

**UNIVERSIDADE DE ITAÚNA**  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Ana Luiza Rocha de Melo Santos

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A  
GARANTIA DA PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB A ÓTICA  
DOS DIREITOS INDIVIDUAL E COLETIVO**

Itaúna

2014

Ana Luiza Rocha de Melo Santos

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A  
GARANTIA DA PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB A ÓTICA  
DOS DIREITOS INDIVIDUAL E COLETIVO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior

Itaúna  
2014



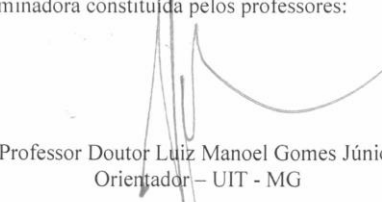
# Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS


Reconhecimento Homologado pelo CNE , através da Portaria nº 1324/2012 ( DOU de 09/11/2012,Seção 1,Pag.10 )

*“O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e a Garantia da Prioridade Absoluta dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente Sob a Ótica dos Direitos Individual e Coletivo”*

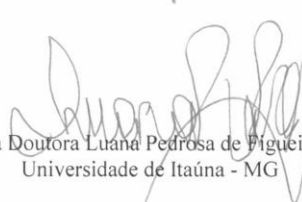
Dissertação de Mestrado apresentada por *Ana Luiza Rocha de Melo Santos, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 26 de setembro de 2014*, ao Mestrado em Direito-Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:



Professor Doutor Luiz Manoel Gomes Júnior  
Orientador – UIT - MG



Professor Doutor Camilo Zufelato  
Professor Convidado – USP Ribeirão Preto



Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz  
Universidade de Itaúna - MG

S237c Santos, Ana Luiza Rocha de Melo.

O controle jurisdicional de políticas públicas e a garantia da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente sob a ótica dos direitos individual e coletivo / Ana Luiza Rocha de Melo Santos. -- Itaúna, MG: 2014.

119 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 113-119.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientador: Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior.

1. Políticas públicas. 2. Controle jurisdicional. 3. Direitos fundamentais – criança - adolescente. 4. Prioridade absoluta. I. Gomes Júnior, Luiz Manoel; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 342.7-053.2

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira

CRB-6/2239

Dedico este trabalho ao meu saudoso pai que me deixou no decorrer dessa trajetória. Não está mais entre nós para me encher de beijos ao final de mais uma conquista... Mas tenho certeza que de onde estiver tá orgulhoso da sua eterna “pituxa”. Se consegui terminar este trabalho, foi porque seu olhar não me deixou desistir... E foi pensando em você que eu não abri mão de mais este sonho. Obrigada por ter sido meu maior mestre nos ensinamentos mais preciosos de uma vida simples e honesta.

## AGRADECIMENTOS

Por várias vezes pensei em desistir. E muitos foram os acontecimentos que me levaram a quase não continuar. Fácil não foi, mas também ninguém me disse que seria... Continuei, apesar de tudo, e hoje só tenho a agradecer. Primeiramente a Deus por me amparar nos momentos mais difíceis dessa caminhada. A fé e a esperança de que eu chegaria ao final foram meus maiores esteios.

Ao meu orientador Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior que soube me conduzir brilhantemente na elaboração deste trabalho. Sem a sua tranquilidade, paciência e sabedoria ímpar eu não conseguiria.

Aos Mestres e Doutores que me apoiaram nessa trajetória, de forma especial ao Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida que sempre teve uma palavra amiga nos momentos descrentes; à Profa. Dra. Susana Camargo Vieira que, desde o início, abriu meus olhos sobre a dura realidade da vida acadêmica, mas também sempre me mostrou o quanto valia a pena prosseguir, além de ser incansável na luta pela boa qualidade do nosso curso; ao Prof. Dr. Adriano Stanley que me acolheu tão bem no início dessa trajetória no Mestrado da PUC e que até hoje me incentiva a continuar nessa caminhada da docência, e também ao Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz pela presteza e apoio na reta final.

Aos meus médicos e terapeutas que foram importantíssimos para que eu desse conta do recado. Dr. Daniel, Dra. Eusânia e Dr. Henrique, minha gratidão por terem cruzado o meu caminho e me ajudarem a terminar essa etapa da vida.

Às amigas que conquistei nesse período foi um dos maiores presentes que podia receber. Uma amizade construída dia após dia, nos momentos de aperto, de desespero e também de troca de conhecimentos e vivências. Ana, Júlia e Lílian, a vocês o meu muito obrigada. E não podia deixar de fazer um agradecimento mais especial ainda a minha grande amiga Grasielly. Descobri em você o verdadeiro significado da palavra amigo. Sua prontidão e disponibilidade foram imprescindíveis para a conclusão desse trabalho. A você, minha amiga, que conseguiu me emocionar com sua atitude firme e corajosa, o meu agradecimento eterno.

A minha querida e grande família Rocha meu agradecimento especial pela torcida e apoio de sempre, especialmente minha estimada tia Dora, fonte de inspiração e inteligência para a vida. A você também dedico este trabalho, tia.

A minha sogra D. Dôra e ao meu sogro Sr. Nilson pela ajuda constante nos pequenos detalhes do dia a dia. Vocês foram essenciais para eu chegar até aqui. Minha eterna gratidão. Agradeço também a minha cunhada Jane, orgulho de todos nós pela doutora que está se tornando. Você, com certeza, foi e é um grande estímulo.

A minha irmã Cássia e meu cunhado Allan por sempre estarem presentes em minha vida, torcendo pelo meu sucesso. E as minhas lindas sobrinhas Bia e Mariana que renovam minhas energias todos os dias.

