

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Paola Junya Vettori

IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
O Processo Judicial a Serviço de uma Administração Pública Eficiente

Porto Alegre

2012

PAOLA JUNYA VETTORI

IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

O Processo Judicial a Serviço de uma Administração Pública Eficiente

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2012

PAOLA JUNYA VETTORI

IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

O Processo Judicial a Serviço de uma Administração Pública Eficiente

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 07 de janeiro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Daniel Mitidiero
Orientador

Professor Doutor Klaus Cohen Koplin

Professor Doutor Sérgio Luis Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTO

Agradeço a todas as pessoas que de alguma forma colaboraram para a realização deste trabalho de conclusão de curso e em especial:

Ao Dr. Daniel Mitidiero, pela inspiração ao estudo do Direito e preciosismo admirável.

Ao Paulo Mendes, pelo apoio, paciência e auxílio irrestrito.

Aos meus pais, pela presença constante apesar da distância.

À Daniela Vettori, pelo companheirismo e suporte.

Ao Rafael Cassol, pelo porto-seguro.

Ao Dr. Henrique Sarubbi Fillmann, pela amizade.

RESUMO

A despeito da preconizada aplicabilidade imediata, os direitos fundamentais e a sua concretização constituem tema repleto de complexidades no seu plano aplicativo, das quais se destaca o exercício do controle jurisdicional das políticas públicas. Verifica-se que a atuação omissa ou deficiente da Administração Pública na concretização dos direitos fundamentais tem estimulado a provocação do Poder Judiciário para atuar no reconhecimento de direitos subjetivos a prestações vinculadas aos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social do art. 6º da CRFB/88. As críticas a essa atuação do Poder Judiciário não persistem diante da observância das “virtudes passivas” do processo, que se projetam, de forma especial, no direito fundamental à participação, no direito fundamental ao contraditório e no dever constitucional de fundamentação das decisões. Essas virtudes conferem legitimidade ao controle jurisdicional das políticas públicas, propiciando o exercício da democracia direta e a salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalizados. Contudo, esse agir do Poder Judiciário implica extrema cautela e responsabilidade, sob pena de restar desvirtuado o fundamento da busca da justiça e da igualdade material, através do aprofundamento dos problemas levados a Juízo. Faz-se necessário, portanto, que, ao decidir, os magistrados levem os custos dos direitos a sério, para que as políticas públicas possam seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Além disso, devem atuar de forma subsidiária e excepcional, para que não se tenha um reforço da inércia e da inatividade do destinatário inicial do cometimento constitucional – a Administração Pública. Nesse contexto, evidencia-se a extrema importância de um agir do Poder Público guiado por e para a satisfação do direito fundamental à boa administração pública.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Estado Constitucional. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Direito fundamental à Boa Administração Pública. Custos dos Direitos.

ABSTRACT

Despite the considered immediate applicability, fundamental rights and their implementation are subject fraught with complexities in its application level, of which is highlighted the exercise of judicial review of public policy. The omissive or deficient performance of public administration in the implementation of fundamental rights has encouraged people to seek a judicial power directed to the recognition of fundamental rights, especially the social ones of rule contained in Article 6 of the Brazilian Federal Constitution of 1988. The criticisms of the judicial power do not persist in the face of observance of "passive virtues, especially the basic rights to participate, the fundamental rights to adversarial proceedings and the constitutional duty to give reasons for decisions. These virtues give legitimacy to judicial control of public policies, because they favor the exercise of direct democracy and the protection of fundamental rights. However, this performance of the judiciary implies extreme caution and responsibility, under penalty remains undermined the foundation of the pursuit of justice and equality material, through the deepening of the problems brought to judgment. It is therefore of paramount importance, therefore, that in deciding the magistrates take the cost of rights seriously, so that the public policy can follow the guideline of reducing economic and social inequalities. Furthermore, they must act in a subsidiary and exceptional way, avoiding enhanced inertia and inactivity of recipient's original constitutional so they do commission - Public Administration. In this context, highlights the importance of the government's performance led by and for the satisfaction of the fundamental rights to good public administration.

Key words: Fundamental rights. Constitutional State. Judicial Review of Public Policy. Fundamental Right to Good Public Administration. Cost of Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	EMERGÊNCIA DA SOCIEDADE PLURAL E CRIAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL	10
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALIZADOS.....	12
2.2	SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM DESAFIO.....	15
2.3	O CUSTO DOS DIREITOS NA DOCTRINA DE STEPHEN HOLMES E CASS SUNSTEIN.....	17
2.3.1	Implementação dos direitos: um contrato social.....	23
2.3.2	Vinculação do indivíduo ao Estado: reforço da liberdade e efetivação dos direitos.....	27
3	FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	29
3.1	POLÍTICAS PÚBLICAS: SINCRETISMO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA POLÍTICA.....	29
3.2	CUMPRIMENTO DO DEVER: ATUAÇÃO CONSOANTE O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	38
4	CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	41
4.1	O PROCESSO E AS SUAS VIRTUDES.....	46
4.1.1	Direito fundamental à participação e princípio da demanda	48
4.1.2	Direito fundamental ao contraditório	50
4.1.3	Dever constitucional de fundamentação das decisões.....	53
4.2	EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E IDEAL CONSTITUCIONAL.....	56
5	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

Levar a Constituição a sério é “instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições”.¹ Decerto que a eficácia da Constituição depende de sua conformação com a realidade social, e que, no caso brasileiro, há uma grande distância entre esta e os preceitos, programas e promessas constitucionais.

Merece destaque o grande debate travado no atual Direito Constitucional atinente à vinculação das diversas funções, órgãos, agentes e atos estatais aos direitos fundamentais consagrados na Constituição e à sua efetivação. A despeito da preconizada aplicabilidade imediata, o tema da concretização dos direitos fundamentais revela-se repleto de complexidades no seu plano aplicativo.

Entre as principais questões que integram essa gama de complexidades encontra-se o controle jurisdicional das políticas públicas. Originalmente tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, as suas formulação e implementação têm sofrido intervenção constante do Poder Judiciário.

A atuação, por vezes omissa ou pouco eficiente, da Administração Pública tem instigado a provocação do Poder Judiciário para atuar no reconhecimento de direitos subjetivos (individuais ou coletivos) a prestações vinculadas aos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social do art. 6º da CRFB/88. No entanto, essa atuação não está livre de críticas, sustentadas especialmente no suposto caráter contramajoritário desse poder.

Neste contexto, este trabalho pressupõe a possibilidade de o Poder Judiciário tratar de *policies* e *rights* – em que pese haja respeitadas vozes que sustentem seja esse um poder afeito às decisões que tratam apenas de *rights*² - e afirma a sua legitimidade para interferir na formulação e na implementação das políticas públicas.

No intuito de agregar valor às discussões sobre o tema no cenário nacional, o presente estudo procura desenvolver uma reflexão teórica e prática, buscando contribuir para a racionalização das questões que envolvem esse assunto tão repleto de sutilezas. Para cumprir

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 284.

² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”. Importante ressaltar que o autor considera o caráter substantivo dos princípios, cujo conteúdo é preenchido com valores morais, vinculados à ideia de justiça ou a outras dimensões da realidade.

tal desiderato, enfrenta: (I) o contexto que deflagrou o surgimento do Estado Constitucional, como desenvolvimento em relação ao antecessor Estado Legislativo; (II) a relevância adquirida pelos direitos fundamentais no século XX, que culminou no seu ingresso, de forma expressa, em Constituições, e o caso brasileiro; (III) como o custo dos direitos influencia nas decisões políticas; (IV) o importante papel da atuação da Administração Pública na efetivação da Constituição por meio de políticas públicas e a necessidade da observância do direito fundamental à boa Administração Pública; (V) a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, em casos de omissão ou ineficiência do Poder Público, as características que o legitimam e os efeitos, especialmente relacionados à limitação de recursos, a serem ponderados na decisão judicial.

Com a certeza da atualidade e da relevância do tema, este trabalho realiza-se esperançoso em relação aos rumos do nosso país, tendo em mente que

as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem pelo plano das ideias vitoriosas para a vivência concreta no mundo real. O curso do processo civilizatório é mais lento que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante que a velocidade.³

³ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14

2 EMERGÊNCIA DA SOCIEDADE PLURAL E CRIAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

É possível dizer que as grandes questões que dominaram a Idade Moderna envolveram as tentativas da sociedade de encontrar formas para combater o abuso de poder e a possibilidade de arbítrio, para conferir estabilidade aos governos e para propiciar o desenvolvimento social.

No Estado Legislativo, tanto na sua fase econômica liberal, quanto na sua fase social, o império da lei teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição. Nesse período, as declarações de direitos eram apenas nominativas, e a Constituição tinha por principal função tão-somente ordenar os diversos ramos do Poder. Ao Poder Judiciário cabia apenas a justiça retributiva e a defesa dos direitos individuais dos cidadãos. O direito era dominado pelas codificações, com pouco espaço para a atividade interpretativa. A Justiça servia apenas à manutenção do *status quo*, e a democracia era exercida somente para garantir os espaços de liberdade jurídica do indivíduo.⁴

Naquele estágio de evolução do Estado, para haver intromissão na liberdade dos cidadãos não bastava uma ordenação do rei, era sim necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. Naquele contexto, a lei constituía um critério de identificação do direito, cuja validade estava adstrita às formas de sua produção e não à justiça que buscavam. A criação do Direito, por sua vez, constituía tarefa única e exclusiva do Poder Legislativo, que, em decorrência disso, assumia posição de preponderância, enquanto o poder de julgar externalizava-se através de uma atividade puramente intelectual, limitada a afirmar rigorosamente o texto da lei.⁵

Destarte, com o direito reduzido à lei, caracterizada pelas propriedades de generalidade – que guardava em si o intuito de, através da imparcialidade, tratar todos os cidadãos com igualdade - e abstração - que objetivava a garantia da estabilidade do ordenamento jurídico⁶ - visava-se apenas à igualdade formal, sem considerar a materialidade da vida real. Todavia, foi justamente a dimensão concreta da vida em sociedade que fez saltar

⁴ ZANETTI JR., Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 26-27.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.p. 29.

aos olhos a percepção de que a igualdade social era elemento cerne para o atingimento da liberdade tão almejada pelo Estado Liberal.

Em vista disso, o modelo de Estado vigente, portanto, já não atendia às necessidades do pluralismo das forças sociais, cujos indivíduos reivindicavam efetivas inserção na sociedade e proteção do Estado. Duarte sintetiza que a emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito [...] “determinaram a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado Legislativo”. Acrescenta ainda que as “tensões desagregadoras” expressaram-se de duas formas: 1) na percepção interna da lei, na qual se verificou o deslocamento de uma concepção unívoca e homogênea para um conjunto de interesses em permanente conflito; 2) na perspectiva externa, na qual a vinculação a uma codificação idealizada cedeu espaço a um processo de normatividade vinculado a processos autônomos de regulação social derivados do pluralismo social ⁷.

Desta forma, tornou-se emergencial considerar o princípio da legalidade a partir de uma perspectiva substancial, que permitisse a sua conformação com os princípios de justiça e impedisse aberturas no sistema que propiciassem o cometimento de arbitrariedades. Tornou-se necessário, portanto, que tal substância e tais princípios fossem colocados numa posição superior, capaz de subordinar a lei à conformação e à confrontação. Disto resultou a sua infiltração nas Constituições, que,

para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de *flexibilidade* – tornando-se ‘rígidas’, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária - e passaram a ser vistas como dotadas de *plena eficácia normativa*. *A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição.*⁸

Por sua vez,

a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos. Juízes e tribunais passam a deter ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.⁹

No ponto, vale ressaltar que, no âmbito da interpretação jurídica, é enorme a diferença entre o Estado Legislativo e o Estado Constitucional. Enquanto “se pressupunha no primeiro

⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos**: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 17.

uma *unidade entre texto e norma*”, de modo que o legislador outorgava ambos; no segundo, norma e texto são separados, fazendo que o legislador outorgue apenas texto, e “as normas [sejam] fruto de uma *outorga de sentido aos textos* pelos seus destinatários”, para a qual contribui, de forma relevante, a atividade jurisdicional na “*reconstrução do sentido normativo das proposições jurídicas*”.¹⁰

Além disso, insta salientar a grande mudança ocorrida no campo da técnica legislativa, em que

passa-se de uma legislação redigida de forma *casuística* para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica *aberta*. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). Como facilmente se percebe, entram no segundo grupo os *conceitos jurídicos indeterminados* e as *cláusulas gerais* – os primeiros como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado, e há consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas na própria proposição legal.¹¹

Nessa conjuntura permeada por inúmeras mudanças, é possível afirmar que “a crise político-moral e as transformações socioeconômicas [mudaram] as constituições e as constituições [mudaram] o Direito. Com efeito, as constituições [deixaram] de ser o instrumento de limitação e organização do governo e [converteram-se] na ordem jurídica global das comunidades políticas”¹².

Diante, pois, da nova concepção de direito decorrente do desenvolvimento do Estado Constitucional, da reconstrução do princípio da legalidade desde uma perspectiva substancial e da supremacia da Constituição, necessário é abordar o papel dos direitos fundamentais nesse novo contexto.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALIZADOS

Para análise da dimensão social da transformação do Estado Legislativo no Estado Constitucional, inevitável é a abordagem da evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais à consagração constitucional.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 669

¹¹ *Loc. cit.*

¹² MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

Ferreira Filho ensina que o marco inicial da valorização dos direitos fundamentais foi a Constituição francesa de 1848. Promulgada em 4 de novembro, foi precedida por um preâmbulo – que reconhece expressamente os “direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas”, com referência ao direito ao trabalho e, com menor ênfase, à educação. Ademais, contém um capítulo no qual o Estado compromete-se a estabelecer “trabalhos públicos para empregar braços desocupados”, a fim de atender ao direito do trabalho¹³.

Posteriormente, menciona a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa de 1918 e o Tratado de Versalhes de 1919. No que toca à Constituição Mexicana, Ferreira Filho afirma que, embora tenha exercido influência mínima sobre o constitucionalismo da América Latina, ela apresenta como novidade “o nacionalismo, a reforma agrária, a hostilidade em relação ao poder econômico” e um rol de direitos do trabalhador. Já no que diz respeito à “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, editada na Rússia, o autor pondera seu tom propagandístico e sua pequena influência na definição dos direitos fundamentais, mas salienta a enunciação de princípios como o da abolição da propriedade privada da terra e do confisco dos bancos e da colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores. Cita, em seguida, com maior ênfase, a Parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, pelo qual se definiram as condições de paz entre Aliados e a Alemanha, na qual se encontra a Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT – e a consagração dos “direitos do trabalhador, direitos sociais vistos como fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado”¹⁴.

Ao depois, e agora sim com grande destaque, Ferreira Filho apresenta a Constituição da Alemanha Republicana, cujas “seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades”, especialmente a última, que destaca a sujeição da propriedade à função social. Por fim, coroa a evolução com a abordagem da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada num cenário de horror, em meio às “calamidades e atrocidades decorrentes de um morticínio sem precedentes na história”, produtos da II Guerra Mundial. Em 1948, ano da promulgação da Declaração dos Direitos Humanos, o mundo ainda amargava “o massacre do homem enquanto ser” e a

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46/47.

¹⁴ *Ibidem*, p. 49

¹⁵ *Ibidem*, p. 53.

produção, pelo próprio homem, “das formas mais ultrajantes da redução da condição humana”, das quais “os campos de concentração são o exemplo emblemático desta ignomínia”¹⁶.

Assumindo esta inteligência, os povos, ao redor do mundo, tiveram de admitir que o fascismo e o nazismo haviam ascendido sob o domínio e a observância do Estado Legalista, numa demonstração imensurável de que normas positivadas em lei não eram suficientes para garantir a dignidade humana e o desenvolvimento social. Verificou-se então a necessidade de reconstituir o valor humano, através do comprometimento global de uma atuação dos Estados voltada à efetivação daqueles direitos, considerados os mais caros para o homem. Destarte, os Estados espontaneamente adotaram um “sistema ético de referência” fundado no “sistema internacional de proteção dos direitos humanos”¹⁷.

Por consequência lógica da adesão do Brasil a tal “sistema ético de referência”, houve a assunção do compromisso de obrigar todas “as formas de expressão do poder estatal a concretizarem, contínua e progressivamente” os direitos humanos, fazendo nascer a obrigatoriedade de repúdio a qualquer conduta do Estado brasileiro tendente a restringir ou suprimir os direitos¹⁸. Com vistas a reforçar tal compromisso, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos foram constitucionalizados pelo Estado brasileiro, vindo a consagrá-los como direitos fundamentais¹⁹, protegidos por cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CRFB/88²⁰). Além disso, a Constituição ressaltou, no seu art. 5º, §2º, que o rol expresso de direitos e garantias fundamentais nela contido é meramente exemplificativo, sem prejuízo da proteção de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²¹.

Logo, inevitável concluir que uma vez constitucionalizados, os direitos fundamentais devem gozar de plena efetividade, que só é possível num Estado Democrático de Direito. Pode-se afirmar, por conseguinte, que só há efetivação de direitos fundamentais onde há democracia; e só há democracia onde há liberdade e igualdade substancial.

¹⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

¹⁷ *Ibidem*, 46.

¹⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.224.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. “Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012.

2.2 SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM DESAFIO.

O pluralismo que permeia nossa Constituição é evidente. Inegável que os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, estavam empenhados em promulgar uma Constituição capaz de

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 controvérsias²².

