da propositura da ação coletiva pelos legitimados, após instados pelo magistrado.

Restou amplamente configurada, portanto, a possibilidade de coletivização de demandas individuais pelo Poder Judiciário, sendo observados inúmeros esforços empreendidos pela moderna sistemática processual para tornar o processo, meramente individualista, em um processo coletivizado que possibilite à jurisdição exercer seu dever constitucional de garantir e efetivar o direito social à saúde, elidindo qualquer violação omissiva ou comissiva do Estado através da intervenção no planejamento e execução das políticas públicas, em consonância com os objetivos do Estado social de direito.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed. Curitiba: Jurá, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabríz Ed., 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **A teoria das formas de governo**. 5. ed. Brasília: Editora: Universidade de Brasília, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª. ed. atu. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. STF. **ADPF 45 MC / DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr 2004, publicado no DJ em: 05 mai 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 ago 2011.

BRASIL. TJES. **REMESSA NECESSÁRIA Nº 30080113506**. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Julgamento em: 30 nov 2011, publicado no DJ em: 15 dez 2011. Disponível em: <[http://www.tj.es.gov.br/consulta/cfmx/portal/Novo/det\\_decmon.cfm?edProcesso=30080113506&envia=+Ver+Decis%E3o+>](http://www.tj.es.gov.br/consulta/cfmx/portal/Novo/det_decmon.cfm?edProcesso=30080113506&envia=+Ver+Decis%E3o+>)>. Acesso em: 26 dez 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 134-144, 1996.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-163.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle judicial do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. vol I, 4ª ed. rev. atual**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. I, 10ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2009.

ESTEVES, CAROLINA BONADIMAN. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e. (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 153-172.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini (et all). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (Parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 10 – jul./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de Processo nº 164 - out de 2008.

\_\_\_\_\_. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Direito fundamental à igualdade. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 323-345.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de processo civil**. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

\_\_\_\_\_. Proteção judicial dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 372-400.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-432.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-70.

\_\_\_\_\_. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 2, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Vicente de Paulo Barretto, Flávia Piovesan, citados)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-106.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-599.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** *In:* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49. p. 32-33.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso avançado de processo civil, volume. 1: teoria geral do processo de conhecimento.** 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: Perfil, 2005.

## ANEXOS

Versão final – 6 de setembro de 2011  
Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe  
Com a colaboração dos pesquisadores do CEBEPEJ  
e de professores e alunos do Curso de Mestrado  
em Políticas Públicas da FDV

### PROJETO DE LEI N.

Institui processo especial para o controle e intervenção  
em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário  
e dá outras providências.

### PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 1º - O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário;

### DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 2º . Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente.

Parágrafo único – Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos.

Art. 3º . A petição inicial, que obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para o a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável

por sua efetivação, pela qual se determinará a competência, de acordo com o que dispõe a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009).

Parágrafo único – A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública.

Art. 4º . Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase administrativa, de acordo com o disposto no art. 5º.

#### DA FASE ADMINISTRATIVA

Art. 5º . Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;

III – a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;

IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Par. 1º. Se o pedido envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do caput deste artigo.

Par. 2º - Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

Par. 3º - Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

Par. 4º - O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.

Art. 6º - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações

suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 7º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

## DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 8º - As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 e o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

Art. 9º - A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único – A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 10 - O Ministério Público e outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração Termo de Ajustamento de Conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia com a anuência do Autor.

Parágrafo único – O Termo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 9º.

## DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 11 - Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

Parágrafo único – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 12 – Todos os elementos probatórios colhidos na fase administrativa, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide, sempre que possível.

Art. 13 – O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, seguindo-se a partir da contestação o procedimento sumário previsto nos artigos 277 a 281 do Código de

Processo Civil, mesmo nas causas de maior complexidade e sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública.

Parágrafo único – O juiz usará de rigor para indeferir as provas irrelevantes e impertinentes.

Art. 14 – Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 16 – Se a autoridade competente não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão antecipatória, incorrerá pessoalmente nas multas diárias previstas no Código de Processo Civil, devidas a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 17 – Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 15, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo 1º - Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória.

Parágrafo 2º - O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

Parágrafo 3º – O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso, prazo para apresentação do projeto.

Parágrafo 4º - A execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação do comissário, e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 18 – Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei.

#### DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 19 – Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de, implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único – Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

#### DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 20 – Os tribunais promoverão encontros anuais, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único – Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões trimestrais por entrância, com o mesmo objetivo.

#### DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 21 – Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

#### DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 22 - O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a sua existência e estado.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo o controle de políticas públicas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º. No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu

acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. O regulamento disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 23. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º. Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º. O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

#### DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Art. 24 – Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único – Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 25 – Na hipótese prevista no artigo 24, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

Art. 26 - Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei,

deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º - Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º - O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.

§ 3º - Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º - A coisa julgada atuará *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 5º - Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica.

#### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 27 – Os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da vigência desta lei, varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 28 – As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 29 - Esta lei entrará em vigor no prazo de 60 dias contados de sua publicação.