Aos amigos que me apoiaram, cada um a sua maneira, mas todos com uma palavra de incentivo na realização deste trabalho. Ká, viu meu desespero em vários momentos; Tina e Juninho, sempre na torcida para que eu chegasse até aqui; e Cris, minha fiel escudeira, mesmo de longe acompanhou mais essa etapa da minha vida.

De modo muito especial agradeço imensamente a minha querida mãe. Minha mestra número um. Meu exemplo de inteligência, de coragem, de luta e determinação para uma vida com mais aprendizado e estudo constante. Seu apoio incondicional, mais uma vez, foi imprescindível para que eu realizasse este sonho. Esta conquista é nossa, mãe. Agora sou também sua colega de profissão. Obrigada por tudo que fez e faz por mim sempre.

Como sempre deixo o melhor para o final, agradeço ao meu amado esposo Jackson. O que seria de mim se você não tivesse abraçado este sonho? Na verdade este sonho/projeto/objetivo passou a ser nosso. Seu apoio diário e incansável nunca me deixou desistir. Obrigada pela paciência, por perdoar a minha ausência e por sempre acreditar em mim. Caminhamos mais uma vez juntos de mãos dadas e assim vamos continuar. Muito obrigada por tudo!

“... as crianças que hoje brincam descuidosamente hão de ser homens que amanhã terão que governar e embelezar o mundo e produzir outras crianças para lhes sucederem. De modo que o futuro, bom ou mau, da sociedade humana, depende tanto da saúde e vigor com que as crianças nascem, como da maneira como são criadas e educadas, visto serem elas a raiz da família, a fonte onde as nações se alimentam, o fundamento enfim da humanidade. Proteger as crianças é defender, simultaneamente, a família e a sociedade. É por isso que o primeiro dever do Governo de qualquer nação deveria ser efetivar os direitos fundamentais da infância”.

Padre Antônio de Oliveira



## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão sobre o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal com a crescente judicialização das questões políticas e sociais, e a consequente ênfase no papel representativo assumido pelo Supremo, fundamentado na representação política e argumentativa com base na teoria criada por Robert Alexy. Será demonstrado que o controle jurisdicional de políticas públicas, principalmente através das ações coletivas, é a ferramenta social ideal para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Assim, será feito um estudo sistematizado de toda a transformação dos direitos fundamentais com a evolução do Estado, passando do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, com a crise de identidade do Estado Social. Além disso, será analisada as teorias do mínimo existencial (como pressuposto) e da reserva do possível (como limite) para a atuação do Judiciário nas políticas públicas, principalmente quando ocorre a omissão do Poder Público. O princípio da proporcionalidade também será estudado como outro limite para essa atuação e, a verificação da importância e crescente utilização do processo coletivo para salvaguardar as políticas públicas como um meio apto e eficaz para tanto. Analisar-se-á a classificação dos direitos tutelados coletivamente e a legitimidade de alguns legitimados ativos para impetrarem a ação coletiva, além do estudo da eficácia, validade e efetividade das normas constitucionais e a classificação entre as normas programáticas e as normas de aplicação imediata. Desse geral, o trabalho passa especificamente para a análise das políticas públicas voltadas para assegurar a garantia do princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Princípio este inovador e único na ordem constitucional, tendo como destinatário grupo certo e determinado daqueles seres considerados sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento – crianças e adolescentes que, por isso mesmo, mereceram do constituinte originário a proteção integral.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Controle Jurisdicional. Direitos Fundamentais. Criança e Adolescente. Prioridade Absoluta.

## ABSTRACT

This paper aims to reflect on the role assumed by the Supreme Court with the increasing legalization of political and social issues, and the consequent emphasis on the role played by the Supreme representative, based on political and argumentative representation based on the theory created by Robert Alexy. It will be demonstrated that the jurisdictional control of public policies, mainly through collective actions, is the ideal tool for social guarantee the effectiveness of fundamental rights. Thus, a systematic study of the entire transformation of fundamental rights with the evolution of the state, passing the Liberal State to the democratic rule of law, with the identity crisis of the welfare state will be done. In addition, we will analyze the theories of existential minimum (as assumed) and possible reserves (as a limit) for the performance of the judiciary in public policy, especially when the failure of the government occurs. The principle of proportionality will also be studied as another limit for the action and verifying the importance and growing use of the collective process to safeguard public policy as an apt and effective means for both. Classifying collectively protected rights and the legitimacy of certain assets to impetrem legitimized collective action, in addition to studying the effectiveness, validity and effectiveness of constitutional norms and the classification of the program standards and rules of immediate application will be analyzed-. That overall, the work goes specifically for the analysis of geared to ensure the guarantee of the principle of absolute priority of the fundamental rights of the child and adolescent public policies. Principle this innovative and unique in the constitutional order, with the right recipient and determined group of those beings considered subject of rights and developing people - children and adolescents, therefore, of the original constituents deserve full protection.