Contudo, irrefutável também que cada um possuía suas concepções morais, políticas e religiosas próprias, e que, muito provavelmente, inexistia consenso entre eles em muitas matérias. Em vista disso, nitidamente nossa Constituição tem tanto opções explícitas quanto implícitas. Segundo a concepção de Ingo Sarlet,

o regime dos princípios atua como o substrato de conteúdo normativo para que direitos fundamentais implícitos e não escritos afirmem sua fundamentalidade, não evidentemente por meio de um regime formal, mas sim em decorrência de um regime material, confirmando que o regime jurídico dos direitos fundamentais não apenas comporta as posições jurídicas formais, mas também aquelas que materialmente podem ser construídas, exegese que se impõe em homenagem ao art. 5º, §2º, da Constituição Federal.²³

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (CRFB/88, art. 1º, *caput*), que consagra como fundamentos a soberania popular (Inciso I) e a dignidade da pessoa humana (incisos III), e estabelece, como seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB/88, art. 3º).²⁴

Para atingir tais objetivos, a Constituinte: 1) declinou no *caput* do art. 5º, o postulado da igualdade substancial; 2) desenvolveu extenso rol de direitos fundamentais individuais e coletivos (incisos), sem prejuízo da garantia de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º); 3) previu, expressamente, nos arts. 6º a 11, os direitos fundamentais sociais, consubstanciados na educação, na saúde, na alimentação, no trabalho, na moradia, no

²² BRASIL. **Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 12 nov. 2012.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 125.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012.

lazer, na segurança, na previdência social, na proteção à maternidade e à infância, na assistência aos desamparados; e 4) estabeleceu, nos arts. 12 e 13, os direitos de nacionalidade, e, nos arts. 14 a 17, os direitos políticos.²⁵

Conferiu-lhes, ademais, “eficácia plena, independentemente de qualquer consagração em texto constitucional”, como decorrência da integração voluntária do Brasil ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. “Por esta razão, a diretiva contida no art. 5º, §1º²⁶, da Constituição Federal representa a mera reiteração de que o Estado brasileiro reconhece a plena e imediata eficácia dos direitos humanos, em toda a sua extensão jurídica”²⁷

Nesse estágio do estudo, imperativo verificar os significados do termo “direitos”, os quais podem ser analisados sob duas óticas: “a moral e a descritiva”. A primeira associa direitos com princípios ou ideais morais e os identifica através do questionamento referente a que moralmente os seres humanos têm direito. A segunda, “com raízes nos escritos do filósofo britânico Jeremy Bentham, do Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes Jr., de Hans Kelsen e de H. L. A. Hart, é mais descritiva e menos valorativa”; estando mais interessada em explicar como os sistemas legais de fato funcionam do que em justificá-los, procedendo a uma “busca empírica dos tipos de interesses que determinada sociedade politicamente organizada de fato protege”. Nessa estrutura, um interesse é qualificado como direito quando um sistema legal efetivo usa de recursos coletivos para defendê-lo; constituindo-se assim, por definição, como um “filho da lei”²⁸.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata..

²⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61

²⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 16-17. “Tradução nossa”. Original: “*The term ‘rights’ has many referents and shades of meaning. There are, broadly speaking, two distinct ways to approach the subject: moral and descriptive. The first associates rights with moral principles or ideals. It identifies rights not by consulting statutes and case law, but by asking what human beings are morally entitled to.*

.....
A second approach to rights – with roots in the writings of the British philosopher Jeremy Bentham, American Supreme Court Justice Oliver Wendell Holmes Jr., and legal philosophers Hans Kelsen and H. L. A. Hart – is more descriptive and less evaluative. It is more interested in explaining how legal systems actually function and less oriented toward justification. It is not a moral account. It takes no stand on which human interests are, from a philosophical perspective, the most important and worthy. It neither affirms nor denies ethical skepticism and moral relativism. Instead it is an empirical inquiry into the kinds of interests that a particular politically organized society actually protects. Within this framework, an interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it. As a capacity created and maintained by the state to restrain or redress harm, a right in the legal sense is, by definition, a ‘child of the law’.”

Aceitando a premissa de que num estudo sobre efetivação dos direitos fundamentais sociais é impossível dissociar, concretamente, as perspectivas moral e descritiva, partir-se-á aqui de uma visão conglobante – coadunada de modo completo à realidade de que os direitos fundamentais não constituem rol exaustivo na CRFB/88 – que proporciona a leitura do termo “direitos” no sentido de que é direito tudo que a Constituição “diz” que é direito, e é direito tudo aquilo que a sociedade politicamente organizada de fato protege como direitos, respondendo positivamente à perquirição relacionada a que efetivamente os seres humanos têm direito.

Logo, “tudo que se encontra na Carta Fundamental deve ser visto como tendente à eficácia”²⁹. E, por este motivo,

independentemente do juízo que cada cidadão possa e deva fazer sobre essa opção política, não há dúvida de que o dispêndio de recursos pelo Estado brasileiro é uma atividade de cada vez maior relevância para o país, tanto pelo volume de recursos que desloca, como pela importância dos fins que busca realizar. Justifica-se, portanto, que essa, dentre todas as outras desempenhadas pelo Estado, receba atenção específica.³⁰

Movida por tal intuito e ciente da dicotomia³¹ existente entre os direitos fundamentais constitucionalizados - os direitos liberais ou de defesa, que expressam posições jurídicas subjetivas de defesa, cujo objeto é a omissão do Estado e da sociedade na prática de condutas lesivas ao indivíduo; e os direitos sociais ou direitos a prestações materiais (sociais, econômicas e culturais), dependentes de serviços e instituições do Poder Público – o presente trabalho passa à análise do custo dos direitos, com apoio na doutrina de Holmes e Sunstein.

2.3 O CUSTO DOS DIREITOS NA DOCTRINA DE STEPHEN HOLMES E CASS SUNSTEIN

De plano, imperativo questionar: por que expor, neste trabalho, uma abordagem norte-americana sobre direitos, que corresponde a uma doutrina nascida no seio de uma sociedade,

²⁹ FREITAS, Juarez. **A Democracia Como Princípio Jurídico. Como Princípio Jurídico.** In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord). **Direito Público Moderno: Homenagem Especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102-103.

³¹ Insta salientar que Mello adota o caráter tricotômico da relação jurídica que se forma entre os destinatários ativo e passivo e o objeto do direito fundamental (“direitos liberais ou de defesa”; “direitos de participação política”; e “direitos sociais ou direitos a prestações”). MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 164.

que, regida pelo *Common Law*, tem valores e regras de funcionamento próprias, e cuja Constituição, elaborada ainda no século XVIII, exclui, contrariamente à CRFB/88, previsão expressa de direitos fundamentais sociais? As possíveis respostas para tal questionamento certamente incluem a afirmação de que o problema dos custos dos direitos está em toda parte, diante da realidade inafastável de que vivemos num mundo com necessidades muitas e recursos limitados para a sua efetivação. Ademais, é certo que

o modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características remontam a mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Este foi o marco inicial do reconhecimento da Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento.³²

Além disso, incluem também a correta ponderação de que os estado-unidenses, embora órfãos de direitos fundamentais sociais constitucionalizados, têm um sistema semelhante de garantias, provido não pela Constituição Federal, mas pelas Constituições estaduais, pelo que a existência de tais direitos está longe de ser uma presença alienígena ou anômala dentro da cultura política do país³³.

Assim, uma vez justificado o cabimento do presente estudo, importa salientar, nesse passo, que a Declaração da Independência dos Estados Unidos determina que “governos sejam estabelecidos entre os homens para que os direitos sejam assegurados”. No entanto, a essa lógica deve ser acrescentado uma premissa racional que possui inúmeras implicações, qual seja: os direitos custam dinheiro. Os autores afirmam que os direitos não podem ser protegidos sem dinheiro e apoio públicos, o que constitui verdade inarredável tanto para os “velhos” quanto para os “novos” direitos; tanto para os direitos sociais quanto para os direitos individuais. Nesse contexto, “o direito à liberdade de contratar não implica menos gastos do que o direito à saúde; o direito à liberdade de pensamento não custa menos do que o direito à moradia”, e, portanto, é possível dizer que “todos os direitos [verdadeiramente] reivindicam perante o tesouro público”. Ou seja, “possuem ‘dentes’”.³⁴

³² BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo.** Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13-14.

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 211-212. “*In practice, Americans have a similar system of guarantees, even though access here to free education is provided not by the federal government under the national Constitution but by the states.*”

³⁴ *Ibidem*, p. 15. “Tradução nossa”. Original: “*The Declaration of Independence states that “to secure these rights, Governments are established among men”. To the obvious truth that rights depend on government must*”

No entanto, não obstante evidente a relevância do tema, verifica-se que esse tópico tem sido ignorado. Por quê? Porque, “embora a dispendiosidade dos direitos devesse ser um clichê, ela soa, em vez disso, como um paradoxo, uma ofensa às boas maneiras, uma ameaça à preservação dos direitos”. Os autores alegam que vige o pensamento de que averiguar se um direito tem custos é “confessar que nós temos que dar algo para adquiri-lo ou assegurá-lo. Ignorar custos é deixar dolorosos *tradeoffs* convenientemente fora do contexto”. Analisando a sociedade americana, Holmes e Sunstein explicam que os liberais, por exemplo, têm hesitado em chamar a atenção para os encargos públicos associados às liberdades civis - diante da limitação imposta, pelas majorias conservadoras na Suprema Corte, a vários direitos concedidos e solidificados durante o mandato do Chefe de Justiça Earl Warren. Já os conservadores, por sua vez, também “preferem se manter calados sobre – ou como sua retórica sugere, ficar cegos para com - a maneira como os tributos de toda a comunidade são utilizados para proteger os direitos de propriedade dos indivíduos abastados”³⁵.

O desejo difundido de retratar direitos sob uma ótica irrestritamente positiva pode ajudar a explicar por que uma aproximação cega dos seus custos tem-se tornado conveniente para todos. De fato, nós poderíamos inclusive falar de um tabu cultural – concebido, talvez, no bojo de preocupações reais – em relação ao custo de implementação dos direitos³⁶.

Os autores defendem que a difundida, porém obviamente errônea premissa de que os direitos individuais “não implicam custos não pode ser plausivelmente atribuída a uma falha em detectar custos ocultos”. Isso porque os custos em questão não estão tão profundamente escondidos como se poderia afirmar. É evidente, por exemplo, que “o direito a uma compensação razoável para bens confiscados sob o poder de domínio eminente tem

be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of Americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt's New Deal. Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury”.

³⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 24-25. “Tradução nossa”. Original: “*Why this topic has been ignored? Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture. Disappointed by the way recent conservative majorities on the Supreme Court have limited various rights first granted during the tenure of Chief Justice Earl Warren, liberals may hesitate to throw a spotlight on the public burdens attached to civil liberties. Conservatives, for their part, may prefer to keep quiet about – or, as their rhetoric suggests, may be oblivious to – the way that the taxes of the whole community are used to protect the property rights of wealthy individuals”.*

³⁶ *Ibidem*, p. 25. “Tradução nossa”. Original: “*The widespread desire to portray rights in an unqualifiedly positive light may help explain why a cost-blind approach to the subject has proved congenial to all sides. Indeed, we might even speak here of a cultural taboo – grounded in perhaps realistic worries – against the ‘costing out’ of rights enforcement.*”

substanciais custos orçamentários”. Da mesma forma, é inarredável que o direito a um tribunal de júri acarreta gastos públicos, uma vez que o próprio direito a apelar em processos criminais já assume, *per si*, que “os tribunais têm financiamento público”. No ponto, citando, por projeção, um estudo de 1989, Holmes e Sunstein afirmam que “um tribunal do júri nos Estados Unidos custa ao contribuinte, em média, cerca de 13 mil dólares”.³⁷

Neste contexto, não é inapropriado constatar que os juízes implicitamente reconhecem “que tempo é dinheiro – mais especificamente, que o tempo da Justiça é dinheiro do contribuinte” - quando realizam audiências pré-julgamento para encorajar acordos extrajudiciais a fim de reduzir a demora e o acúmulo de processos. Da mesma forma, é inegável que as agências governamentais tomam as despesas orçamentárias em conta quando decidem o modo como elaborarão audiências, obrigatórias sob a cláusula do devido processo legal, antes de reduzir a esfera de liberdade ou propriedade de um cidadão (no caso de retirar a carteira de motorista, por exemplo)³⁸.

Portanto, quando a sociedade dispõe-se a pensar sobre o custo dos direitos, verifica que a cláusula do devido processo legal³⁹, por diversas vezes, é transformada em “quanto de processo legal é devido?”, acarretando implicações que não são, nem de longe, objeto de reflexão crítica ou explicação aprofundada, estando fora das pautas de discussões urgentes⁴⁰.

E não é só. Os autores ressaltam que voltar a atenção para a questão do custo dos direitos levanta outras inúmeras controvérsias, “não apenas sobre o quanto realmente custam os direitos, mas também sobre ‘quem’ decide como alocar nossos escassos recursos públicos para a proteção de ‘quais’ direitos, e ainda ‘para quem’”. Ademais, Holmes e Sunstein

³⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 26. “Tradução nossa”. Original: “*The widespread but obviously mistaken premise that our most fundamental rights are essentially costless cannot be plausibly traced to a failure to detect hidden costs. For one thing, the costs in question are not do terribly hidden. It is self-evident, for instance, that the right to a jury trial entails public costs. A 1989 study provides a dollar amount: the average jury trial in the United States costs the taxpayer roughly \$13 thousand. Just as plainly, the right to reasonable compensation for property confiscated under the power of eminent domain has substantial budgetary costs. And the right of appeal in criminal cases clearly assumes that appellate tribunals are publicly funded.*”

³⁸ *Loc. cit.* “Tradução nossa”. Original: “*When judges hold pretrial conferences to encourage out-of-court settlements in order to reduce delay and congestion in court, they implicitly acknowledge that time is money – more specifically, that court time is taxpayer’s money. Under the due process clause, government agencies must provide some sort of hearing in connection with taking away a person’s liberty or property (including driver’s licenses and benefits), but courts routinely take budgetary expenses into account when deciding how elaborate a hearing to hold.*”

³⁹ Para aprofundamento, consultar MATTOS, Sergio Luis Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁰ HOLMES; SUNSTEIN, *op cit.*, p. 27. “Tradução nossa”. Original: “*Statements of this sort, which have become central to the particular legal question of “how much process is due?” may seem like common sense, but their implications have not yet been fully spelled out or thought through.*”

questionam quais princípios são comumente invocados para direcionar essas alocações e se eles podem, de fato, ser defendidos, haja vista que “a simples consideração de que os direitos têm custos acarreta o reconhecimento da inevitabilidade do governo” e das suas ações, muitas das quais, se observadas superficialmente, “parecem nem envolver o governo” de fato. Ao depois os autores densificam a abordagem - e aqui sim lançam forte brilho sobre esta pesquisa - afirmando que “voltar a atenção para os custos públicos de direitos individuais pode lançar nova luz sobre questões antigas, como as dimensões apropriadas do Estado Social e a relação entre governo moderno e direitos liberais clássicos”. Por fim, imprescindível advertir que as decisões de políticas públicas não devem ser tomadas pressupondo hostilidade entre liberdade e Estado cobrador de impostos, visto que “se estes dois estiverem realmente em conflito, todas as nossas liberdades básicas estarão tendentes à abolição”.⁴¹

Partindo disso, é ingênuo e demagógico descrever direitos como “invioláveis, peremptórios e conclusivos”, porquanto “nada do que custa dinheiro pode ser absoluto”. Tendo em vista que a aplicação dos direitos pressupõe “gasto seletivo do dinheiro do contribuinte”, não se pode pensar que o Poder Público os protegerá de forma unilateral, sem levar em conta as consequências orçamentárias da sua decisão sobre todos os ramos do governo. A fim de elucidar tal posicionamento, pode-se pensar na questão da segurança pública. Diante da violência que acomete a sociedade como uma chaga e dos custos altos da proteção privada, há o dever do Estado – e o direito do cidadão – de proteção. Contudo, fornecer a segurança pública é um serviço que se baseia em recursos escassos, de modo que a proteção poderá – e normalmente é o que acontece – fornecer o serviço de forma deficitária. A mesma lógica é aplicável no caso da proteção de direitos individuais contra abusos do governo, o qual - utilizando como projeção o direito de indenização do indivíduo no caso de tomada da propriedade pelo Poder Público sob o poder de domínio eminente – é inútil se o Tesouro é incapaz de pagá-la. Assim, inevitável concluir que se os direitos têm custos, sua

⁴¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 31. “Tradução nossa”. Original: “*Attention to the cost of rights raises a flurry of additional questions, not just about how much various rights actually cost, but also about who decides how to allocate our scarce public resources for the protection of which rights, and for whom. What principles are commonly invoked to guide these allocations? and can those principles be defended? Finally, the simple insight that rights have costs points the way toward an appreciation of the inevitability of government and of the various good things that government does, many of which are taken so much for granted that, to the casual observer, they do not appear to involve government at all. Attention to the public costs of individual rights can shed new light upon old questions such as the appropriate dimensions of the regulatory-welfare state and the relationship between modern government and classical liberal rights. Public policy decisions should not be made on the basis of some imaginary hostility between freedom and the tax collector, for if these two were genuinely at odds, all of our basic liberties would be candidates for abolition.*”

concretização é sensível ao tamanho dos cofres públicos, “estando sujeitos à redução, quando os recursos disponíveis estiverem em baixa, ou à expansão, quando estiverem em alta”.⁴²

E aqui não se está a defender uma posição de complacência em relação à má prestação de serviços e à falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, se está, sim, a analisar como o custo dos direitos influencia indistintamente todas as decisões políticas, estejam elas versando sobre direitos individuais ou coletivos, liberais ou sociais. Isso tudo para que, ao final do estudo, possa-se olhar para tais situações de forma atenta, não cega como corriqueiramente se faz, e pensar, para os problemas reais da sociedade, soluções reais, passíveis, verdadeiramente, de concretude e efetividade.