**Keywords:** Public policies. Jurisdictional control. Fundamental Rights. Children and Adolescents. Absolute priority.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	11
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	15
1.1 A Evolução do Estado de Direito e sua relação com os direitos e garantias fundamentais.....	15
1.2 Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.....	18
1.3 Abrangência, características e multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	20
1.4 Dimensões dos direitos fundamentais na CF/88.....	23
1.5 Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais.....	26
1.6 A prioridade absoluta na CF/88: cognição do art. 227 como princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.....	28
<b>2. EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	33
2.1 Eficácia, validade e efetividade das normas.....	33
2.2 Normas de aplicação imediata.....	35
2.3 Normas programáticas.....	35
2.3.1 O art. 227 da CF: norma programática ou de aplicação imediata?.....	37
<b>3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	39
3.1 A evolução do Princípio da Separação de Poderes.....	39
3.2 Discrecionariiedade Administrativa.....	44
3.3 A via judicial para implementação de políticas públicas: poder-dever de agir do Judiciário.....	46
3.4 O controle de políticas públicas pela via coletiva.....	51
3.4.1 Os direitos tutelados coletivamente.....	58
3.4.1.1 Os direitos difusos.....	58
3.4.1.2 Os direitos coletivos <i>stricto sensu</i> .....	59
3.4.1.3 Os direitos individuais homogêneos.....	60
3.4.2 A legitimidade ativa nas ações coletivas.....	62
3.4.2.1 O Ministério Público.....	65
3.4.2.2 A Defensoria Pública.....	66

3.4.2.3 A Ordem dos Advogados do Brasil.....	66
3.5 A garantia do mínimo existencial como pressuposto à intervenção do Judiciário nas políticas públicas.....	69
3.6 Limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas.....	73
3.6.1 A razoabilidade.....	75
3.6.2 A reserva do possível.....	86
3.7 A omissão do Estado quanto à implementação de políticas públicas relativas à proteção da criança e do adolescente.....	91
3.8 O ECA como justificador para a adoção de políticas públicas.....	95
3.9 As políticas públicas voltadas para a criança e o adolescente.....	99
3.10 O controle de políticas públicas pelo STF: a representação política e argumentativa assumida pela Corte Constitucional.....	102
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>113</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Democrático de Direito a política passou a se subordinar ao Direito e a tornar-se instrumento para sua concretização, deixando para trás o Estado Social e, mais ainda, o Liberal que regiam anteriormente. Esse fato se deveu, principalmente, porque não há democracia sem proteção jurídica efetiva de todos os direitos da sociedade, sejam eles individuais ou coletivos.

A partir, então, da crise de identidade do Estado Social, a tutela jurídica de direitos e interesses transindividuais passa a ser verdadeiramente assegurada. A prioridade e a condição de legitimidade do agora Estado Democrático de Direito é a proteção aos direitos coletivos em sentido amplo, e o direito processual coletivo passa a ser visto como instrumento de transformação com justiça da realidade social<sup>1</sup>.

Com a chegada do neoconstitucionalismo, marcado pela outorga da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a efetivação dos direitos constitucionais passa a ser imprescindível e, mais ainda, os direitos constitucionais fundamentais através de sua aplicação direta e imediata.

Nesse contexto surge, então, o controle judicial das políticas públicas legitimado pelo próprio Estado Democrático de Direito, principalmente, frente à omissão do Poder Público. O Poder Judiciário passa a desenvolver e efetivar as normas constitucionais para a plena realização dos direitos fundamentais e, no caso do presente trabalho, mais especificamente para garantir a efetividade do princípio da prioridade absoluta dos direitos e garantias da criança e do adolescente.

A justificativa para o estudo centra-se no fato de que, apesar da ênfase constitucional dada à proteção da criança e do adolescente no art. 227, com a instituição do princípio da prioridade absoluta, e ainda na Lei Ordinária 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na prática, o que se vê é que estes direitos são diuturnamente violados, principalmente pelo Poder Público que não é capaz de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais através de políticas públicas eficientes.

Neste contexto é que se materializa o problema levantado, qual seja: Em quais casos se justifica o controle jurisdicional de políticas públicas para dar efetividade ao princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente? E ainda: Até que medida pode o juiz interferir em uma política pública, sobrepondo sua decisão judicial

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 179.

às aquelas outras políticas ditadas por representantes do Executivo e do Legislativo? Quais seriam os limites para que uma decisão fundada em critérios objetivos (legais) possa afastar as conveniências políticas daqueles que, ao menos em princípio, foram eleitos para decidir os rumos do Estado brasileiro?

A hipótese inicialmente trabalhada para justificar a importância do tema é que, considerando o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente que privilegia os direitos fundamentais desse grupo vulnerável, afirma-se que o controle jurisdicional de políticas públicas é o instrumento adequado para suprimir a omissão legislativa.

O objetivo geral, portanto, do presente estudo é promover uma reflexão sobre o protagonismo assumido pelo STF com a crescente judicialização das questões políticas e sociais, e demonstrar que o controle jurisdicional de políticas públicas é a ferramenta social ideal para garantir a efetividade do princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Especificamente objetiva-se analisar a evolução do Estado de Direito e sua relação com os Direitos Fundamentais; fazer uma interpretação dos direitos fundamentais à luz das teorias contemporâneas de acordo com a literatura especializada; demonstrar o embasamento social e jurídico da inovação trazida pela CF/88 com a inserção do princípio da prioridade absoluta da proteção da criança e do adolescente; analisar os tipos de normas constitucionais com base em sua eficácia, validade e efetividade; mostrar a evolução do Princípio da Separação dos Poderes e sua influência na discricionariedade administrativa; identificar como a omissão legislativa reflete na atuação jurisdicional que implementa políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para a proteção da criança e do adolescente; demonstrar a importância das ações coletivas para a implementação das políticas públicas; investigar a fundamentação das teorias do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na literatura especializada; refletir sobre a atuação do STF na implementação de políticas públicas que garantam a efetividade do princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e a representação política e argumentativa assumida pela Corte Constitucional, amparada na teoria da argumentação de Robert Alexy.

A pesquisa está totalmente inserida e interligada com os demais ramos da ciência jurídica e também influenciada pelas ciências sociais numa verdadeira multidisciplinariedade.

Metodologicamente, utilizou-se para este trabalho a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de modo a delimitar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, empregando entendimentos de autores sedimentados em artigos, periódicos, livros, legislação e doutrina multidisciplinar, tendo como base a atual visão constitucionalizada dos

direitos fundamentais. Para isso foi utilizada a técnica de estudo teórico-conceituais, adotando-se a vertente metodológica jurídico-dogmática crítica.

Para o desenvolvimento da pesquisa o trabalho será desenvolvido em três capítulos. E primeiramente é feita a introdução ao tema proposto.

No primeiro capítulo faz-se um apanhado geral sobre as questões mais importantes que circundam os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito. Ainda nesse mesmo capítulo é analisado o surgimento e a importância do princípio da prioridade absoluta inserido no artigo 227 da Constituição Federal. Necessário nesse ponto identificar que referido princípio é tido como princípio-garantia, e como programático que é, apontar a sua real importância para efetivar e garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

No segundo capítulo é feita uma breve análise da eficácia, validade e efetividade das normas constitucionais, além da classificação em normas de aplicação imediata e normas programáticas e, a partir daí verificar onde se insere a norma contida no artigo 227 da Constituição Federal.

O terceiro e último capítulo, bem mais extenso e abrangente, trata especificamente do controle jurisdicional de políticas públicas. Nesse contexto aborda-se a evolução pela qual passou o Princípio da Separação de Poderes e a influência desse princípio sobre a discricionariedade administrativa. Analisa-se também se existe realmente um poder-dever do Judiciário quando se caracteriza a omissão do Estado para a implementação de políticas públicas, mais ainda quando estas políticas forem voltadas à proteção da criança e do adolescente. É estudado a importância do uso das ações coletivas como forma de aplicabilidade das políticas públicas e, neste ponto um breve relato sobre os direitos tutelados coletivamente e a legitimidade ativa para as ações coletivas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil mostra-se necessária. Além disso, discorre-se sobre as teorias do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade, com amplo estudo do princípio da proporcionalidade, teorias estas vistas como pressuposto e limites ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Ainda neste mesmo capítulo aborda-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas nuances para que sejam adotadas novas políticas públicas para garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. E, por último, mas ainda neste capítulo, é realizado um estudo sobre a representação política e argumentativa assumida pelo Supremo Tribunal Federal no controle dessas políticas, tendo sua atuação fundamento na teoria da argumentação proposta por Robert Alexy.

E, finalmente, são apresentadas as considerações finais sobre o tema com o intuito de

se refletir sobre a importante participação cada vez mais ativa do Poder Judiciário no controle das políticas públicas necessárias para assegurar e efetivar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, frente, principalmente, à omissão do Legislativo. Participação esta do Judiciário no controle das políticas públicas como a alternativa, pelo menos até o momento, ideal para que os direitos constitucionalmente assegurados e o princípio inovador da prioridade absoluta não se tornem totalmente ineficazes.

Sem a pretensão de esgotar o tema, devido à sua extensão e complexidade, procura-se fomentar a reflexão jurídica sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, principalmente através das ações coletivas, com vistas a garantir que o princípio da prioridade absoluta seja efetivado assegurando os direitos fundamentais da criança e do adolescente.



## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 1.1 A Evolução do Estado de Direito e sua relação com os direitos e garantias fundamentais

Até o surgimento da Constituição Federal de 1988, através da função transformadora assumida pelo Direito, muitas lutas foram travadas e muito se evoluiu para a proteção que hoje se tem dos direitos e garantias fundamentais.

Inicialmente, teve-se a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito. Deixou-se o “Estado do Príncipe” para o “Estado do Cidadão”. “A proteção do sistema jurídico passou a ser direcionada para o indivíduo contra a interferência do Estado em sua vida privada. Estabeleceu-se, portanto, uma limitação na atuação estatal, visando garantir a livre circulação de ideias, pessoas e bens, eliminando a arbitrariedade<sup>2</sup>”.

Percebe-se, assim, que o sistema jurídico no Estado Liberal de Direito foi moldado para a tutela e proteção dos direitos individuais. A concepção dada ao direito era sempre individual, de natureza privada, mesmo quando se queria tutelar algum tipo de direito coletivo, de interesse de algum grupo. Além disso, predominava as liberdades negativas que eram viabilizadas por uma regulação restritiva da atividade estatal. “Como instrumento da legalidade, a lei caracterizava-se como uma ordem geral e abstrata, que se destinava à disciplina da ação social por intermédio do não-impedimento de seu livre desenvolvimento. O instrumento básico da lei era a coerção pela sanção das condutas contrárias, tendo como ator característico o indivíduo<sup>3</sup>”.

Sintetizando, Gregório Assagra de Almeida<sup>4</sup>, afirma que esse período do Estado Liberal de Direito foi caracterizado “pelo império da lei, inclusive sobre todos os poderes; pela divisão dos poderes; pela generalidade e abstração das regras jurídicas; pela nítida diferenciação entre direito público e direito privado; pela concepção fundada na completude e neutralidade do ordenamento jurídico; pela crença de que o homem era um abstrato sujeito de direito; e pela tutela de direito individual com principal razão do Direito”.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 163.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 163/164.

<sup>4</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 164.

Segundo Jorge Miranda<sup>5</sup>, assim como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito Liberal. E continua:

Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata, de (no dizer de Radbruch) um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (máxime o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos econômicos: outros (v.g., a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (a associação, em particular a associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Importante ressaltar que no Estado Liberal de Direito a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado teve o seu auge. E o direito coletivo e os direitos sociais estavam totalmente excluídos da tutela jurídica no período em questão.