Considerar os direitos relativos – e não reivindicações absolutas, portanto – não significa desistir da satisfação plena, mas implica enxergar no fator custo outro caminho, além daqueles frequentemente tomados, “para uma melhor compreensão da natureza de todos os direitos”. Ele deve ser avaliado como um complemento valioso e útil para as abordagens mais conhecidas acerca do tema, e não menos importante do que estas, “como a ‘teoria cega ao custo’ costumou convencionar, reforçando mal-entendidos no que diz respeito à sua função social ou propósitos”. Importante frisar que “voltar a atenção para os custos dos direitos revela até que ponto a sua efetivação, como efetivamente realizada nos Estados Unidos (e nos outros países, de modo geral), está cheia de *tradeoffs*, incluindo *tradeoffs* financeiros”. No entanto, obviamente “isso não significa dizer que as decisões [relativas a direitos] devam ser tomadas por contadores; significa, apenas, que os funcionários públicos e os cidadãos devam levar os custos orçamentários dos direitos [efetivamente] em conta”.⁴³

⁴² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 97. “Tradução nossa”. Original: “*Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. Since protection against private violence is not cheap and necessarily draws on scarce resources, the right to such protection, presuming it exists, cannot possibly be uncompromisable or complete. The very same is true of more familiar individual rights to protection against government abuse. For instance, my right to compensation for the taking of my property under the eminent domain power is worthless if the Treasury is empty and unable to pay. [...] Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand*”.

⁴³ *Ibidem*, p. 97-98. “Tradução nossa”. Original: *Rights are relative, not absolute claims. Attention to cost is simply another pathway, parallel to more heavily traveled routes, to a better understanding of the qualified nature of all rights, including constitutional rights. It should be a useful supplement to more familiar approaches, not least of all because the conventional cost-blind theory of rights has reinforced a widespread misunderstanding of their social function or purpose. Attention to the costs of rights reveals the extent to which rights enforcement, as actually carried out in the United States (and elsewhere), is shot through with trade-offs, including monetary trade-offs. This does not mean that decisions should be made by accountants, only that public officials and democratic citizens must take budgetary costs into account.*

Estabelecidas tais premissas, deve-se pensar nas finanças públicas como “uma ciência ética, pois obrigam os indivíduos, como comunidade, a prestar contas acerca dos sacrifícios que decidem fazer”; vale dizer: “a explicar do que estão dispostos a abrir mão na busca dos seus objetivos mais elevados”. Além disso, também os Tribunais poderão decidir de forma mais inteligente se objetivamente reconhecerem que – e como – os custos afetam a “extensão, a intensidade e a coerência da aplicação dos direitos”. Diante disso, é possível concluir que a teoria dos direitos – na esperança de identificar a forma como um regime de direitos estrutura-se e como se comporta o governo – e a teoria jurídica seriam mais realistas se examinassem abertamente a verdadeira “disputa por recursos escassos que necessariamente existe entre os direitos básicos e, também, entre estes e outros valores sociais”.⁴⁴

2.3.1 Implementação dos direitos: um contrato social

Diante da intelecção aqui traçada, resta perguntar: por que os cidadãos obedecem à lei? Por que, naturalmente, os cidadãos, “de modo geral e voluntário, ajustam seu comportamento às normas legais, pagam seus impostos, comparecem às suas obrigações, e aceitam as decisões ocasionalmente irracionais de autoridades políticas e judiciais?” Holmes e Sunstein salientam que “uma resposta completa para tal conformidade certamente faria alusão ao hábito, à deferência, à imitação, ao respeito às normas, à solidariedade social e ao poder coercivo do Estado”. No entanto, é incontestável que esse comportamento voluntário, quase intuitivo, perdura enquanto for possível enxergar no governo legitimidade; legitimidade essa que deriva não só da observância dos procedimentos formais de assunção e exercício do poder, como também – e primordialmente – da salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais. Nessa linha, é certo que “os operadores criam boa-vontade política ao financiar os direitos que os cidadãos desejam”, de modo que “a efetividade dos direitos não só pressupõe os poderes de tributar e gastar, como também a aceitação popular desse poder”. Assim, a compreensão social acerca da partilha equitativa dos encargos impostos por lei e da utilização destes para a tutela dos maiores interesses dos cidadãos é *conditio sine qua non*

⁴⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 98. “Tradução nossa”. Original: “*Public finance is an ethical science because it forces us to provide a public accounting for the sacrifices that we, as a community, decide to make, to explain what we are willing to relinquish in pursuit of our more important aims. The theory of rights, if it hopes to capture the way a rights regime and governs actual behavior, should take this reality into account. Courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement. And legal theory would be more realistic if it examined openly the competition for scarce resources that necessarily goes on among diverse basic rights and also between basic rights and other social values*”.

para a conferência, pela população, de legitimidade ao Poder Público e de justificativa às suas ações coercivas e extrativistas.⁴⁵

“Direitos legal e politicamente protegidos estão entre os serviços públicos mais amplamente apreciados prestados pelo Estado Democrático de Direito”. Alicerçando esse posicionamento, tem-se que “uma razão pela qual os cidadãos se sentem moralmente obrigados a cumprir seus deveres cívicos elementares é que o sistema que eles adequadamente sustentam, defende, embora não perfeitamente, suas liberdades fundamentais”. Nesse passo, os cidadãos sustentam o Estado voluntariamente assumindo os “encargos nada desprezíveis” que lhes são impostos pela União, pelos Estados e pelos Municípios; e, em troca dessa cooperação, o Estado oferece proteção. É essa crença na justiça da distribuição dos “preciosos bens públicos” pelos governos que move a adoção de uma postura de cooperação pela sociedade, de modo que se configura “muito menos provável que haja cooperação quando a proteção de direitos é diluída, irregular ou ausente”. Nesse contexto, vale pensar na plausibilidade das justificativas dos insurrectos à “deplorável tendência” dos operadores “a se omitir na proteção dos indivíduos politicamente fracos e dos grupos de cuja cooperação não necessariamente precisam”⁴⁶. Ora, não se dá adequadamente àqueles de quem se pouco recebe.

Estabelecida tal convicção, é incontestável que “as sociedades liberais são mantidas não só por hábito, autoridade, cultura compartilhada, sentimentos de pertença e receio de

⁴⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 175. “Tradução nossa”. Original: “*Why do Americans obey the law? Why do most U.S. citizens, most of the time, voluntarily adjust their behavior to intricate legal rules, pay their taxes, show up for jury duty, and go along with the occasionally unreasonable decisions of sundry political and judicial officials? A complete answer to “the compliance question” would no doubt allude to habit, imitation, deference, respect for norms, social solidarity, and the coercive power of the state. But ordinary citizens will not routinely respect the law if they must see the burdens imposed by law as more or less fairly shared. Compliance with law partly derives from a social understanding that the government safeguards and promotes fundamental human interests, including basic individual liberties. That is to say, the enforcement of rights not only presupposes the power to tax and spend, it also helps create popular acceptance of the power to tax and spend. Incumbents create political goodwill by funding rights that citizens want. While the protection of basic rights depends fundamentally upon the actions of the coercive and extractive state, the coercive and extractive activity of the state can be justified in the eyes of its citizens by its contribution to protecting, in an even-handed way, their most cherished interests.*”

⁴⁶ *Ibidem*, p. 176. “Tradução nossa”. Original: “*One reason why citizens feel morally obliged to fulfill elementary civic duties is that the system they thereby uphold adequately, though by no means perfectly, defends their fundamental freedoms. Legally and politically protected rights are among the most widely prized public services delivered by the liberal-democratic state. And American citizens willingly shoulder the not-inconsiderable burdens imposed upon them by their national, state, and local governments in part because these governments distribute with a modicum of fairness a whole range of precious public goods, such as firefighting and enforceable private rights. While the state musters protection, citizens reciprocate with cooperation. Cooperation is much less likely to be forthcoming when rights protection is diluted, erratic, or absent, or when government creates and protects rights that should not qualify as such. Incumbents also have a deplorable tendency to stint on the protections they offer to politically weak individuals and groups whose cooperation they do not especially need.*”

polícia, mas também por uma percepção generalizada de vantagem mútua”. Há certamente aqueles que não racionalizam se e por que devem dar azo ao custeio da efetivação dos direitos, agindo apenas por medo ou por hábito; no entanto, há aqueles que racionalizam e acabam por conceber que vale a pena pagar o preço para ter esses direitos, vale dizer: que veem “os encargos individuais serem compensados pelos ganhos individuais e coletivos”. A máquina social funciona quando os direitos fundamentais são considerados “a pedra angular do sistema, a fonte da legitimidade da autoridade política liberal”. Não é por outra razão que “uma teoria dos direitos empiricamente orientada” deve considerar como os direitos fundamentais “criam e sustentam relações de cooperação, tanto entre os cidadãos, quanto entre os cidadãos e o governo”.⁴⁷

E é justamente a partir da tomada de parte nos esforços comuns da sociedade que surge o sentimento de ter direito a algo em troca, isto é, uma contrapartida para a cooperação. Essa concepção – vista por muitos como politicamente incorreta – mostra, sem floreios verbais, que, na realidade, os direitos, uma vez “concedidos pelo governo e aceitos pelos cidadãos numa troca de concessões”, podem mesmo vir a ser considerados “moedas de troca”. Embora encontre muita relutância, tal concepção não é inovadora, tendo lugar vívido na história, uma vez que “muitos direitos devem sua origem a trocas entre pessoas que buscavam cooperar ou pelo menos coexistir pacificamente com os demais indivíduos”.⁴⁸

Sopesar a ideia de direitos como moeda de troca instiga, por certo, a oposição de “razões morais ou teóricas à afirmativa de que os direitos são concedidos em troca da cooperação civil, da qual os tributos são apenas o exemplo mais facilmente mensurável”. À

⁴⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 176-177. “Tradução nossa”. Original: “*The rights-for-cooperation swap is a perennial theme of liberal political theory, usually evoked with the celebrated metaphor of a "social contract". The government agrees to protect citizens both from each other and from its own rogue officials; in exchange, citizens lend the government their support.[...] Liberal societies are held together not only by habit, authority, shared culture, feelings of belonging, and fear of the police, but also by a widespread perception of mutual advantage. This is one reason why people feel reluctant to contribute their share if others are shirking. Societies flourish when individuals exercise mutual self-restraint, submit themselves to clear rules binding equally on all, and pull their weight in common endeavors. When these pieces are in place, individual burdens are perceived to be outweighed by individual and collective gains. An empirically oriented theory of rights must consider how individual liberties create and sustain cooperative relations both among groups of citizens and between citizens and their government. Why should citizens willingly defray the costs of rights enforcement? They may disburse from fear, of course, or from habit, without asking why. But they may also perceive these rights to be worth the price. This is what it means to call rights and especially basic rights the cornerstone of the liberal social contract, the source of the legitimacy of liberal political authority.*”

⁴⁸ *Ibidem*, p. 177. “Tradução nossa”. Original: “*Granted by government and accepted by citizens in a trading of concessions, rights may even, at a stretch, be deemed bargains. This is not the whole story, but it is a helpful metaphor. Indeed, it is more than metaphor; as a purely descriptive or historical matter, many rights owe their origin to bargains among diverse people seeking to cooperate or at least to coexist peaceably with one another. By attempting to construe them in this way, we can clarify how rights can be regularly safe-guarded by government action, even if they cannot, for practical reasons, always be enforced in courts of law.*”

primeira vista, guarda certa coerência o pensamento que visualiza a impossibilidade de os direitos, “incontestáveis e universais, baseados numa razão imparcial e exigíveis por todos os seres racionais”, poderem ser reduzidos a moeda de troca. No entanto, transformar a questão numa tábula rasa, através de um exame superficial e simplório do tema que aqui se busca explicitar, não confere absolutamente respaldo algum aos seus mais veementes detratores. A associação dos direitos com moedas de troca não advém obviamente da possibilidade – inexistente, no caso – de comprá-los ou vendê-los num “mercado de *comodities*”, mas sim da necessidade de problematizar o caráter de contrato social que carregam.⁴⁹

Nesta senda, obrigatório reconhecer que

negócios mutuamente benéficos ocorrem todos os dias - em locais de trabalho, famílias e Assembleias Legislativas, bem como em supermercados - e eles não são condenáveis, simplesmente porque eles são concebidos como vantajosos para todos os envolvidos[...] De fato, a utilização dos direitos para melhorar a cooperação social mutuamente benéfica é perfeitamente rotineira como a própria ideia que um contrato social deveria sugerir. As leis, por elas mesmas, criando e incorporando direitos, às vezes são melhor entendidas como moedas de troca. Dizer que os direitos podem ser vistos como serviços prestados para cumprir os termos de um negócio é simplesmente afirmar que os sistemas políticos baseados em direitos - embora apenas em parte - são mantidos por uma percepção generalizada de ganho mútuo. Ao estabelecer regras claras para a resolução de conflitos sem violência e a estabilização das expectativas sociais de uma sociedade heterogênea, os direitos criam um estilo particularmente estável de convivência social e de cooperação.⁵⁰

Diante do exposto, conclui-se que reconhecer os direitos como “instrumentos para a melhoria do bem-estar individual e coletivo”, implica igualmente reconhecer a contingência de “renúncias de vários tipos de todos os membros da comunidade, renúncias que devem ser abundantemente reembolsadas pelos benefícios que resultam da reciprocidade, da

⁴⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 177-178. “Tradução nossa”. Original: “*Some of those who wince at the very mention of the cost of rights may distrust close inquiry into the trade-offs that rights enforcement inevitably entails. They may also object on moral or theoretical grounds to the notion that rights are granted in exchange for civil cooperation, of which tax "contributions" are but the most easily metered example. Neglect of the question of the cost of rights may reflect an even deeper discomfort with the conception of rights as bargains. If rights are unassailable and universal, based on impartial reason and claimable by all rational beings, how can they be reduced to a matter of "you scratch my back while I scratch yours"? And indeed this way of formulating the matter does seem crass and simple-minded. If many rights cannot be bought and sold on the marketplace of commodities - if you cannot sell your right to speak freely or your vote - how can we assimilate rights generally to items in a barter exchange?*”.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 178. “Tradução nossa”. Original: “*The answer is that bargains come in different forms and many of them are neither petty nor ignominious. Mutually beneficial and perfectly honorable trades occur every day - in workplaces, families, and statehouses as well as in supermarkets - and they are not objectionable simply because they are perceived to be advantageous to everyone involved. [...] Indeed, the use of rights to enhance mutually beneficial social cooperation is perfectly routine, as the very idea of a social contract should suggest. Laws themselves, creating and embodying rights, are sometimes best understood as bargains. To say that rights can be seen as services delivered to fulfill the terms of a bargain is simply to affirm that rights-based political systems are stabilized in part - though only in part - by a widespread perception of mutual gain. By setting forth clear rules for resolving disputes without violence and stabilizing social expectations in a heterogeneous society, rights create a particularly stable style of social coexistence and cooperation*”.

especialização, e da conjugação de esforços”. Por este motivo, insta ressaltar que o contrato social sobre o qual aqui se tratou não pode ser “descrito simplesmente como uma troca de direitos por cooperação, com o governo garantindo os direitos e os cidadãos respondendo com cooperação”. Pelo contrário, ele deve ser visto como um instrumento à disposição dos cidadãos para deliberação e reflexão sobre os seus próprios direitos e que guarda em si o fim maior de criar uma sociedade mais justa e igualitária.⁵¹

2.3.2 Vinculação do indivíduo ao Estado: reforço da liberdade e efetivação dos direitos

Conglobando as conclusões parciais a que se chegou até aqui – no que toca ao reconhecimento dos custos dos direitos e da sua efetivação através do financiamento pela população numa atitude de cooperação - torna-se evidente a necessidade de vinculação do indivíduo ao Estado. Por conseguinte, reforça-se a ideia de que liberdade individual não significa não-dependência; outrossim, apoia-se a afirmativa de que “um cidadão livre é especialmente dependente”; contudo, não se trata de uma dependência debilitante e hostil, mas sim de “um certo tipo de dependência que incentiva a iniciativa pessoal, a cooperação social, e o auto-aperfeiçoamento”. Para tanto, faz-se necessário um governo afirmativo, financiado coletivamente, que forneça as condições para a liberdade, que tenha coragem de “reformular os programas sociais, não a fim de eliminar a dependência (o que é inútil), mas para criar um tipo de dependência que promova ao auto-aperfeiçoamento e torne possível à maioria das pessoas levar uma vida decente”.⁵²

⁵¹HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 179. “Tradução nossa”. “*As instruments for improving individual and collective welfare, rights naturally require renunciations of various kinds from all members of the community (not only from public officials), renunciations that ought to be abundantly repaid by the benefits that ensue from reciprocity, specialization, and the pooling of efforts. So the American social contract should not be described simply as a rights-for-cooperation exchange, with government serving up rights and citizens answering with cooperation. The American social contract involves a more deliberative and reflective deal among rights-respecting citizens themselves, between the rich and poor, for example, and among members of discordant religious sects*”.