No entanto, o Estado foi obrigado a abandonar a neutralidade assumida até então e passar a ter uma postura mais protetora de determinados interesses sociais. Os movimentos sociais e, principalmente, os efeitos da Revolução Industrial que culminou com o aparecimento do sindicalismo, marca a necessidade de se ter a defesa da sociedade civil com a organização da classe trabalhadora. “Entra em crise o Estado Liberal de Direito, determinando a sua reestruturação, com a necessidade de administrar a problemática social e assumir, assim, uma postura assistencial<sup>6,7</sup>”.

Surge, assim, o Estado Social de Direito, conhecido como o Estado do bem-estar (*Welfare State*), em que a lei deixa de ser um comando geral e abstrato e passa a ser instrumento de atuação concreta do Estado<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais** – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 1. Out/1992, p. 198.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio***. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 166/167.

<sup>7</sup> Complementa Jorge Miranda: “A passagem para o Estado social irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes uma e outra categoria de direitos. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática, que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade-autonomia como uma liberdade-participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à célebre contraposição de Benjamin Constant)”. MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais** – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 1. Out/1992, p. 198.

<sup>8</sup> Segundo Gregório Assagra de Almeida: “A intervenção do Estado, limitada no Estado de Direito Liberal Individualista, passa de *negativa* para *positiva*, no sentido de atuar, com prestações positivas, junto às várias questões sociais como, v.g., as trabalhistas e as previdenciárias. O desenvolvimento das relações sociais impõe a transformação do modelo liberal individualista e o surgimento do Estado Social de Direito”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio***. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 168.

Essa adjetivação pelo social teria a pretensão de corrigir o individualismo liberal clássico, com a consagração de garantias coletivas. No entanto, o Estado Social de Direito não tutela integralmente todos os direitos coletivos, mas apenas alguns direitos sociais. E, em função disso, surge a crise desse Estado em decorrência, principalmente, dessa incapacidade de resolver os conflitos sociais e de promover a transformação do *status quo*. “O Estado Social de Direito, incapaz de impor uma regulação social, porque está aprisionado entre o plano internacional, mais coativo, e o plano infraconstitucional, que tenta liberar-se de sua tutela, encontra-se em crise de legitimidade<sup>9</sup>”.

Não bastasse essa crise de legitimidade, o Estado Social passa, na verdade, por uma crise de identidade<sup>10</sup>. Nesse momento nasce o Estado Democrático de Direito, assumindo o Direito uma função transformadora. Aqui a tutela jurídica é ampla e irrestrita a direitos tanto individuais quanto coletivos. Há plena abertura para a criação de uma ordem jurídica mundial transformadora e protetora dos direitos fundamentais. Isso porque “o Estado não pode mais conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele precisa atuar para se reestruturar, reestruturando também a sociedade<sup>11</sup>”<sup>12</sup>.

A partir desse novo Estado de Direito a proteção aos direitos coletivos em sentido amplo passou a ser a prioridade e a condição de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Gregório Assagra de Almeida<sup>13</sup>:

O Estado Democrático de Direito incorpora os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Porém, vai além. Ele incorpora também os direitos fundamentais de terceira dimensão, relacionados com a fraternidade, com a solidariedade, incluindo a proteção ao ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, etc., bem como outras dimensões de direitos fundamentais, quarta e até quinta dimensão, conforme classificação de determinado setor da doutrina. Isso

<sup>9</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 170.

<sup>10</sup> Gregório Assagra de Almeida ressalta: “A própria *summa divisio* Direito Público e Direito Privado, cujo auge foi o Estado Liberal de Direito, também entra em crise no Estado Constitucional Social de Direito. Muitos direitos sociais reconhecidos pelo Estado e outros de natureza especificamente coletiva, ainda em processo de reconhecimento, não tinham enquadramento metodológico no plano da clássica dicotomia. Surge, então, posicionamento em defesa de uma classificação tricotômica: *Direito Público*; *Direito Privado* e *Direito Social*”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 172.

<sup>11</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 174.

<sup>12</sup> “A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retração ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos - bem como o progresso científico, técnico e econômico (que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas)”. MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais** – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 1. Out/1992, p. 198.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 181.

porque o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito é aberto e dinâmico e, assim, acompanha e impõe transformações sociais na busca da justiça material. Novos valores e direitos que surgem da dinâmica social são integrados pelo sistema.

Importante ressaltar que com o advento do Estado Democrático de Direito a política tornou-se instrumento para a concretização do Direito. E isso se deve ao fato de que não há democracia sem proteção jurídica efetiva de todos os direitos da sociedade, sejam eles individuais ou coletivos. O Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: democracia e direitos fundamentais-sociais.

Dessa forma, percebe-se que é no Estado Democrático de Direito que se pode falar verdadeiramente em tutela jurídica dos direitos e interesses transindividuais e, conseqüentemente, tanto em autonomia metodológica do Direito Coletivo, quanto em um direito processual coletivo como instrumento de transformação com justiça da realidade social<sup>14</sup>.

Portanto, por essa evolução traçada nota-se que há muitas diferenças na forma como os direitos e garantias fundamentais foram tutelados em cada Estado de Direito. E isso ocorre, principalmente, pelo fato de que o momento político e histórico de cada época revela a forma e quais serão os direitos protegidos e garantidos pelo Estado de Direito.

## 1.2 Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais

Após a Segunda Guerra Mundial ficou evidente que o velho constitucionalismo europeu caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Assim, sob as ruínas do velho continente, nasce um movimento, denominado “neoconstitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional.

Em grande parte, foi essencial para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, a promulgação de constituições de caráter social e democrático, marcadas pela positivação de princípios jurídicos, pela previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e pela contemplação de normas programáticas. Inicialmente, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), essas constituições marcam a ruptura com o autoritarismo e sacramentam o compromisso desses povos com a paz, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos.

---

<sup>14</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 179.

Esses novos marcos normativos somados à necessidade de superação de um passado recente de horrores exigiram uma nova postura na aplicação e interpretação do Direito Constitucional.

Assim, o neoconstitucionalismo proclama a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade. Da mesma forma, esse movimento enaltece a força normativa da Constituição, a qual deixa de ser um mero catálogo de competências e de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade. No Brasil, os grandes marcos do neoconstitucionalismo são a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a Constituição de 1988.

A Carta Democrática de outubro de 1988 tem um nítido caráter neoconstitucional, uma vez que foi a partir dela que se iniciou uma valorização não meramente formal da Constituição, mas também material, potencializada pela normatividade de seus princípios e pela previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais que visam o fortalecimento do sistema constitucional sobre todas as esferas do direito.

Em feliz síntese, Inocêncio Mártires Coelho<sup>15</sup> ensina que esse novo constitucionalismo marca-se pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.

Para Luís Roberto Barroso<sup>16</sup>, são características do neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos (em especial o princípio da dignidade da pessoa humana), a expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional.

Segundo esse mesmo autor, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil). Acesso em: 17 set. 2012.

infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance<sup>17</sup>.

Agora, o que interessa é que os intérpretes e aplicadores do direito busquem tornar a Constituição viva e eficaz, uma vez que o neoconstitucionalismo propõe a superação do paradigma de direito positivista para um direito capaz de aplicar as normas e princípios constitucionais a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais.

É neste novo paradigma que se faz premente a necessidade da plena efetivação dos direitos constitucionais, ressaltando-se, pois, a importância da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

### 1.3 Abrangência, características e multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, pelo próprio patamar que ocupam dentro da Constituição da República, devem ser protegidos de forma ampla e eficiente, sob pena de tornar letra morta o texto da Constituição.

Se uma Constituição só se tem como verdadeira e legítima como lei maior de um Estado, enquanto instrumento de garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível que haja nela previsão que torne tudo isso possível. Assim, qualquer interpretação que se dissocie dessa concepção será, no mínimo, incoerente com os fins almejados pelo constituinte originário.

Os direitos sociais, tidos como direitos fundamentais, acabam por materializar os demais direitos tomados como indiscutivelmente fundamentais, e que estão consubstanciados no artigo 5º da Constituição. Assumindo essa importância, tais direitos não prescindem de uma atuação do Estado, nas suas três esferas de poder, no sentido de protegê-los e resguardá-los.

Tanto foi esse o intuito da Constituição que tornou cláusula pétrea a proteção desses direitos, não permitindo nem mesmo proposta de emenda tendente a aboli-los, não obstante poder haver proposta no sentido de melhorá-los.

Dessa forma, a amplitude dos direitos fundamentais é sentida principalmente quando se elenca as características que a doutrina clássica assinala, dentre as quais, destaca-se a

---

<sup>17</sup> Já Gregório Assagra de Almeida explica que: “O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado, com o fim de superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação com justiça da realidade social”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 135.

historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade, a complementaridade e a efetividade.

Gregório Assagra de Almeida<sup>18</sup>, explica que, no plano da **historicidade**, os direitos fundamentais possuem dimensões históricas como todos os direitos, já que, com a evolução burguesa, evoluíram e ampliaram no decorrer da História Contemporânea. Quanto à **inalienabilidade**, os direitos e garantias fundamentais seriam intransferíveis e inegociáveis. Seriam **imprescritíveis**, no sentido de que nunca deixariam de ser exigíveis, não incidindo prescrição. Considerados **irrenunciáveis**, no sentido de não poder não ser exercidos, uma vez que os seus titulares não têm poder para renunciá-los. Seriam também **interdependentes**, e apesar de autônomos, há pontos de intersecções entre eles, objetivando o alcance das finalidades. Seriam também **universais**, abrangendo todas as pessoas, independente de sexo, credo, convicção político-filosófica, cor ou nacionalidade. Há ainda entre eles a característica da **complementariedade**, significando que não devem ser interpretados de modo isolado, mas em conjunto com os objetivos da Lei Fundamental. Além disso, aos direitos fundamentais deve ser conferida efetividade, inclusive, com a utilização, pelo poder Público, dos meios necessários para seu alcance.

De acordo, ainda, com Gregório Assagra de Almeida<sup>19</sup>, existem outras características, onde destaca-se o caráter principiológico. Seriam elas: a máxima força concretizadora; a interpretação aberta e ampliativa; a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares; a dinamicidade incorporativa e valorativa; a proibição do retrocesso e a relativização.

Por outro lado, segundo Robert Alexy<sup>20</sup> e de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais exercem uma função de defesa quando asseguram ao seu titular uma esfera individual de autodeterminação, isolada de ingerências do Estado, sejam de ordem legislativa, administrativa ou jurisdicional. A palavra “defesa” demonstra que o Estado, em um primeiro momento é tomado como uma espécie de inimigo, cujas ações devem ser controladas, evitadas, porque tendem a ofender a esfera individual.

---

<sup>18</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 321.

<sup>19</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 322.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 231.

No entender de Gilmar Ferreira Mendes<sup>21</sup>, essa “função de defesa”, considerada em uma dimensão subjetiva, traz diversas pretensões ao titular de direitos fundamentais. A primeira é a de abstenção. Se a ação do Estado é tida como prejudicial ao indivíduo, surge ao mesmo, enquanto titular de direitos de defesa, a pretensão de que os poderes estatais se abstenham de agir. Essa função cria, portanto, uma obrigação de não fazer, de não interferir, para o Estado.