⁵² *Ibidem*, p. 204-205. “Tradução nossa”. Original: “*Individual freedom, however defined, cannot mean freedom from all forms of dependency. No human actor can single-handedly create all of the preconditions for his own action. A free citizen is especially dependent. He may feel "independent" when he goes into a do-it-yourself store and buys a do-it-yourself kit. But his autonomy is an illusion. Liberal theory should therefore distinguish freedom, which is desirable, from nondependence, which is impossible. Liberty, rightly conceived, does not require a lack of dependence on government; on the contrary, affirmative government provides the preconditions for liberty*

.....
Dependency of certain sorts is facilitative, not debilitating, especially if laws are democratically revisable and politicians are democratically removable from office. My right to vote or make a will depends on government provision of legal facilities serving these ends. [...] What advances individual liberty is not nondependence on law and government, but a certain style of dependency, one that encourages personal initiative, social cooperation, and self-improvement.

Esse governo afirmativo, que garante a criação, a atribuição e a efetivação de direitos, pressupõe inevitavelmente a necessidade de se tributar e gastar. Gasto este que não deve ser visto com temor ou desconfiança ou como um insulto à autonomia individual. Não se pode, outrossim, simplesmente “examinar o conteúdo de nossa conta bancária coletiva”; é necessário, também, perquirir e calcular quais “os retornos sociais esperados para a sociedade” quando o governo gasta, a longo prazo, o dinheiro dos contribuintes.⁵³

Neste contexto, há que se ressaltar que a crítica mais comum ao Estado Social refere-se aos supostos efeitos indiretos indesejáveis que alegadamente acarreta, como a dependência indevida dos mais pobres em relação ao Estado e um incentivo ao desencorajamento no que tange à sua capacidade própria de desenvolvimento e “progresso”. No entanto, a grande questão parte da percepção de que uma mudança afirmativa não advém do simples enaltecimento dos efeitos colaterais de um Estado Social deficiente – como corriqueiramente se faz - mas sim, da reflexão e concepção de formas de atuação e programas sociais que possam aumentar a autonomia e a iniciativa popular, sem eliminar a dependência.⁵⁴

.....
Public education, provided to all, and not only on the basis of ability to pay, is only the most obvious example of affirmative state assistance, funded collectively and designed to foster individual and group self-help. [...] Property rights have a similar purpose and result. This insight should also encourage us to redesign our regulatory and welfare programs, not in order to eliminate dependency (which is futile), but to create the kind of dependency that fosters self-help and makes it possible for most people to lead decent lives”.

⁵³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 211-212. “Tradução nossa”. Original: “*The free governments regularly provide public services, make selective investments, design incentives for self-discipline, and broker bargains for improving social cooperation should not be controversial. What needs stressing is that governments do all these things when enforcing rights. All governments develop techniques for handling social conflicts and eliciting social cooperation. Liberal governments typically do so by creating, assigning, and enforcing rights.[...] It is not viewed with suspicion and dread even though it requires the government to tax and spend. It is not seen as an insult to individual agency, or as part of a cult of "victimology"*

.....
If we want to know whether or not the United States can afford investments of this kind, we should not simply examine the contents of our collective bank account.. We also have to calculate the expected returns to society over the long run of spending its money this way”.

⁵⁴ *Ibidem*, 213-215. “Tradução nossa”. Original: “*The most common and persuasive criticism of the regulatory-welfare state concerns incentives to antisocial behavior and other undesirable side effects. But "dependency" in and of itself should not be considered one of them. There are different kinds of dependency, and not all of them are bad. Publicly funded education, when operating well, has the same effect. It, too, is a form of state help designed to foster self-help. The question is not how to eliminate state intervention, but how to design welfare programs to enhance autonomy and initiative.*

.....
The point is not, however, to endorse particular reforms but to take the perspective that an understanding of the cost of rights implies: welfare rights, in effect, should be shaped on the model of classical rights - as public services, selective investments, incentives to self-discipline, and bargains meant to stimulate cooperation and stabilize productive interaction across ethnic lines”.

3 FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A promulgação da CRFB/88 e a consagração do Estado Constitucional são resultado da ideologia vitoriosa no século XX que “situa a *Constituição* no centro do sistema político e acena com as promessas de legitimidade, justiça e segurança jurídica”.⁵⁵ Juntos, deflagraram o início de uma “era marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos”, na qual o reconhecimento do peso dos direitos fundamentais implicou a vinculação e a responsabilização do Poder Público.⁵⁶ Uma vez vinculado e responsabilizado, obrigatória se tornou a sua atuação no sentido de buscar a efetivação, por meio de políticas públicas, dos núcleos de irradiação contidos no Título VIII da CRFB/88, conjugados harmonicamente com os direitos fundamentais sociais, explicitados no art. 6º da CRFB/88.⁵⁷

Contudo, inerente a este agir do Estado “valorativamente comprometido” está a existência de fatores de limitação a esse mesmo agir, dos quais o custo dos direitos e a escassez dos recursos assumem grande relevância nas questões práticas.⁵⁸ Partindo desta premissa, é correto dizer que a efetivação dos direitos constitucionalmente tutelados depende da formulação de políticas públicas, da alocação de recursos – por meio de agenda – e da implementação dessas mesmas políticas.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: SINCRETISMO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA POLÍTICA

Vistas como “uma teia de decisões que alocam valor”⁵⁹, ou - um conceito mais afeto ao campo do direito - como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁶⁰, as políticas públicas têm sido pauta de discussão

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos**: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Proposta de Revisão Conceitual do “Poder de Polícia Administrativa” e o Primado dos Direitos Fundamentais**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 80.

⁵⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61-62.

⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

⁵⁹ EASTON, David. **The Political System**: An Inquiry Into the State of Political Science. New York: Willey, 1953, p. 130.

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

frequente nos governos e sociedades do mundo inteiro, em virtude da necessidade tanto de os governos impulsionarem o desenvolvimento econômico e a inclusão social de grande parte das suas populações, quanto de tornar as suas escolhas compatíveis com a realidade de escassez de recursos que domina a agenda da maioria dos países, em especial os em desenvolvimento. Desta forma, de um campo de estudo típico da ciência política, as políticas públicas passaram a ser multidisciplinares e sintetizadoras das mais variadas teorias construídas no campo da sociologia, do direito, da ciência política e da economia⁶¹.

Em que pese a ciência política tenha começado a se desenvolver, nos Estados Unidos, nas décadas de 50 e 60, faz relativamente pouco tempo que a América Latina virou sua atenção à problematização das políticas públicas, uma vez que predominava a visão do Estado como o principal solucionador dos problemas públicos.⁶² Ressalta Barroso que

no caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica a importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo—desde que consciente e coerente—resulta sendo inevitável e desejável.⁶³

Assim, reconhecendo a grande importância do desenvolvimento de uma análise das políticas públicas para o aprimoramento da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, torna-se pertinente investigar como o nosso sistema político funciona, mormente com relação à influência dos movimentos das forças sociais e políticas na formulação e implementação das políticas públicas. A fim de cumprir tal desiderato, importa destacar, mesmo que superficialmente, como se dá a configuração dos programas políticos, donde merece relevo a menção das categorias de políticas (policy) analisadas pela doutrina.

As *policies networks*, reconhecidas como a rede de “interações das diferentes instituições e grupos tanto do Executivo, do Legislativo como da sociedade, na gênese e na

⁶¹ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura**. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>>. Acesso em 29 nov. 2012.

⁶² PARSONS, Wayne. **Políticas Públicas: Una Introducción a la Teoría y la Práctica del Análisis de Políticas Públicas**. Tradução de Atenea Acevedo. México: FLACSO, Sede Académica de México, 2007, p. XXI; 91.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 18 out. 2012.

implementação de uma determinada ‘policy’⁶⁴, são essenciais para entender como se formam as rivalidades e as coalizões em torno da busca pelos recursos escassos. Fica evidente a natureza egoística do ser humano quando grupos com interesse comum intentam a obtenção de recursos para suas próprias áreas de atuação política, dificultando sobremaneira a identificação dos problemas que deveriam entrar na agenda de forma urgente. Ademais, numa análise realística da política, é inegável a percepção de que há “fortes resistências da parte de grupos de interesses e burocracias constituídos em torno dos programas existentes e pelo apoio popular a determinados programas”⁶⁵.

As chamadas *policies arena* – mais diretamente relacionadas com o presente trabalho – evidenciam a maneira e a intensidade com que as expectativas da sociedade influenciam na análise dos custos e dos retornos que são possíveis de obter no processo político de formulação e de implementação das políticas públicas. Lowi, elaborador desta concepção, explicita como as *policy arena* estão presentes nas quatro áreas da política, a saber: distributiva, regulatória, redistributiva e constitutiva⁶⁶. A primeira toca a distribuição de vantagens a determinados grupos ou regiões, privilegiando impactos individuais mediante a quase desconsideração da realidade de escassez dos recursos – ou seja, atinge vários destinatários, mas em escala diminuta em relação ao todo, podendo incluir potenciais opositores entre os seus beneficiários –; a segunda refere-se à distribuição regulada de custos e benefícios entre os grupos da sociedade, possuindo maior visibilidade ao público e, por este motivo, sendo mais suscetível aos seus conflitos e coalizões; a terceira, com assaz relevância para esta pesquisa, diz respeito, de modo geral, às políticas sociais universais, que implicam perdas concretas de curto prazo a determinados grupos sociais, e ganhos incertos no futuro para outros, propiciando o manejar proposital de recursos entre os grupos sociais; e a quarta resume-se à estipulação das regras e procedimentos segundo os quais se estabelecem as

⁶⁴ HECLO, Hugh. **Issue Networks and the Executive Establishment**. In: Anthony King (Ed.). **The New American Political System**. Washington D.C: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p.102.

⁶⁵ FIGUEIREDO, Argelina C. e LIMONGI, Fernando. **Reforma da Previdência e Instituições Políticas**. In: In: Novos Estudos CEBRAP, n.51, jul. 1998, p.65. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/A_Reforma_da_Previdencia_e_Instituicoes_Politicass.pdf>. Acesso em 10 out. 2012.

⁶⁶ LOWI, Theodore J. **Four Systems of Policy, Politics and Choice**. In: Public Administration Review, v. 32, n. 4, jul-aug 1972, p. 298-310. Disponível em. <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/974990?uid=3737664&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101427814523>>. Acesso em 13 out. 2012.

negociações das políticas distributivas, regulatórias e redistributivas⁶⁷. Ademais, tem por objetivo não só a manutenção do sistema existente, como também a sua renovação.⁶⁸

As *policies cycle*, ao reconhecerem o caráter dinâmico das políticas públicas, concebem um modelo com fases parciais, pelo qual é possível analisar detidamente a atividade do Poder Público. Conforme Wayne Parsons,

O mundo é complexo e, para entender sua complexidade, há que se simplificar. Quando se simplifica com o fim de compreender a multiplicidade de fatores e forças que definem os problemas e os processos sociais, se constroem modelos ou mapas, ou se pensa em função de metáforas. Assim, criam-se os marcos dentro e através dos quais se facilitam o pensamento e a explicação.⁶⁹

Embora a doutrina proponha variados esquemas de representação desse modelo⁷⁰, esta pesquisa apresentará o modelo por etapas, pela facilidade e coerência de investigação que propicia em relação aos polos de poder, às interações políticas e sociais e ao agir político-administrativo nos processos de formulação e implementação das políticas públicas. No entanto, é preciso ter cautela ao analisá-lo, pois não se trata da realidade posta, mas sim, de uma ferramenta de utilidade heurística e hermenêutica, cuja simplicidade estampa as limitações do modelo, o que dá, certa maneira, algum respaldo às críticas que lhe são dirigidas, especialmente as relativas à tendência natural de tal modelo de se prestar ao enfoque elitista, “de cima para baixo”, com pouco ou nenhum espaço para a “lucidez social”.⁷¹

Ressalva feita, passa-se à análise do modelo por etapas, que aqui será assim apresentado: etapa I) identificação do problema a ser enfrentado; etapa II) escolha das prioridades e formação da agenda, com a inclusão do problema identificado; etapa III) formulação de possíveis políticas públicas capazes de sanar ou, pelo menos, minimizar o

⁶⁷ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura**. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>> Acesso em 29 nov. 2012.

⁶⁸ KOOIMAN, Jan. **Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction**. In: Jon Pierre (Org.): **Debating Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 158.

⁶⁹ PARSONS, Wayne. **Políticas Públicas: Una Introducción a la Teoría y la Práctica del Análisis de Políticas Públicas**. Tradução de Atenea Acevedo. México:: FLACSO, Sede Académica de México, 2007, p. 92.

⁷⁰ Para aprofundamento, ver: EASTON, David. **The Political System: An Inquiry Into the State of Political Science**. New York: Wiley, 1953; EASTON, David. **A System Analysis of Political Life**. New York: Wiley, 1965; SIMON, Herbert Alexander. **Administrative Behaviour: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations**. 4. ed. New York: Free Press, 1997; LASSWELL, Harold Dwight. **The Decision Process: Seven Categories of Functional Analysis**. Maryland: University of Maryland, 1956; MACK, Ruth. **Planning and Uncertainty: Decision Making in Business and Government Administration**. New York: Wiley Interscience, 1971; JENKINS, William. **Policy Analysis: A Political and Organisational Perspective**. London: M. Robertson, 1978.

⁷¹ PARSONS, *op. cit.*, p. 114.

problema; etapa IV) escolha da política a ser adotada; etapa V) implementação da política pública; etapa VI) avaliação da política pública adotada⁷².

Portanto, a gênese de uma política pública depende da identificação do problema; assim como do modo como se deu sua definição também depende o arrolamento das possíveis políticas públicas (etapa III)⁷³. Parsons expõe, com grande propriedade, os meandros desta fase:

A questão acerca de quando um tema se converte em problema político ou de política pública confronta a ideia do objetivo com a da natureza subjetiva da realidade. Um problema deve ser definido, estruturado, colocado dentro de certos limites, além de receber um nome que o etiqueta. A forma em que se leva a cabo este processo é crucial para a formação de uma política de resposta. As palavras e os conceitos a que se recorre para descrever, analisar ou classificar um problema emolduram e moldam a realidade à qual se deseja aplicar uma política ou solução. O fato de que se compartilham os mesmos dados, ou pelo menos se crê que assim o seja, não significa que se enxergue a mesma coisa. Os valores, as crenças, as ideologias, os interesses e os preconceitos influem na percepção da realidade.⁷⁴

Ponderados estes aspectos e verificada a sua relevância política, dá-se o reconhecimento do problema. Este, por sua vez, deflagra o início da etapa II. A partir daqui, é facilmente verificável a inerência do fator custo. Senão, vejamos. A conclusão da etapa I leva à necessidade de o Poder Público prestar o dever que lhe foi outorgado pela Constituição de garantia e promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais, devendo, pois, incluir o problema na agenda, a fim de que sejam alocados recursos para sua sanção. Eis então onde aparece o primeiro confronto real entre direitos, de um lado, e recursos, de outro; haja vista que não há apenas um problema a ser sanado – mas vários – e não há recursos para que se proceda à resolução de todos eles. Deste modo, a Administração Pública escolhe prioridades, baseadas muito na análise dos custos e dos benefícios que tal escolha pode trazer, e forma a agenda, destinando ou não recursos (daquele “bolo” de recursos escassos) para a resolução ou mitigação do problema identificado na etapa I. No caso de não destinação, há ou a possibilidade de o problema ser adiado para um exercício posterior, constituindo pauta de discussão na próxima ou nas próximas agendas, ou ser excluído por desnecessidade ou falta de interesse no que tange à mobilização de recursos para a busca da sua solução.

⁷² THEODOULOU, Stella. **How Public Policy is Made**. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. (Ed). **Public policy: The Essential Readings**. New Jersey: Prentice Hall, 2005, p. 86-97.

⁷³ KELLY, Rita Mae; PALUMBO, Dennis. **Theories for Policy Making**. In: Mary HAWKESWORTH, Mary; KOGAN, Maurice (Orgs.): **Encyclopedia of Government and Politics**. v.II, London and New York: Routledge, 1992, p. 651.

⁷⁴ PARSONS, Wayne. **Políticas Públicas: Una Introducción a la Teoría y la Práctica del Análisis de Políticas Públicas**. Tradução de Atenea Acevedo. México: FLACSO, Sede Académica de México, 2007, p. 120.

Formada a agenda, há a passagem para a etapa III e a imperativa necessidade de formular possíveis políticas públicas capazes de sanar ou, pelo menos, minimizar o problema reconhecido na etapa I. Preciosa lição de Subirats no sentido de que

toda política pública aponta à resolução de um problema público reconhecido como tal na agenda governamental. Representa, pois, a resposta do sistema político-administrativo a uma situação da realidade social julgada politicamente como inaceitável.⁷⁵

Esta etapa exige do Poder Público visão sistêmica dos programas e ações que já se encontram em andamento, bem como o vislumbre do custo necessário para, se eleita, a política pública poder de fato ser implementada.

Concluída a etapa III, passa-se ao momento de escolha. O cotejo entre realidade orçamentária, realidade social e políticas públicas em andamento carrega demasiada tensão. Os escassos recursos, com destinação previamente desenhada na etapa II, deverão ser no mínimo suficientes para cumprir a agenda. Logo, dentre as possibilidades apresentadas, tenderá a ser escolhida aquela política pública que atenda, mesmo que minimamente, o compromisso assumido pelo Poder Público com o mínimo de gasto possível. Ademais, não se pode olvidar que a escolha de determinada política em detrimento de outra determina uma concentração dos meios disponíveis na estratégia eleita – e, obviamente, não naquela preterida – e reduz a quantidade de dinheiro público disponível para a realização das outras metas incluídas na agenda. A escolha da política pública a ser implementada, portanto, está longe de ser uma tarefa fácil.

Completada a formulação, resta ao Poder Público implementar a política pública de forma coerente com o desenvolvimento das etapas anteriores, vale dizer, concretizar o projeto e a linha de ação desenhados, em virtude do compromisso assumido de mitigação ou solução do problema identificado no início.

Com o início da implementação da política pública escolhida, tem início igualmente as suas análise e avaliação. Espera-se sempre que a política pública siga os passos projetados na etapa III. Contudo, o que se verifica, em realidade, é a repetição de um distanciamento entre o plano inicial e sua concretização, em virtude de diversos fatores (custo de sua implementação, efetividade maior ou menor, efeitos para a distribuição de recursos...) que implicam uma reformulação e adaptação contínua da política. Assim, algumas políticas públicas que outrora

⁷⁵ SUBIRATS, Joan. **La Modulación de las Políticas Públicas por el Ombudsman**. Disponível em <http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_531_1.pdf>. Acesso em 17 nov. 2012. “Tradução nossa”. Original: “...*toda política pública apunta a la resolución de un problema público reconocido como tal en la agenda governamental. Representa pues la respuesta del sistema político-administrativo a una situación de la realidad social juzgada politicamente como inacceptable.*”.

pareciam ideais para a resolução de determinados problemas, podem vir a ser consideradas inefetivas ou até obsoletas nos dias atuais. Do mesmo modo, políticas antes rejeitadas poderão vir a ser aceitas futuramente.⁷⁶

Há que se ressaltar, todavia, que a aceitabilidade do afastamento do desenho original da política pública com linhas de implementação e índices de controle de eficiência planejados não significa diminuição da expectativa de satisfação do interesse público; pelo contrário, significa aumento do ônus argumentativo do Poder Público em demonstrar por que e como a adoção de estratégias diversas atingirá os objetivos inicialmente delineados. Tal constatação não invalida, de modo algum, a instrumentalidade da utilização do modelo por etapas aqui apresentado, ainda mais quando ressaltada, de plano, no início da abordagem, a necessidade de distinguir modelo e realidade.

No entanto, há que se ter muita cautela quando se trata de modificar e adaptar os programas já traçados, pois “é preciso conhecer o tempo que a Administração fixou para alcançar um resultado, para só então proferir-se algum juízo de (in)adequação desse mesmo resultado”. Deveras importante salientar que a desconsideração do fator tempo na análise crítica da política pública “poderá conduzir a várias patologias, principalmente a pretensão de uma antecipação de *outputs* dissonante do que contemplava o planejamento de ação que se está aferindo”, pretensão essa que pode até ser legítima, mas que não aponta por si só a uma necessidade imediata de reformulação. Há que se ponderar, outrossim, que a “mesma política pública aplicada a distintos grupos sociais pode ter ritmos diferenciados em sua implementação e geração de resultados”, especialmente naquelas atividades que demandam “articulação da Administração com agentes da sociedade”. Por conseguinte, inevitável que se faça uma aproximação objetiva entre “a *existência em si* de uma política pública projetada, o estágio de desenvolvimento em que ela se encontra, e a compatibilidade entre os resultados projetados e aqueles efetivamente alcançados” para analisar com segurança e criticidade a incontingência da mudança.⁷⁷

Outro fator de extrema importância, tanto na análise da implementação, quanto na formulação das políticas públicas, é a quantidade e qualidade da justiça do programa de ação. E, por sua vez, este fator está estreitamente conectado com a qualidade da democracia

⁷⁶ COUTO, Cláudio G; ABRUCIO, Fernando. **O Segundo Governo FHC: Coalizões, Agendas e Instituições**. Tempo Social, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 269-301, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200011&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 05 nov. 2012.

⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 46-47.

existente no meio social. Assim, diante da dificuldade inegável que os países em desenvolvimento e de democracia recente têm para formar coalizões políticas capazes de viabilizar o desenho de políticas públicas aptas a impulsionar o desenvolvimento econômico e a promover a inclusão social, torna-se inevitável atrair para o debate acadêmico as cogitações atinentes à participação social e seus mecanismos de efetivação – particularmente em tempos de pluralismo – haja vista a indiscutível associação entre princípio democrático e formação de agenda⁷⁸.

Evidente que, sob o prisma da disciplina do jogo político, a constitucionalização dos direitos fundamentais acarretou a instituição de uma pauta de prioridade em relação a esses mesmos direitos e a exclusão de determinados temas do comércio político⁷⁹, reduzindo drasticamente a discricionariedade da Administração Pública de governar apenas de acordo com sua visão e plataforma políticas. Entretanto, insta reconhecer que há distorções no desenho constitucional ocasionadas pelo grande número de emendas constitucionais editadas após a promulgação da CRFB/88 com conteúdo de verdadeiras políticas públicas. Tal distorção acaba revelando o entabulamento de intrincadas negociações parlamentares necessárias ao alcance da maioria qualificada exigível para aprovação das referidas emendas, ainda mais no cenário político brasileiro, caracterizado por um “presidencialismo de coalizão – em que a maioria que assegura a titularidade do Executivo não se reflete no parlamento – e o que se tem sempre e sempre é um prolongado processo de custosa negociação” para aprovação das medidas que demandam a intervenção do Parlamento.⁸⁰

Nesse contexto, verdadeiramente imprescindível é a atuação de um controle social real, que não seja “de fachada ou simples ornamentação de estruturas avessas à cidadania protagonista, e que não se contenta com meras discussões ou audiências públicas concebidas, de antemão, para a esterilidade”.⁸¹ Sendo certo que a participação direta tende a fortalecer a democracia, é preciso que a sociedade utilize-se “dos meios redutores de distâncias, criando-se o clima de democracia alastrada”, vale dizer,

⁷⁸ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura**. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>>. Acesso em 29 nov. 2012.

⁷⁹ COUTO, Cláudio G; ABRUCIO, Fernando. **O Segundo Governo FHC: Coalizões, Agendas e Instituições**. Tempo Social, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 269-301, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200011&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 05 nov. 2012.

⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 54

⁸¹ FREITAS, Juarez. **A Democracia Como Princípio Jurídico**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord). **Direito Público Moderno: Homenagem Especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177.

que se produza o alargamento da participação, por todos os meios disponíveis, atraindo os personagens historicamente ausentes. Sem dúvida, um elevado grau de passividade estará sempre associado à exclusão típica de meras representações formais, num processo de democracia sem sujeito e, nessa medida, negadora do processo de permanente reinvenção dos consensos sem violência, estribado na livre e persuasiva argumentação. Para alterar o quadro, necessário fomentar a participação dos minoritários, dos derrotados no jogo tradicional, os quais, sem revanchismo, devem ter novas oportunidades de ponderação e de apresentação dos seus projetos, além de fiscalizar os projetos vencedores.⁸²

Aprofundando a preocupação das minorias tem-se a doutrina de Owen Fiss. O autor parte do princípio de que nenhum regime constitucional legitima-se apenas

pela obediência à regra da maioria e, conseqüentemente, por meio do predomínio das instituições político-representativas majoritárias em detrimento dos órgãos jurisdicionais.
[...]

A minoria, ainda que possa ter as suas preferências computadas, certamente não tem como realmente ser considerada no processo de produção da lei. De modo que a proteção da minoria deve ser buscada em outra dimensão e não em eventual defeito de participação no processo legislativo. Tal dimensão, como não poderia deixar de ser, é a da Constituição.⁸³

Não por outra razão que Mello sugere que para que um modelo de democracia constitucional seja apto a conciliar o princípio constitucional e o princípio da democracia, devem ser observadas três condições:

Primeiro, a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito, realizado através das instituições e dos processos democráticos de deliberação e decisão de questões públicas aos quais todos possam ter acesso e nos quais os interesses de todos os indivíduos sejam considerados. Segundo, que alguns valores substantivos, institucionalizados pelos princípios e direitos constitucionais por obra da própria soberania popular, no processo constituinte, não estão à livre disposição dos órgãos e processos de decisões políticas, porque garantem bens e interesses essenciais à dignidade do ser humano, e que não podem estar sujeitos ao risco de serem vítimas de maiorias ou minorias governantes opressoras. Terceiro, que embora esses princípios e direitos constitucionais substantivos possam ter seu sentido e conteúdo interpretados e aplicados pelos órgãos que exercem as funções legislativas e administrativas, o modelo constitucional reserva ao poder judicial a prerrogativa de intervir na interpretação e na aplicação conferidas às normas constitucionais pelos outros poderes, sempre que, de acordo com a interpretação do próprio poder judicial, eles frustrarem o sentido e a finalidade da constituição e, com esse erro, violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade.⁸⁴

Neste contexto, vem ao encontro destas ideias o aprofundamento a seguir desenvolvido.

⁸² FREITAS, Juarez. **A Democracia Como Princípio Jurídico**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord). **Direito Público Moderno: Homenagem Especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 188.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 109.

⁸⁴ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

3.2 CUMPRIMENTO DO DEVER: ATUAÇÃO CONSOANTE O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Do desenvolvimento do Estado Constitucional nasce a certeza de que “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdades não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade”. É necessário, pois, além desta omissão legitimada a assegurar os direitos de defesa dos seus cidadãos, que o Estado cumpra “a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”, uma vez que

os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.⁸⁵

A constitucionalização do Direito, pois, gera “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, de modo que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.⁸⁶

No entanto, uma análise realista sustenta que “é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem pelo plano das ideias vitoriosas para a vivência concreta no mundo real”.⁸⁷ Em que pese acreditar neste ponto de vista seja, de tal modo, contraproducente, a verdade é que ele se coaduna com o contexto brasileiro. Insofismável que aqui se encontra um verdadeiro “dilema entre enunciação de direitos (que não de ser traduzidos em políticas públicas instrumentais à sua garantia) e ‘arcabouço institucional’ apto à sua concretização”⁸⁸.

Some-se a isso a imensa descrença surgida da evidência do generalizante sentimento de desproporção que há entre os esforços do poder público para o cumprimento de seus

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et al*; **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 202-203.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos**: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 25.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 57.

deveres constitucionais e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania. Aos cidadãos brasileiros está cada vez mais inculcada a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, “não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro”⁸⁹.

Essa descrença encontra respaldo nas omissões que, embora vedadas, não cessam. Afinal,

O que dizer das políticas públicas de proteção aos idosos? E dos deveres de segurança, com a falta evidente e inescusável do policiamento ostensivo? E a qualidade do processo de desenvolvimento cognitivo e volitivo chamado educação?

Não se trata de clamar pelo populismo onírico, porém de combater racionalmente a inércia desproporcional e a omissão inconstitucional disseminada. Inércia ultrajante que faz terríveis determinadas dificuldades, as quais, se atacadas no início, seriam até de singela resolução administrativa.

Tome-se o paradigmático caso da tutela integral das crianças e dos adolescentes. O município, como reconheceu o Supremo Tribunal, não pode invocar a discricionariedade administrativa ou a reserva do possível para não manter um programa de atendimento das crianças vítimas de abusos sexuais. No entanto, com lastro numa visão anacrônica, não faltou autoridade que sustentasse o oposto, em pleno século XXI. Leitura desavisada do Direito Administrativo, mas reveladora da cultura protelatória ou omissivista. Não por acaso, a mesma cultura que adiou a inadiável abolição da escravatura, apesar da barbárie que representava.

Impositivo compreender que o mais relevante controle, em nosso meio, é o que combate a omissão, aquele mal que muitos praticam dissimuladamente. Às vezes, fingindo impotência. A responsabilidade fiscal, sim, é relevante e indiscutível, contudo acima dela está a responsabilidade constitucional. O resto é omissão.⁹⁰

Chegou o momento de dar um basta à “atuação voluntarista, isolada, injustificada, desconectada com o projeto geral de atuação do poder”. Se o sistema brasileiro consagra a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, parágrafo 1º), oponíveis inclusive perante o Poder Público, isso significa que não há mais motivos para o “passivismo complacente, submisso, servil ou obscurantista” em relação à atuação da Administração Pública.⁹¹ Não há espaço, destarte, para

a crença no mito da discricionariedade administrativa solta (substituída, a pouco e pouco, pela noção de *discricionariedade vinculada, motivada* e justificada racionalmente), sem sucumbir a particularismos contrários à universalização, de sorte que toda discricionariedade (no plano dos mandamentos – *Tatbestand* – ou na eleição das consequências) está, por força da Constituição, direta e imediatamente vinculada aos princípios, objetivos e direitos fundamentais: daí se extrai a inaceitabilidade de uma discricionariedade pura ou inteiramente imune a controle [...] Tende-se, com igual ênfase, a repudiar a arbitrariedade por ação e por omissão. Não se verifica, como outrora, a interdição à sindicabilidade das patologias políticas

⁸⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte:: Fórum, 2009, p. 57.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. **Contra a Omissão Inconstitucional: Reexame Inovador da Responsabilidade do Estado**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n.66. mai/ago 2010. Porto Alegre: AMP/RS, 1973, p. 75

⁹¹ *Ibidem*, p. 76

ou do demérito das escolhas administrativas, cruamente movidas por razões subalternas.⁹²

Por este motivo, “em vez de adversário hostil à afirmação dos direitos fundamentais, exige-se, doravante, que o Estado passe a atuar como responsável agente assegurador e cumpridor dos objetivos fundamentais da República”.⁹³ Nesta perspectiva, visando a determinar um novo rumo para a gestão pública brasileira, surge o direito fundamental à boa administração pública, “no intuito de fazê-la menos burocrática, mais parceira da sociedade. Menos evasiva, mais assertiva e lúcida. Menos campeã das inconstitucionalidades (por ação e por omissão), mais responsável na guarda efetiva e prática dos direitos fundamentais”.⁹⁴

Decorrente da interpretação do regime dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à boa administração pública surge como uma norma implícita que serve a garantir, “diante de sua aplicação direta e imediata, o controle dos atos administrativos, de modo que a discricionariedade não venha a ser exercida de forma excessiva ou omissiva”.⁹⁵

Ele prescreve a adoção do “sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave”, através da interpretação que conduza à melhor consequência para a coletividade.⁹⁶ Assim, imperativa se faz a observância do princípio da eficiência econômica, projetado na maior efetivação dos direitos fundamentais com os menores ônus. Conforme Bugarin, o princípio da eficiência

trata da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.[...] Por alocação ótima entende-se aquela que propicia se alcançar o máximo resultado econômico da alocação de bens e/ou serviços, ou seja, permite o alcance da máxima eficiência econômica.[...] “Economizar” significa maximizar lucros⁹⁷

Nesse sentido,

o princípio da eficiência pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade necessariamente racional e instrumental. Se entendermos a atividade da gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir o público, na justa ponderação das necessidades coletivas, temos de admitir

⁹² FREITAS, Juez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

⁹³ *Idem*. **Contra a Omissão Inconstitucional**: Reexame Inovador da Responsabilidade do Estado. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n.66. mai/ago 2010. Porto Alegre: AMP/RS, 1973, p. 76.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁹⁵ GRANDO, Felipe Esteves. **O Direito Fundamental à Boa Administração Pública e Seu Diálogo com o Direito Tributário**. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 215-216

⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 165, sem grifos no original.

⁹⁷ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 114-117.

como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente.⁹⁸

Nesse passo, Juarez Freitas conclui:

O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como *o Estado das escolhas administrativas legítimas*. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidade das escolhas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.

Nesse desiderato, o direito fundamental à boa administração pública [...] é norma implícita de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir *o controlador a fazer as vezes de “administrador negativo”*, isto é, a terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites – a saber, de maneira extremada ou deficiente.⁹⁹

Urge, pois,

da Administração um reinventar de si mesma, com aprimoramento funcional, mas sem perda de sua necessária capacidade de diálogo com o interesse público, conceito ainda central à sua existência. Desloca-se, portanto, o eixo de cogitação em matéria de função administrativa, dos aspectos meramente formais ou procedimentais, para a vertente substantiva dessa mesma tarefa; para a identificação dos critérios mínimos orientadores desse exercício funcional, que conduzam o poder político institucionalizado à trilha de concretização dos compromissos constitucionais.¹⁰⁰

4 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As constituições são a identidade do povo e um projeto do que este busca ser no futuro, de modo que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”¹⁰¹. A Constituição não pode ser um “documento à procura de um povo”, mas sim o fundamento e o retrato da sociedade que norteia.¹⁰²

A atribuição de normatividade foi uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX, no mundo romano-germânico. A superação do modelo legalista que via a Constituição como um documento essencialmente político cedeu lugar ao reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculante e obrigatório de suas

⁹⁸ MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate Sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v.1, n. 2, maio 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 28 out. 2012.

⁹⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 8.

¹⁰⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte:: Fórum, 2009, p. 28.

¹⁰¹ STF – AGRRE n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, dj 24.11.2000.

¹⁰² FRIEDRICH, Otto. **Antes do Dilúvio**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997, p. 64.

disposições. No entanto, a demora inerente à transmutação das ideias para o campo da realidade fez que o debate acerca da força normativa da Constituição só chegasse à América Latina, de maneira consistente, ao longo da década de 80. “Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padeciam os países do continente de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional”. Neles, as Constituições tinham sido, até então, “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”.¹⁰³

No Brasil, foi apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a doutrina e a jurisprudência passaram a afirmar a necessidade da efetividade plena das normas constitucionais para a construção de uma Constituição “para valer”¹⁰⁴ - num alinhamento quase integral às concepções substantivas de constituição – vindo a propiciar “a instauração de uma hegemonia do constitucionalismo baseado em direitos no nosso cenário jurídico”.¹⁰⁵

Desta sorte, partindo-se da máxima de que os direitos fundamentais sociais são autênticos direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV¹⁰⁶), dotados de eficácia plena e aplicabilidade direta, era de supor que todos os cidadãos brasileiros dispusessem de todos os mecanismos necessários à garantia de uma vida digna. Contudo, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, a problemática que envolve a efetividade dos direitos fundamentais sociais está longe de ser pacificada. Pelo contrário: constitui-se num dos grandes desafios do Estado.