Gilmar Ferreira Mendes sublinha também as “pretensões de consideração e de defesa”. A primeira, segundo o autor, impõe aos poderes estatais a obrigação de considerar a situação do eventual afetado, de realizar ponderações antes de/ao agir. Equivale a dizer que o Estado deveria empreender juízos consequencialistas, avaliando o ato a ser praticado tendo em vista as suas projetáveis consequências, a exemplo do que o Supremo Tribunal Federal realiza ao proceder à modulação de efeitos das suas decisões. Já a segunda pretensão, a de defesa – que, segundo esse mesmo autor, “impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros” – enquadra-se, salvo melhor juízo, na lógica de outra função exercida pelos direitos fundamentais, a função de proteção<sup>22</sup>.

Para Alexy<sup>23</sup>, a partir da função de proteção os direitos fundamentais geram para o Estado o dever de impedir intervenções de terceiro, protegendo, assim, a esfera de ação do titular.

É bom lembrar que a Teoria dos Direitos Fundamentais construiu a ideia de que esses direitos também exercem uma “função prestacional” ou função de garantia positiva. Trata-se da hipótese do titular de um direito fundamental obter algo através do Estado, seja mediante uma medida legislativa, administrativa ou jurisdicional. Ao contrário da função de defesa, essa função cria para os poderes estatais obrigações de fazer, e torna inconstitucional e, portanto, combatível, a omissão estatal. A lógica da liberdade em face do Estado é substituída pela da liberdade por intermédio do Estado.

E isso, é na verdade, um vínculo positivo para o Estado, no sentido de que por meio da função em comento tornam-se exigíveis prestações estatais. Segundo Robert Alexy<sup>24</sup> estas

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 03.

<sup>22</sup> Modular efeitos de uma decisão é poder determinar o espaço temporal de sua eficácia, o que normalmente é atrelado a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Por exemplo, a regra, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, é a de que a decisão do STF tenha efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos à data de publicação da lei questionada. Porém, nos termos do art. 27, da Lei 9.868, o órgão máximo pode estabelecer que o momento da eficácia seja distinto, isto é, diferido ou mesmo restringido.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 435.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 180.



prestações podem ser de dois tipos de naturezas: prestações materiais, de execução (ações fáticas positivas) – oferecimento de bens e serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado; ou prestações normativas (ações normativas positivas) – criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais.

A função de garantia positiva ou prestacional é invariavelmente associada aos direitos de caráter social, como o direito à educação, direitos habitacionais, direito à saúde, entre outros – direitos que pressupõem ações estatais que os concretizem. A conexão é tão reconhecida, que alguns autores passam a identificar os direitos sociais como direitos prestacionais.

Dessa forma, a classificação dos direitos fundamentais sob a perspectiva de sua função divide-se em “direitos de defesa” e “direitos à prestação”. Os direitos de defesa são basicamente aqueles ligados a 1ª dimensão, tais como, vida, liberdade, igualdade formal e propriedade. Na segunda categoria encontram-se os “direitos à prestação em sentido amplo”, que são aqueles direitos a prestações jurídicas ligadas ao exercício dos direitos de defesa, subdividindo-se em direitos à proteção e em direitos à participação na organização e procedimento. Encontram-se, também, os “direitos à prestação em sentido estrito”, que são os direitos a prestações materiais, muitos deles vinculados aos direitos sociais ou de 2ª dimensão, tais como educação, saúde, trabalho, os quais se voltam para o exercício real da liberdade e para a igualdade de fato.

Portanto, na verdade, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais é plasmada no dever de respeito estatal (atuação negativa) e de proteção da pessoa natural (atuação positiva), em desfavor de agressão pública ou privada, que deverá nortear sua aplicação.

#### **1.4 Dimensões dos direitos fundamentais na CF/88**

Inicialmente, é importante esclarecer que embora a doutrina tradicional sempre tenha classificado os direitos fundamentais em três (ou mais) gerações de direitos, hodiernamente se reconhece a inadequação desta terminologia, uma vez que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem caráter cumulativo, e não de substituição gradativa de uma “geração” por outra. Por isso, a doutrina mais moderna prefere falar em “dimensões” de direitos fundamentais.

Segundo Gregório Assagra de Almeida<sup>25</sup>, o estudo sobre as dimensões dos direitos fundamentais não pertence à dogmática jurídica propriamente dita, mas serve como parâmetro interpretativo para a compreensão da própria evolução da tutela jurídica desses direitos até os dias atuais.

A primeira dimensão de direitos fundamentais é reflexo do pensamento liberal, individualista e não intervencionista, apresentando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, limitando o poder deste último. Caracterizam-se como “direitos negativos”, uma vez que obrigam a uma abstenção, e não a uma conduta positiva ou prestação. São também chamadas “liberdades públicas”, pois traduzem poderes de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado<sup>26</sup>. Fazem parte deste rol os direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, inclusive no atinente às garantias processuais e a participação política, ou seja, os direitos civis e políticos de todo cidadão em relação ao Estado.

Dessa forma, os direitos de primeira dimensão são considerados negativos porque tendem a evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais surgiu quando, diante dos problemas sociais e econômicos que acompanharam a industrialização, foram reconhecidos direitos que garantiam a participação do indivíduo no bem estar social. Tais direitos têm, em sua maioria, caráter positivo, ou seja, o Estado deve ter comportamento ativo na realização da justiça social, sob a forma de prestações de serviço. Os marcos iniciais apontados da segunda dimensão – os chamados “direitos sociais” – são a Constituição mexicana de 1917 e em especial a da República de Weimar, na Alemanha, em 1919, que incorporaram os direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos no rol dos direitos fundamentais.