Na atual conjuntura,

O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.¹⁰⁷

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo.** Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21.

¹⁰⁴ *Loc. cit.*

¹⁰⁵ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. “Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** Interesse Público, Belo

No entanto, no Brasil e nos países da América Latina como um todo, a democracia tardia e deficiente e as distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas constituem obstáculos à realização da Constituição pelo processo político. Incontestável que a descrença da sociedade em relação à possibilidade de sucesso do processo democrático na promoção do projeto constitucional ganha respaldo quando se verifica que o Estado Social brasileiro não se concretizou, que a distribuição de riquezas não ocorreu e que a legitimidade democrática da vontade nacional tem sido delegada ao Poder Executivo, num verdadeiro abuso ao recurso da decretação de Medidas Provisórias.

Como afirma Barroso,

o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.¹⁰⁸

Assim, se a dignidade da pessoa humana (no que tange às condições básicas a serem garantidas pela sociedade e pelo Estado), fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (CRFB/88, art. 1º, III¹⁰⁹), só estará assegurada quando todos e cada um tiverem a garantia de uma vida saudável¹¹⁰, é incorrigível a afirmação de que diante da necessidade urgente o Poder Público não se pode omitir. Logo, é obrigação moral e constitucional do Estado garantir a eficácia dos direitos fundamentais, sendo, pois, imperativa a adoção de uma postura ativa de todos os Poderes na guarda do cumprimento dos direitos fundamentais e no núcleo político previstos na Constituição.

E é nesse sentido que a intervenção judicial para a tutela dos direitos sociais e da assunção do objetivo maior de concretização dos valores e princípios constitucionais faz-se necessária. Deste modo,

Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012.

¹⁰⁸ BARROSO. Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

se os dados identificadores dos problemas que povoam o convívio em sociedade e inspiradores das alternativas de solução a serem implementadas por intermédio de programas e ações não são necessariamente jurídicos; jurídico, todavia, será o dever de agir do poder, sempre e necessariamente dirigido à concretização dos valores constitucionais.¹¹¹

Nesse contexto, exerce forte influência sobre o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969). Numa atuação que buscava a afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais, o constitucionalismo americano inspirou “gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora”. A Suprema Corte agia movida pela ideia inspiradora “de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer”. Alicerçados na certeza de que “as minorias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar infinitamente o processo histórico”, a Suprema Corte defendia que era “necessária uma “vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade”, para que fosse desobstruído o caminho para o progresso social. Obviamente, por mais elevados que pudessem ser os objetivos da atuação da Corte de Warren, a sua visão não foi aceita sem críticas pela sociedade estado-unidense e pelas sociedades do mundo afora. Contudo, a verdade é que até os seus adversários mais ferrenhos tiveram de admitir que

quando Earl Warren deixou a presidência da Suprema Corte, em 1969, a segregação em escolas e demais ambientes públicos já não era mais permitida; o arbítrio policial contra pobre e negros estava minorado; comunistas ou suspeitos de serem comunistas não podiam ser expostos de maneira degradante e ruinosa para suas carreiras e suas vidas; acusados em processos criminais não podiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos. Todas as profundas transformações acima relatadas foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.¹¹²

Sem embargo de tais conquistas, aqui e lá é aceso o debate sobre a legitimidade da atuação ativa do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à formulação e à implementação de políticas públicas destinadas a garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais constitucionalizados. Àqueles que a defendem o primeiro desafio é combater a alegação de ofensa a inquestionáveis paradigmas, como o da tripartição de poderes. Comparato ressalta que tal modelo, originado no seio do Estado Liberal, contava com mecanismos mútuos de correção da atuação errônea de um poder pelo outro; no entanto, não

¹¹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos**: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31.

oferecia qualquer resposta à patologia expressa na omissão no cumprimento dos deveres constitucionais pelo poder competente capaz de obrigar o poder omissivo na realização do dever que lhe foi imposto pela Constituição¹¹³. Além do douto autor, Mauro Cappelletti aprofunda o assunto e reforça a legitimidade democrática do Judiciário na democracia constitucional, ao enfatizar que os direitos sociais requerem intervenção ativa do Estado, que se perpetua no tempo, e é justamente essa característica que demanda uma ação conjunta do poder público. Tal ação configura o dever do Estado de intervir na esfera social e do Judiciário de assumir uma postura ativa e dinâmica capaz de interpretar e garantir a aplicação efetiva dos direitos fundamentais sociais¹¹⁴.

Há outras supostas enfermidades desconstruídas por Cappelletti. No que tange à alegação de maior dificuldade de acesso às informações do direito jurisdicional do que às do direito legislativo, o autor apresenta as qualidades da vinculação aos precedentes (*stare decisis*), da assistência jurídica gratuita e do sistema eficiente de publicização e consulta das decisões judiciais. Já no que concerne à alegada “incompetência institucional” da magistratura para agir na criação do direito, escorada em argumentos atinentes à suposta insuficiência financeira e técnica dos tribunais para analisar dados sociais, políticos e econômicos e para garantir a efetiva concretização das decisões, vez que são carentes para observar e controlar a execução, Cappelletti expõe a possibilidade de lançar mão de pareceres técnicos ou periciais e de permitir a intervenção de terceiros¹¹⁵. Vale lembrar que as normas contidas nos art. 9º, §1º, da Lei n.868/99 e o art. 6º, §1º, da Lei n. 9882/92 ampliaram a participação nos processos de controle concentrado ao possibilitar que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o relator do processo de controle abstrato suscitado no Supremo Tribunal Federal admitir a figura do *amicus curiae* para solicitar “informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para a emissão de parecer sobre a questão e realizar audiência pública, na qual poderá ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria”¹¹⁶

Outrossim, a atuação de um Judiciário forte esbarra frontalmente no pressuposto da “sabedoria das maiorias parlamentares”. No entanto,

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Novas Funções Judiciais do Estado Moderno**. In. COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 147-162.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor Editor, 1993, p. 40-42.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 82-89.

¹¹⁶ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 194.

a consolidação da jurisdição constitucional brasileira trouxe para a ordem do dia – e superou – os vetustos argumentos de que só o voto pudesse ser visto como signo legitimador do agir do poder, admitindo que o labor técnico e independente, associado à motivação das decisões, possam se revelar igualmente aptos a conferir legitimidade a uma atuação que se exerce a título de controle desse mesmo atuar do poder político.¹¹⁷

Embebido nessa crença, Cappelletti, apropriando-se sabiamente da expressão de Alexander Bickel, assevera que o Judiciário apresenta determinadas “virtudes passivas” no exercício de suas funções, as quais o tornam “*the least dangerous branch*” (o ramo menos perigoso) para a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para o controle da atuação dos outros dois poderes. Tais “virtudes passivas”, projetam-se nos princípios da demanda (*nemo iudex sine actor*), do contraditório (*audiatur et altera pars*) e no princípio da imparcialidade (*nemo iudex in causa propria*).¹¹⁸

Nesse passo, parte-se aqui da premissa de que a crítica da natureza contramajoritária ou antidemocrática do Judiciário pode ser veementemente confrontada pelo Processo, cuja força e procedimento delimitam a atividade judicial e fazem do Judiciário o campo e poder favorável à tutela efetiva dos direitos fundamentais nos cenários democráticos.

4.1 O PROCESSO E AS SUAS VIRTUDES

A definição clássica de processo ignora o procedimento e tem estreita conexão com os valores do Estado Liberal, em que cabia ao juiz apenas reproduzir as palavras da lei, cujas características de generalidade e abstração impediam o juiz de considerar as circunstâncias do caso concreto¹¹⁹.

A evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional criou a necessidade de o processo ser legitimado por diversos fatores para que pudesse cumprir adequadamente o dever de prestar tutela aos direitos, quais sejam: a) a legitimação pela participação, resultado da efetividade da participação das partes na formação da decisão; b) o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material, incidente tanto sobre o legislador, na sua tarefa de instituir procedimentos adequados e efetivos, quanto sobre o juiz, em razão das normas

¹¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 99.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor Editor, 1993, p. 71-80.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 396-400.

processuais abertas; e c) a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais¹²⁰. O processo, pois, “deve legitimar – pela participação -, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”.¹²¹

É certo, portanto, que no Estado Constitucional, “o procedimento, em abstrato – como lei ou módulo legal – ou no plano dinâmico – como sequência de atos –, tem evidente compromisso com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos”¹²². Deve ser “além de adequado à tutela dos direitos, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”.¹²³

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 5º, LIV, estabeleceu expressamente que “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”. Ávila afirma que “o devido processo legal é o reflexo procedimental da própria positivação dos direitos fundamentais: a atribuição de um direito pressupõe a atribuição de meios destinados a protegê-lo. Quem dá o fim, dá o meio. Direito subjetivo sem processo seria um mero *flatus vocis* do legislador”.¹²⁴ E arremata dizendo que a Constituição “se encarregou de ‘assegurar um direito assegurador de direitos’. Em outras palavras, a Constituição instituiu um instrumento de confiabilidade da ordem jurídica”.¹²⁵

Outrossim, não se pode perder de vista que além de consagrar expressamente o devido processo legal,

a Constituição instituiu, expressamente, vários de seus corolários, como a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), em cujo âmbito se situa a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos (art. 5º, LVI) e a fundamentação das decisões (art. 94, IV)”.¹²⁶

Diante de todo este arcabouço de proteção judicial, é possível concluir que o “exercício do poder no processo jurisdicional - diferentemente do que ocorre no processo

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 399-400.

¹²¹ *Ibidem*, p. 401.

¹²² *Loc. cit.*.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 404.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 580.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 581.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 582.

legislativo, cuja legitimação se encontra nos fundamentos da democracia representativa”¹²⁷. ganha legitimidade através da abertura à participação e da observância aos pressupostos processuais. Insta ressaltar que essa participação se traduz em verdadeiro exercício de democracia direta. Neste sentido, já afirmou José Afonso da Silva que “qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual dessa expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”.¹²⁸

4.1.1 Direito fundamental à participação e princípio da demanda

O princípio da participação tem intrínseca ligação com o princípio dispositivo em sentido material ou princípio da demanda, o qual não só preserva a inércia jurisdicional para proteger a ideia de imparcialidade do Juízo, como também promove a ideia de liberdade da parte no que tange à: 1) conveniência na instauração do processo; 2) conformação da causa de pedir (a parte tem domínio a respeito dos fatos essenciais que alegará em Juízo para proteger os seus direitos); 3) formulação do pedido. Esse manancial teórico está ligado aos artigos 2º¹²⁹; 128¹³⁰; 262, 1ª parte¹³¹; 459, 1ª parte; e 460, do Código de Processo Civil.¹³²

Ademais, não se pode perder de vista que o princípio da demanda tem projeção sobre aquilo que deverá ser examinado pelo juiz na sentença. Deve haver uma congruência entre

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 407

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 141-142.

¹²⁹ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012 “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

¹³⁰ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012. “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”.

¹³¹ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012 “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte”.

¹³² Para aprofundamento, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75 *et seq.*; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1, São Paulo: Atlas, 2010, p. 68 *et seq.*

pedido e sentença (art. 459, 1ª parte¹³³ e art. 460¹³⁴), resguardando a legitimidade da intervenção judicial abordada nesta pesquisa. O princípio da participação é reforçado pela facilidade de acesso aos tribunais em comparação com aquela típica dos órgãos do governo, consubstanciando condição indispensável para a eficácia do ordenamento jurídico. Não é por outra razão que a CRFB/88

assegurou a todos (art. 5º), independentemente do pagamento de taxas (inciso XXXIV), o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou o abuso de poder (alínea “a”) e a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e para o esclarecimento de situações de interesse pessoal (alínea “b”).¹³⁵

E para aqueles que não dispõem de condições financeiras, a CRFB/88 instituiu a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV).

No ponto, há que se mencionar o sustentado por Cappelletti, com base no afirmado pela conhecida juíza federal americana Shirley Hufstedler, no sentido de que “para abrir as portas de um Tribunal” é necessário apenas o pedido da parte, diferentemente do que ocorre com o alcance da sociedade às Câmaras Legislativas e os órgãos administrativos.¹³⁶

Por outro lado, não incorre em erro aquele que afirma que não haveria eficiência se os sistemas legislativo e administrativo estivessem constrangidos “à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de outro lado, todos os sujeitos ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto”¹³⁷. No entanto, há que se admitir que

o desenvolvimento do controle do poder a partir de um conhecimento universalizado das dificuldades proporciona um índice de participação pública que determine, em última análise, uma socialização ampla da política, tendencialmente superadora dos vícios do sistema representativo, e ainda, expansiva da ideia do público à sociedade civil.¹³⁸

¹³³ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012. “Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”.

¹³⁴ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012”. “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 581

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor Editor, 1993, p. 106.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 77.

¹³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91

E é justamente ao buscar sanar os vícios do exercício da democracia representativa que o Judiciário se traduz em ambiente propício para o exercício da democracia participativa e potencializa a concretização dos direitos fundamentais sociais.

4.1.2 Direito fundamental ao contraditório

Ensina João Lacê Kuhn:

Como não poderia deixar de ser, as primeiras notícias que se têm do contraditório, como elemento informador do direito processual, remontam à época do Direito Romano. Da Consciência romana de direito como bem da vida individual, vem a ideia inseparável da bilateralidade. A ideia que existiu em todas as épocas, porém com modo, procedimentos e peculiaridades próprias.

A exigência do comparecimento da parte contrária – réu – para a formação do processo, é elemento de criação do direito processual desde os primórdios históricos. Quando se concebeu o Direito como ciência, verificou-se a necessidade de fórmulas, ritos e procedimentos para viabilizá-lo e assegurá-lo a quem efetivamente o possuía. Também chegou-se à conclusão de que a dialética era obrigatória: a afirmação pura e simples, subjetiva, por apenas uma das partes não era suficiente para atribuir-lhe, com segurança, o direito que postulava. Havia, sem dúvida, a necessidade de ouvir a parte contrária, aquela de quem se reivindica ou reclama o direito postulado.

Não há, entretanto, como refutar que o contraditório é nato do ser humano quando contra ele investe alguma coisa ou alguém. A defesa privada e a autotutela são os embriões do processo dialético hoje vivenciado.¹³⁹

Diante desta breve incursão histórica, resta inquestionável que o contraditório, no processo civil contemporâneo, tem significado diverso daquele que lhe era atribuído no Estado Legislativo. Nesta época, o contraditório constituía mera garantia de conteúdo formal, sendo impossível falar em “efetividade ou em realização efetiva do contraditório, nem muito menos em obstáculos sociais capazes de impedir a participação em contraditório”.

No Estado Democrático de Direito, “se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação”¹⁴⁰.

¹³⁹ KUNH, João Lacê. **O Princípio do Contraditório no Processo de Execução**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 33-34.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 409.

É certo que não se pode falar em direito fundamental de defesa se o cidadão não puder contraditar as alegações da outra parte ou se utilizar de todos os meios disponíveis para se defender.¹⁴¹ Para José Bedaque

trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado.¹⁴²

Embora aplicado antes do advento da Constituição Federal de 1988, como decorrência do princípio da igualdade e da norma contida no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem¹⁴³, o princípio do contraditório foi previsto de forma inovadora no art. 5º, LV, da CRFB/88, que assim dispõe: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório decorre do princípio do devido processo legal, como leciona Ávila:

A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo [...] deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais [...] Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, quer por meio da previsão de ideais mais restritos (princípios da ampla defesa e do contraditório, que por meio da previsão de comportamentos ou de prerrogativas (regras do juiz natural imparcial, da motivação, da publicidade e da proibição de prova ilícita), além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos, que tanto podem convergir, quanto divergir relativamente ao fim maior.¹⁴⁴

De acordo com Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁵ “somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade, é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa”.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 584.

¹⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 94.

¹⁴³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 161.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **O que é “Devido Processo Legal”?**. Revista de Processo, n. 163. São Paulo: RT, 2008, p. 57-58.

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 80, v. 665, mar. 1991, p. 14.

Na mesma linha, Leonardo Greco¹⁴⁶ afirma que “numa noção elementar poderia ele [o princípio do contraditório] ser definido como o princípio que impõe ao juiz [...] o oferecimento a ambas [as partes] das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa”. Nesse processo, “o juiz passa a integrar o contraditório, porque como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais”¹⁴⁷.

O Estado Constitucional exige nada menos do que o direito ao contraditório forte, efetivo, não meramente formal. José Roberto dos Santos Bedaque assevera:

O direito à ampla defesa é um dos componentes mais relevantes da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Refere-se não só a quem alega ter direito lesado ou ameaçado, e por isso provoca a atividade jurisdicional do Estado, como também àqueles em face de quem a tutela é pleiteada e cuja esfera jurídica pode ser afetada pelo resultado do processo.¹⁴⁸

Ademais, faz-se necessária uma indestrutível ligação entre o contraditório e o dever de fundamentação das decisões, para que a jurisdição exerça o desiderato maior de tutela efetiva dos direitos. Nesse sentido, leciona Daniel Mitidiero:

O direito fundamental ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos arguidos em suas manifestações processuais considerados pela decisão jurisdicional, o que de seu turno exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Na perspectiva do órgão jurisdicional, esse direito corresponde ao dever de dar atenção aos arrazoados das partes, o que pressupõe deles tomar conhecimento, considerando-os séria e detidamente. Corresponde, em suma, ao dever de fundamentar suas decisões [...] O dever de fundamentação das decisões consiste na ‘última manifestação do contraditório’, porquanto a motivação “garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”. Há, pois, um nexo inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.¹⁴⁹

Um processo guiado pelo contraditório não favorece o réu apenas; favorece o autor, o juiz, e o processo como um todo. A função dialética¹⁵⁰ do contraditório reforça o seu caráter democrático, sendo imprescindível para ao atingimento da justiça da decisão. “O debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos

¹⁴⁶ GRECO, Leonardo. **O Princípio do Contraditório**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, São Paulo, 2005, p. 71.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 73.

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 90.

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 138-139.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Garantia do Contraditório**. Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), vol. 15, 1998, p. 7-20.

diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada”.¹⁵¹

É diante dessa possibilidade de debate que a democracia participativa se concretiza e abre a possibilidade de os cidadãos fiscalizarem as escolhas públicas, questionarem o uso do dinheiro público e defenderem um posicionamento diante da realidade inarredável dos recursos limitados.

4.1.3 Dever constitucional de fundamentação das decisões

Em que pese a importância do contraditório como mecanismo garantidor da possibilidade de participação das partes, ele, sozinho, não é suficiente para garantir a legitimidade do processo jurisdicional. “Para tanto, além da imprescindibilidade da publicidade dos atos do juiz, tem vital importância a fundamentação das suas decisões”¹⁵², constituindo verdadeira exigência do Estado Constitucional “uma fundamentação que explicita, ou que exteriorize, uma argumentação adequada e capaz de convencer”.¹⁵³

O Poder Judiciário, em virtude das funções que exerce, transforma-se num verdadeiro “fórum democrático”, “na medida em que os processos judiciais são necessariamente argumentativos e, portanto, devem fazer um uso apropriado da *razão pública* para justificar as decisões que no seu ambiente são adotadas, ao contrário das decisões políticas tomadas, por exemplo, nas esferas parlamentares, em que a fundamentação racional não prevalece”.¹⁵⁴

Tal justificação decorre do dever de fundamentação, constitucionalmente previsto no art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.¹⁵⁵

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 407.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 408.

¹⁵⁴ MELLO, Cláudio Ari. **Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 85, t. I, mar. 2002, p. 130.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º nov. 2012.

Reforçando a previsão constitucional, a legislação infraconstitucional também positivou o dever de fundamentação em diversos dispositivos:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

[...]

Art. 273, § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

[...]

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.¹⁵⁶

Da análise das normas contidas nos dispositivos acima citados, é possível identificar que o dever de fundamentação encerra em si duas exigências: uma relativa ao juiz – o qual tem o dever de examinar todos os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes – e outra relativa às partes – as quais têm o direito de conhecer as razões que levaram à decisão e de verificar sua consistência, imparcialidade e justiça¹⁵⁷. Por conseguinte, “a fundamentação não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas”.¹⁵⁸

Nesse sentido, ao abordar o tema, Didier sustenta que o dever de fundamentar consiste na exteriorização das razões, de fato e de direito, que conduziram o magistrado até a formulação da decisão, possibilitando a comprovação da inexistência de arbitrariedades e subjetivismos no julgado.¹⁵⁹

Na mesma linha, Dinamarco afirma que fundamentar é enunciar o “eixo imaginário” percorrido pelo magistrado, desde a delimitação da *causa petendi* até a formulação da sentença, passando pelos fundamentos da defesa, revelando as razões que o levaram a decidir daquele modo.¹⁶⁰

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012.

¹⁵⁷ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 225 *et seq.* (Coleção José do Patrocínio).

¹⁵⁸ *Idem*. **Instituições de Processo Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, página 271.

¹⁵⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v.II, 6ª ed., ver. e atual. Bahia: JUSPODIVM, 2011, p. 291.

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. IV, 4ª, ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 661 ss.

Expressando ponto de vista semelhante, também José Carlos Vieira de Andrade define o dever de fundamentação como "uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou ainda como recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique"¹⁶¹.

Insta ressaltar que

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz (*sic*) sido racionalmente correta. Em "a" devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.¹⁶²

Assim, resta evidente que, uma vez defesa à parte a possibilidade de se valer de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida,

deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução daquele, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção de propósitos, assim retribuindo à confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional.¹⁶³

Para que realmente exista essa retribuição é pressuposto que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a observância das garantias constitucionais.

Nesse passo, diante do que aqui se expôs, é de ver que a constitucionalização dos direitos fundamentais levou à criação de uma nova dinâmica nas relações entre Estado e sociedade. Esta, outrora sem instrumentos ou mecanismos para exigir daquele a satisfação dos seus anseios, detém, hoje, no Estado Constitucional, força e voz. A inaceitabilidade da leniência, inércia e procrastinação do Estado na efetivação dos seus direitos e garantias, ganha corpo no Judiciário, não mais visto apenas como um local de resolução de disputas, mas também como um verdadeiro garantidor da efetividade dos preceitos e promessas constitucionais.

E esse Poder, depositário de tantos anseios e necessidades, encontra-se aparelhado por garantias institucionais de acesso à Justiça e por condições processuais constitucional e

¹⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almeida, 1992, p.11.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 668.

¹⁶³ MARCATO, Antonio Carlos. **A Imparcialidade do Juiz e a Validade do Processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3021>>. Acesso em 13.11.2012.

infraconstitucionalmente previstas - como as garantias do juiz natural, da imparcialidade do juiz, da publicidade e da fundamentação das decisões, do contraditório, da ampla defesa, todas garantidoras do devido processo legal – que o tornam legítimo para exercer o papel que dele se espera, na salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalizados, especialmente os direitos fundamentais sociais, assegurores da dignidade humana.

Não por outra razão, Cappelletti escreveu que

certamente, o respeito por parte dos juízes àquelas regras fundamentais de antiga sapiência, que, como afirmamos, determinam a ‘natureza’ da função jurisdicional, constitui uma fonte de legitimação diversa da dos poderes políticos. Os sujeitos que operam nesses poderes podem ser, efetivamente, e frequentemente são, mais diretamente ligados à vontade majoritária, escolhidos e confirmados por esta e em face desta mais diretamente responsabilizados. Todavia, a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade.¹⁶⁴

4.2 EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E IDEAL CONSTITUCIONAL

O exercício do controle jurisdicional das políticas públicas constitui, pois, realidade cotidiana no país. No entanto, esse sistema começa a apresentar sintomas graves de que “pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”. Temerária é a atuação de magistrados que, no intuito de dar efetividade à Constituição, termina por ocasionar a “superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos”, potencializando a já conhecida desorganização da atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.¹⁶⁵

Embora se alegue - e seja, de fato – bem intencionada, a prestação jurisdicional pode, no limite, obstar a implementação satisfatória das políticas públicas dirigidas à satisfação dos direitos fundamentais sociais e, em último grau, levar à não-realização prática da Constituição. “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade [dos cidadãos], que continua dependente das

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor Editor, 1993, p. 103-104.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**, p. 3. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007, p. 3. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012.

políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.¹⁶⁶ Nessa senda, é incontestável que, embora o acesso ao Poder Judiciário seja mais aberto, fácil e amplo do que o acesso aos órgãos da Administração Pública, não se pode ter a ilusão de que todos aqueles que sofrem pela atuação ausente ou deficiente do Poder Público vão buscar no Judiciário sua redenção. Na grande maioria, litigam aqueles que conhecem seus direitos e podem arcar com os custos do processo judicial, de modo que a possibilidade de o Judiciário prestar tutela jurisdicional aos direitos fundamentais sociais pode servir menos àqueles que mais dela precisam.

Ademais, não se pode deixar de ponderar que a situação de exclusão dos cidadãos mais pobres pode inclusive agravar-se com a prestação jurisdicional voluntarista de políticas públicas, em virtude da inevitável transferência de recursos públicos que poderiam servir à implementação de programas sociais institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais.¹⁶⁷ Nesta seara, imperativo ressaltar que tal transferência opera geralmente através de ordem judicial dirigida ao Poder Público para que destine verba necessária e suficiente à satisfação do direito fundamental social reclamado em juízo ou no orçamento em curso – através da abertura de créditos suplementares – ou nos orçamentos futuros.¹⁶⁸

Contudo, deve-se ter em mente que

Remanejar recursos ou determinar incluir em orçamento futuro constitui estratégia apta, simplesmente, a prover em um determinado cenário de tempo (o exercício em curso e/ou o subsequente) os meios financeiros indispensáveis ao desenvolvimento de atividades traçadas como devidas pela Administração. Tais providências, a rigor, nada mais fazem do que superar, pontualmente, o argumento da ausência de fonte ampla (pelas próprias limitações temporais da vigência dos instrumentos orçamentários). Se temos em conta que o cenário de desenvolvimento de uma política pública dificilmente se esgotará em um único exercício financeiro, tem-se já um indicativo da insuficiência do mecanismo para fins de efetivo controle.

Mais ainda, prover um montante determinado de recursos financeiros via orçamento, pressupõe uma quantificação desses mesmos valores, que há de ser decorrente de um conhecimento prévio de qual seja a ação ou programa a ser desenvolvido. A estratégia, portanto, tem reduzido o âmbito de incidência àquelas hipóteses em que os detalhes relacionados ao desenho e custo da política pública cogitada sejam conhecidos – e portanto, não oferece resposta às indagações atinentes a como seja possível, na hipótese de ausência total de política pública, alcançar justamente essa definição do curso de ação a ser determinado à Administração. Afinal, ainda que se pudesse cogitar de uma ordem de remanejamento de recursos não quantificados – tantos quantos sejam necessários – o resultado será uma carga

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**, p. 4. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012.

¹⁶⁷ *Loc. cit.*

¹⁶⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 108.

de indeterminação tão alta no *decisum* que tendencialmente comprometerá sua própria observância.¹⁶⁹

Assim, significa dizer que a atuação jurisdicional em políticas públicas, que tem como fundamento e inspiração a busca da justiça e da igualdade material, pode derradeiramente inverter essa lógica e aprofundar os problemas levados a Juízo. É preciso ter cautela. Um primeiro lance de vista pode levar à conclusão de que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, os direitos fundamentais sociais (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, à assistência aos desamparados¹⁷⁰), e, de outro, os princípios orçamentários e o custo dos direitos. A realidade, contudo, é mais dramática. O que pode estar em jogo e deve ser sempre levado em conta é que os direitos de uns podem significar ausência de satisfação dos mesmos direitos de outros. Certo é que não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Por isso, visando a evitar verdadeiro desvirtuamento do agir do poder Judiciário na promoção da plena eficácia dos direitos fundamentais sociais, a jurisprudência brasileira deve atuar sem se apoiar numa abordagem individualista dos problemas sociais, mas sim numa gestão eficiente dos escassos recursos públicos, sempre orientada pela satisfação dos direitos fundamentais de toda a sociedade, mediante avaliação racional de custos e benefícios.

E, pois, necessário que, ao decidir, os magistrados levem os custos dos direitos a sério, para que as políticas públicas possam seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. O pragmatismo-consequencialismo de que aqui se trata não pode ser confundido como respaldo incondicional à alegada falta de recursos para implementação de determinada política pública; trata-se, sim, de ponderação das consequências práticas da decisão judicial. Conforme ressalta Alexandre Santos de Aragão,

Há uma série de objeções levantadas contra o uso jurídico do argumento consequencialista: (a) preocupações de se manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, searas em que a análise das consequências constitui trânsito diário; (b) cuidado para não se “abrir a Caixa de Pandora” do argumento, de tal forma que, pelo abuso, todo e qualquer tipo de proposição jurídica *contra legem* encontrasse alguma fundamentação genérica; (c) receio de que o raciocínio utilitarista, tão próprio ao consequencialismo, terminasse por negar, no limite, a dignidade da pessoa humana. Entretanto, é possível rebater cada uma das críticas, desde que se esteja falando de uso moderado e controlado do argumento pragmático-consequencialista: (a) quanto à autonomia do Direito, é importante que a argumentação jurídica que pretenda se utilizar de argumentos consequencialistas se

¹⁶⁹ VALLE, Vanice Regina Lório do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 108-109.

¹⁷⁰ Art. 6º, CRFB/88. . BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012.

refira a princípios jurídicos que a eles encaminhem o operador do Direito; (b) quanto ao abuso do argumento, é só utilizá-lo com parcimônia, lembrando-se dos riscos; o que costuma acontecer, e, na verdade, o que deve ser evitado, é o uso disfarçado do consequencialismo, camuflado entre artigos, precedentes e citações doutrinárias, como a corriqueira alegação, sem sustentação, da inexistência de recursos disponíveis para a efetivação de determinada política pública; (c) quanto à terceira objeção, nem todo consequencialismo é utilitarista: é possível avaliar as consequências jurídicas de uma decisão—operando, portanto, análise consequencialista—à luz, por exemplo, da manutenção ou da alteração do sistema de princípios incorporado pela Constituição.¹⁷¹

Portanto, encontrar o equilíbrio não é fácil. Impossível não admitir que o magistrado vê-se numa verdadeira encruzilhada: se julga procedente o pedido posto em juízo, possibilitando a efetivação de determinado direito fundamental social, está ele garantindo, para aquela situação concreta, a plena efetividade da Constituição; por outro lado, ao atuar positivamente na formulação e na implementação das políticas públicas, pode o magistrado estar adentrando em terreno muito mais amplo e nebuloso que a sua decisão pode não ter cogitado e abrigado, surtindo efeitos negativos em projetos públicos de maior abrangência social. Da mesma forma, se o magistrado efetivamente se mune do arcabouço técnico-intelectual disponível e avalia adequadamente os custos dos direitos e os prolongamentos e efeitos da sua decisão, pode estar, mais propensamente, atuando com justiça; contudo, a demanda particular, embora idônea, justificável e legítima, acaba se vendo desprovida.

Por este motivo, devem os magistrados atuar com cautela e responsabilidade no que tange à formulação e à implementação das políticas públicas. Nesse contexto, pertinente a reflexão de Zagrebelsky no sentido de que, a despeito de os juízes terem uma grande responsabilidade na vida do Direito, nem por isso eles são os senhores do Direito no mesmo sentido em que o eram os legisladores no século passado. Eles são sim guardiões da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, consubstanciada na “necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça”, sendo incompatível qualquer concentração de poder, eis que o Direito não é e nem pode ser objeto de propriedade de um ou poucos, mas sim objeto de zelo por toda a sociedade.¹⁷²

Nessa ótica,

o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação, nem deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade**. Interesse Público, ano 11, n. 57, set/out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 11-12.

¹⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.p. 60.

outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.¹⁷³

O equilíbrio deve ser sempre aguerridamente buscado para que na ânsia de se promover justiça, não se cause mais injustiça; para que no intento de se exercer um controle corretivo da ausência ou inefetividade de uma política pública, não se tenha um reforço da inércia e da inatividade do “destinatário inicial do cometimento constitucional”, desonerando-o dos “custos políticos inerentes à escolha pública e à concretização de suas decisões”. Afinal, o resultado ótimo da ação de controle é reconduzir o responsável original pela atuação do poder ao desenvolvimento regular de suas atribuições. O Judiciário deve atuar, assim, na omissão ou na ineficiência da Administração Pública, mas não buscar substituir-se a ela.¹⁷⁴

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**, p. 4. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012.

¹⁷⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

5 CONCLUSÃO

Com a emergência da sociedade plural, surgiu a necessidade do Estado Constitucional. A lei já não constituía mais um critério de identificação do direito. As propriedades de generalidade e de abstração da lei já não atendiam às reivindicações do pluralismo das forças sociais, cujos indivíduos clamavam por efetivas inserção na sociedade, igualdade substancial e proteção do Estado.

Tornou-se emergencial considerar o princípio da legalidade a partir de uma perspectiva substancial, que permitisse a sua conformação com os princípios de justiça. Afinal, o fascismo e o nazismo haviam ascendido sob o domínio e a observância do Estado Legalista, numa demonstração perigosa de que normas positivadas em lei não eram suficientes para garantir a dignidade humana e o desenvolvimento social.

Os Estados, mediante a necessidade de reconstituição do valor humano, através do comprometimento global de uma atuação voltada à efetivação dos direitos mais caros para o homem, espontaneamente adotaram um “sistema ético de referência” fundado no “sistema internacional de proteção dos direitos humanos”, baseado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹⁷⁵.

Nesse contexto, a convergência da necessidade de se colocar a substancialidade dos direitos e dos princípios de justiça numa posição superior, capaz de subordinar a lei à conformação e à confrontação, e da assunção do compromisso pelo Brasil de obrigar todas as formas de expressão do poder estatal a concretizarem, progressiva e continuamente, os direitos humanos, fez consagrar os direitos fundamentais na CRFB/88, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e proteção por cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV, CRFB/88¹⁷⁶).

Como resultado dessa nova conjectura, vem à luz o pressuposto de que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas”¹⁷⁷, a serem realizadas através de “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas,

¹⁷⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. “Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. In: Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, v.2, p. 350-351.

para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁷⁸ – as políticas públicas.

Deste modo, numa sociedade que tem por fim a concretização da Constituição – haja vista que “tudo que se encontra na Carta Fundamental deve ser visto como tendente à eficácia”¹⁷⁹ - e como meios as políticas públicas, seria possível supor que todos os seus cidadãos dispusessem de todos os mecanismos necessários à garantia de uma vida digna. Contudo, não é esta a realidade que se apresenta.

Há diversos entraves a obstaculizar o atingimento da sociedade retratada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Um destes entraves, com múltiplas repercussões no Direito, na Economia e na Ciência Política, é o custo dos direitos.

Os direitos têm custos; é inegável. Destarte, é verdade inarredável que tanto os “velhos” quanto os “novos” direitos; tanto os direitos sociais quanto os direitos individuais não podem ser protegidos sem dinheiro e apoio públicos. “O direito à liberdade de contratar não implica menos gastos do que o direito à saúde; o direito à liberdade de pensamento não custa menos do que o direito à moradia”, e, portanto, é possível dizer que “todos os direitos [verdadeiramente] reivindicam perante o Tesouro público”¹⁸⁰. Esta percepção evidencia como os direitos protegidos constitucionalmente - embora haja resistência a admitir – não são “invioláveis, peremptórios e conclusivos”, porquanto “nada do que custa dinheiro pode ser absoluto”.¹⁸¹

Com base nesta intelecção, nasce a certeza de que uma análise social que leve em conta o custo dos direitos é mais apurada, mais verdadeira, mais real. No entanto, o desejo difundido de retratar direitos sob uma ótica irrestritamente positiva pode ajudar a explicar por que uma aproximação cega dos seus custos tem-se tornado conveniente para todos. Para nós, cidadãos, porque nossa natureza egoística não permite que, espontaneamente, desejemos abrir mão de algo nosso para adquirir direitos ou assegurá-los a toda a sociedade, e, portanto, não queremos ser confrontados com essa reflexão; para o governo, porque permite-lhe deixar dolorosos *tradeoffs* fora de contexto, bem como o desincumbe de demonstrar, às claras, os

¹⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

¹⁷⁹ FREITAS, Juarez. **A Democracia Como Princípio Jurídico. Como Princípio Jurídico**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord). **Direito Público Moderno: Homenagem Especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

¹⁸⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 15.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 97.

motivos das escolhas políticas e a maneira como os tributos de toda a comunidade são utilizados para proteger os direitos.

Incontestável que se a sociedade dispõe-se a pensar sobre o custo dos direitos, pode acabar verificando que a cláusula do devido processo legal, por diversas vezes, é transformada em “quanto de processo legal é devido?”. No mesmo sentido, pode-se deparar com a reflexão sobre não apenas o quanto realmente custam os direitos, mas também sobre “‘quem’ decide como alocar nossos escassos recursos públicos, para a proteção de ‘quais’ direitos, e ainda ‘para quem’”.¹⁸² Ou seja, refletir sobre o custo dos direitos é inquietar a percepção da realidade.

Ademais, trazer o custo dos direitos à baila é transformar o que sempre esteve fora das pautas de discussões urgentes em objeto de reflexão crítica e explicação aprofundada. Considerar a vinculação real entre quantidade e qualidade de satisfação dos direitos, quantidade de recursos públicos e qualidade de decisões políticas é abrir caminho para o encontro de soluções reais, passíveis verdadeiramente de concretude e efetividade, para os problemas reais da sociedade.

De mais a mais, a consideração de que os direitos têm custos acarreta o reconhecimento da inevitabilidade do governo para a salvaguarda dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, faz que, à indagação do porquê da conformidade e da obediência da sociedade à lei – *lato sensu* – e às decisões do Poder Público, construa-se uma resposta que faça alusão ao hábito, à deferência, à imitação, ao respeito às normas, à solidariedade social, ao poder coercivo do Estado, e, mormente, à legitimidade do governo. Afinal, é incontestável que o comportamento obediente voluntário, quase intuitivo, do cidadão perdura enquanto for possível enxergar no governo legitimidade; legitimidade essa que deriva não só da observância dos procedimentos formais de assunção e exercício do poder, como também – e primordialmente – da compreensão social acerca da partilha equitativa dos encargos impostos por lei e da utilização destes para a tutela dos maiores interesses dos cidadãos¹⁸³.

Nesse passo, é evidente que “uma razão pela qual os cidadãos se sentem moralmente obrigados a cumprir seus deveres cívicos elementares é que o sistema que eles adequadamente sustentam, defende, embora não perfeitamente, seus direitos fundamentais¹⁸⁴”. Deve haver a certeza de que vale a pena pagar tributos para, em troca, ter satisfação de direitos; de que as

¹⁸² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 31.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 175

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 176

renúncias de vários tipos de todos os membros da comunidade devem ser adequadamente reembolsadas pelos benefícios individuais e sociais que resultam da implementação dos programas do governo.

Ainda, insta ressaltar que se o custo dos direitos acarreta o reconhecimento da inevitabilidade do governo; esta, por sua vez, desconstrói a velha e arraigada ideia de que é hostil a aproximação entre liberdade e Estado cobrador de impostos. Contudo, não se trata de uma dependência debilitante, mas sim de “um certo tipo de dependência que incentiva a iniciativa pessoal, a cooperação social, e o auto-aperfeiçoamento”¹⁸⁵, de modo que um cidadão livre é aquele que é especialmente dependente.

Diante dessa premissa, faz-se necessário, pois, um governo afirmativo, financiado coletivamente, que forneça as condições para a liberdade, que tenha coragem de reformular os programas sociais para criar um tipo de dependência que promova ao auto-aperfeiçoamento, aumente a autonomia e a iniciativa popular e torne possível à maioria das pessoas levar uma vida decente.¹⁸⁶

Para tanto, é imprescindível que o governo, para que seja legítimo, planeje adequadamente as suas ações. Tal planejamento abre espaço para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica, enriquecendo as alternativas e otimizando as escolhas políticas com vistas a um único destino: a concretização da ordem constitucional.¹⁸⁷ Esse desiderato deve ser perseguido em todas as etapas do agir político-administrativo; vale dizer: a concretização da Constituição deve estar em mente tanto na identificação do problema social a ser enfrentado pelo governo, quanto na escolha das prioridades e na formação da agenda; tanto na formulação de possíveis políticas públicas capazes de sanar ou, pelo menos, minimizar o problema, quanto na escolha da política a ser adotada; tanto na implementação da política pública, quanto na avaliação daquela levada a efeito.

Urge, pois, que seja aceito o desafio de construção de respostas institucionais adequadas aos problemas sociais, por meio de políticas públicas capazes de fomentar a aplicabilidade plena e imediata dos direitos fundamentais. Não pode mais perdurar a imensa descrença que acomete a sociedade brasileira, surgida em muito pela evidência do generalizante sentimento de desproporção que há entre os esforços do poder público para o

¹⁸⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 204-205.

¹⁸⁶ *Loc. cit.*

¹⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 387-388.

cumprimento de seus deveres constitucionais e os resultados efetivamente alcançados em favor dos cidadãos.

Nesta perspectiva, há de se traçar um novo rumo para a gestão pública brasileira, calcada na efetivação do direito fundamental à boa administração pública, “no intuito de fazê-la menos burocrática, mais parceira da sociedade. Menos evasiva, mais assertiva e lúcida. Menos campeã das inconstitucionalidades (por ação e por omissão), mais responsável na guarda efetiva e prática dos direitos fundamentais”.¹⁸⁸ Imperativo que o Poder Público adote a conduta “mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave”¹⁸⁹, através de uma atuação que conduza à melhor consequência para a coletividade.

No entanto, a par dessa atuação da Administração Pública, guiada pelos princípios e promessas constitucionais, não se pode deixar de considerar que, no Brasil e nos países da América Latina como um todo, a democracia tardia e deficiente e as distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas constituem obstáculos à realização da Constituição pelo processo político. Incontestável que a descrença da sociedade em relação à possibilidade de sucesso do processo democrático na promoção do projeto constitucional ganha respaldo quando se verifica que o Estado Constitucional brasileiro ainda não se concretizou e que a distribuição de riquezas ainda não ocorreu.

Assim, se a dignidade da pessoa humana (no que tange às condições básicas a serem garantidas pela sociedade e pelo Estado), fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (CRFB/88, art. 1º, III¹⁹⁰), só estará assegurada quando todos e cada um tiverem a garantia de uma vida saudável¹⁹¹, é obrigação moral e constitucional do Estado garantir a eficácia dos direitos fundamentais, sendo, pois, imperativa a adoção de uma postura ativa de todos os Poderes na guarda do cumprimento dos direitos fundamentais e do núcleo político previstos na Constituição. Nesse sentido, enquanto a Administração Pública se omitir e cumprir deficientemente os seus deveres, a intervenção judicial se fará cogente para a tutela

¹⁸⁸ FREITAS, Juarez. **Contra a Omissão Inconstitucional**: Reexame Inovador da Responsabilidade do Estado. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n.66. mai/ago 2010. Porto Alegre: AMP/RS, 1973, p. 76.

¹⁸⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 165, sem grifos no original.

¹⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

dos direitos sociais e da assunção do objetivo maior de concretização dos valores e princípios constitucionais.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário constrói-se sob a perspectiva da realidade inarredável de que os direitos sociais requerem intervenção ativa do Estado e demandam uma ação conjunta do Poder Público. É a própria Constituição que incumbe ao Estado o dever de intervir na esfera social e, ao Judiciário, de assumir uma postura ativa e dinâmica capaz de interpretar e garantir a aplicação efetiva dos direitos fundamentais.

Nesse passo, deve-se partir da premissa que a legitimidade do Poder Judiciário “não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade”.¹⁹² Ademais, o Judiciário apresenta determinadas “virtudes passivas”¹⁹³ no exercício de suas funções, as quais o tornam “*the least dangerous branch*” (o ramo menos perigoso) para a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para o controle da atuação dos outros dois poderes. Tais “virtudes passivas” projetam-se, de forma especial, no direito fundamental à participação, no direito fundamental ao contraditório e no dever constitucional de fundamentação das decisões. Essas virtudes permitem que o Judiciário constitua ambiente propício para o exercício da democracia direta, através do debate de ideias, da defesa de posicionamentos e do questionamento das escolhas políticas.

Deste modo, o Poder Judiciário, depositário de tantos anseios e necessidades, encontra-se aparelhado por garantias institucionais de acesso à Justiça e por condições processuais constitucional e infraconstitucionalmente previstas - como as garantias do juiz natural, da imparcialidade do juiz, da publicidade e da fundamentação das decisões, do contraditório, da ampla defesa, todas garantidoras do devido processo legal – que o tornam legítimo para exercer o papel que dele se espera, na salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalizados, especialmente os direitos fundamentais sociais, responsáveis pela promoção da dignidade humana.

Assim, é possível afirmar que surgida uma tensão entre a alegação de falta ou insuficiência de uma política pública e a previsão normativa de um direito fundamental social que demande resposta, o processo, entendido como procedimento em contraditório, possibilita a individuação do problema, a definição de seus limites, a satisfação do direito fundamental negado ou indevidamente prestado, e, no limite, a concretização da Constituição.

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor Editor, 1993, p. 103-104.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 79

Contudo, esse agir do Poder Judiciário implica extremas cautela e responsabilidade, sob pena de restar desvirtuado o fundamento da busca da justiça e da igualdade material, através do aprofundamento dos problemas levados a Juízo. A realidade pode ser dramática. O que pode estar em jogo e deve ser sempre levado em conta é que a satisfação dos direitos de uns poucos pode significar insatisfação dos mesmos direitos de outros tantos. Certo é que não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão. É, pois, necessário que, ao decidir, os magistrados levem os custos dos direitos a sério, para que as políticas públicas possam seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

A análise dos custos e a projeção dos seus efeitos no orçamento público, e consequentemente nos programas de governo, não geram como consequência um pragmatismo-consequencialismo que se confunde com respaldo incondicional à alegada falta de recursos para a implementação de determinada política pública; trata-se, sim, de ponderação das consequências práticas da decisão judicial.¹⁹⁴ Por este motivo, o Judiciário, como guardião da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, “não pode querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”¹⁹⁵. Deve atuar, assim, na omissão ou na ineficiência da Administração Pública, mas não buscar substituir-se a ela, de modo que não se tenha um reforço da inércia e da inatividade do “destinatário inicial do cometimento constitucional”, desonerando-o dos “custos políticos inerentes à escolha pública e à concretização de suas decisões”¹⁹⁶. Afinal, o resultado ótimo da ação de controle é reconduzir o responsável original pela atuação do poder ao desenvolvimento regular de suas atribuições.

Tendo em conta o visto, torna-se inadmissível qualquer omissão inconstitucional. A Administração Pública deve agir inteiramente guiada para a satisfação do direito fundamental à boa administração pública. Da mesma forma, os Tribunais devem exercer o seu papel de salvaguarda da Constituição, orientando o seu agir pela observância das “virtudes passivas” do processo e atuando na omissão ou na insuficiência do agir estatal, sempre com a

¹⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade**. Interesse Público, ano 11, n. 57, set/out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 11-12.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**, p. 4. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012

¹⁹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

consciência de que os custos afetam a “extensão, a intensidade e a coerência da aplicação dos direitos”.

Nesse passo, espera-se que todas as formas de expressão do poder do Estado “contribuam, mais incisivamente, para alterar o quadro brasileiro de passivismo inescusável, em termos de atendimento mínimo das demandas oriundas da aplicação direta dos direitos fundamentais”¹⁹⁷, bem como que se faça possível divisar na sociedade brasileira a realidade que a Constituição da República Federativa de 1988 desenhou, de dignidade humana, igualdade substancial e progresso social.

¹⁹⁷ FREITAS, Juarez. **Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do Estado.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n.66. mai/ago 2010. Porto Alegre: AMP/RS, 1973, p. 66

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almeida, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade**. Interesse Público, ano 11, n. 57, set/out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ÁVILA, Humberto. **O que é “Devido Processo Legal”?**. Revista de Processo, n. 163. São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo**. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em 04 dez 2012.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 11 nov. 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 18 out. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:** Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 nov. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).** Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 30 nov. 2012.

BRASIL. **Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 12.11.2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** AGRRE n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, dj 24.11.2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 out. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. In: Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, v.2. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Novas Funções Judiciais do Estado Moderno**. In. COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTO, Cláudio G; ABRUCIO, Fernando. **O Segundo Governo FHC: Coalizões, Agendas e Instituições**. Tempo Social, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 269-301, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200011&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 05 nov. 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v.II, 6ª ed., ver. e atual. Bahia: JUSPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. IV, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004.

EASTON, David. **A System Analysis of Political Life**. New York: Wiley, 1965.

_____. **The Political System: An Inquiry Into the State of Political Science**. New York: Willey, 1953.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Argelina C; LIMONGI, Fernando. **Reforma da Previdência e Instituições Políticas**. In: Novos Estudos CEBRAP, n.51, jul. 1998. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/A_Reforma_da_Previdencia_e_Instituicoes_Politicass_Politicass.pdf>. Acesso em 10 out. 2012.

FREITAS, Juarez. **A Democracia Como Princípio Jurídico**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord). **Direito Público Moderno: Homenagem Especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Contra a Omissão Inconstitucional: Reexame Inovador da Responsabilidade do Estado**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n.66. mai/ago 2010. Porto Alegre: AMP/RS, 1973.

_____. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Proposta de Revisão Conceitual do “Poder de Polícia Administrativa” e o Primado dos Direitos Fundamentais**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FRIEDRICH, Otto. **Antes do Dilúvio**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997.

GRANDO, Felipe Esteves. **O Direito Fundamental à Boa Administração Pública e Seu Diálogo com o Direito Tributário**. Interesse Público, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GRECO, Leonardo. **O Princípio do Contraditório**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 24, São Paulo, 2005.

_____. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **Instituições de Processo Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HECLO, Hugh. **Issue Networks and the Executive Establishment**. In: Anthony King (Ed.). **The New American Political System**. Washington D.C: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JENKINS, William. **Policy Analysis: A Political and Organisational Perspective.** London: M. Robertson, 1978.

KELLY, Rita Mae; PALUMBO, Dennis. **Theories for Policy Making.** In: Mary HAWKESWORTH, Mary; KOGAN, Maurice (Orgs.): **Encyclopedia of Government and Politics.** v.II, London and New York: Routledge, 1992.

KOOIMAN, Jan. **Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction.** In: PIERRE, Jon (Org.). **Debating Governance.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

KUNH, João Lacê. **O Princípio do Contraditório no Processo de Execução.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LASSWELL, Harold Dwight. **The Decision Process: Seven Categories of Functional Analysis.** Maryland: University of Maryland, 1956.

LOWI, Theodore J. **Four Systems of Policy, Politics and Choice.** In: Public Administration Review, v. 32, n. 4, jul-aug 1972. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/974990?uid=3737664&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101427814523>>. Acesso em 13 out. 2012.

MACK, Ruth. **Planning and Uncertainty: Decision Making in Business and Government Administration.** New York: Wiley Interscience, 1971.

MARCATO, Antonio Carlos. **A Imparcialidade do Juiz e a Validade do Processo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3021>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3ª ed. ver. E atual. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado,** 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Sergio Luis Wetzel de. *Devido processo legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 85, t. I, mar. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al*; **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate Sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 28 out. 2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Garantia do Contraditório**. Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), vol. 15, 1998, p. 7-20.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1, São Paulo: Atlas, 2010.

PARSONS, Wayne. **Políticas Públicas: Una Introducción a la Teoría y la Práctica del Análisis de Políticas Públicas.** Tradução de Atenea Acevedo. México: FLACSO, Sede Académica de México, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMON, Herbert Alexander. **Administrative Behaviour: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations.** 4. ed. New York: Free Press, 1997.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura.** Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>> Acesso em 29 nov. 2012

SUBIRATS, Joan. **La Modulación de las Políticas Públicas por el Ombudsman.** Disponível em http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_531_1.pdf>. Acesso em 17 nov. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 80, v. 665, mar. 1991.

THEODOULOU, Stella. **How Public Policy is Made.** In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. (Ed). **Public policy: The Essential Readings.** New Jersey: Prentice Hall, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANETTI JR., Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.