Esses direitos representam a busca da justiça social e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento de direitos dos hipossuficientes, com a finalidade de concretizar a ideia de igualdade material. Tal ideal, no entanto, está longe de ser alcançado, uma vez que os direitos sociais dependem diretamente da ação do Estado para ter aplicabilidade e eficácia. Devido à baixa densidade normativa de seus enunciados e à reserva do possível fática – recursos financeiros necessários para atender às demandas sociais – podem acabar inviabilizados.

---

<sup>25</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 327.

<sup>26</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

A terceira geração de direitos fundamentais, também denominados de direitos de solidariedade, traz como característica o fato de sua titularidade ser coletiva ou difusa, frequentemente indefinida e indeterminável<sup>27</sup>. Os principais direitos incluídos aí são: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade<sup>28</sup>. Há, assim, o rompimento com a titularidade exclusivamente individual, uma vez a titularidade agora transcende a dimensão individual para abranger uma coletividade de pessoas indetermináveis (difusos) ou determináveis ou determinadas (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos)<sup>29</sup>.

Essa geração é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois os direitos aqui não se destinavam somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Dessa forma, percebe-se que a terceira dimensão de direitos tem por finalidade básica a coletividade, ou seja, proporcionar o bem-estar dos grandes grupos, que muitas vezes são indefinidos e indeterminados.

Esta classificação tripartite é clássica na doutrina, embora haja doutrinadores pátrios e estrangeiros que já anunciam uma quarta e até mesmo em uma quinta dimensão desses direitos. Para Gregório Assagra de Almeida<sup>30</sup> os direitos de quarta dimensão estão relacionados com a biotecnologia, bioética e regulamentação da engenharia genética e encontram-se inseridos nos denominados “novos direitos”, portadores das seguintes características: natureza jurídica polêmica, complexidade, interdisciplinaridade, falta de sistematização normativa ou de corpo normativo adequado, entre outras. Estariam relacionados diretamente com a vida humana.

Essa quarta e até mesmo a quinta geração de direitos surgiu dentro das últimas décadas, por causa do avançado grau de desenvolvimento tecnológico, sendo, na verdade, apenas pretensões de direitos. Eles correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, introduzidos pela globalização na esfera da normatividade jurídica.

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 329.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 330.

E, segundo Paulo Bonavides<sup>31</sup>, “longínquo está o tempo da positivação desses direitos, pois compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”. Defende ainda este autor a ideia de globalização dos direitos fundamentais, com a quarta dimensão sendo composta pelo direito à democracia, ao pluralismo e à informação.

Além disso, outros autores vislumbram uma quinta dimensão dos direitos fundamentais: os direitos inerentes ao ciberespaço, resultado do grande e rápido desenvolvimento da internet e do crescente acesso a esta realidade virtual, direitos estes que, segundo Gregório Assagra de Almeida<sup>32</sup>, possuiriam as características da complexidade, artificialidade e carência de regulamentação normativa.

Por fim, constata-se que os direitos fundamentais foram (e ainda estão sendo) reconhecidos ao longo do tempo, fruto de lutas contra situações concretas de violação a bens essenciais do ser humano e à dignidade da pessoa humana. Ademais, alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira e segunda dimensão estão sendo atualizados, como forma de resposta a novas fontes de agressão aos bens jurídicos por eles protegidos. Como exemplo, pode-se citar o direito à liberdade, à privacidade e à intimidade, que enfrenta desafios diante do avanço da interatividade no ciberespaço, em redes sociais, bancos de dados, etc. Atento à evolução dos direitos fundamentais ao longo do tempo, o constituinte pátrio não pretendeu positivá-los em um rol taxativo no art. 5º da Constituição Federal, preferindo a técnica de enumeração exemplificativa. Dessa forma, novos direitos fundamentais poderão ser incorporados ao texto constitucional na medida em que forem reconhecidos e enunciados.

### 1.5 Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais

Quando se fala em eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, pretende-se aludir à distinção entre a eficácia sobre o Poder Público e nas relações entre os particulares.

Como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>33</sup>, a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 526.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 331.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante.

Para o citado autor, “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade<sup>34</sup>”.

Partindo de tais premissas, podemos afirmar que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da proibição da venda de medicamento reputado nocivo à saúde.

Importante ressaltar que, para parte da doutrina, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical<sup>35</sup>.

Ao lado de uma clássica eficácia vertical dos direitos fundamentais, que obriga o respeito pelo Poder Público, insiste-se na eficácia horizontal ou privada (*erga omnes*), que cobra cumprimento dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

A eficácia horizontal - também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado aos direitos fundamentais. Evidentemente, o efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público.

Uma grande discussão gira em torno da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, havendo quem sustente que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata sobre as relações entre os particulares, e outros afirmando que possuem apenas eficácia mediata.

Na Alemanha, em meados dos anos 1950 e 1960, desenvolveram-se as duas principais teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal): a teoria da eficácia mediata ou indireta e a teoria da eficácia imediata ou direta.

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

<sup>35</sup> Sobre este assunto, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**, In: **A constituição concretizada** – Construindo pontes com o público e o privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

De acordo com a primeira teoria (eficácia mediata ou indireta), a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado. Os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

Já de acordo com a teoria da eficácia imediata ou direta, a qual se filiou de maneira expressa a Constituição portuguesa, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares. Isto significa que, havendo ou não normas infraconstitucionais numa decisão, as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, no entanto, não necessariamente como as únicas, mas como normas de comportamento aptas a incidir no conteúdo das relações particulares.

No Brasil, não encontramos dispositivo expresso no tocante à vinculação e aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, tal como ocorre na Constituição portuguesa. Por outro lado, inexistente argumento capaz de sustentar a negativa de uma eficácia horizontal, não sendo possível afirmar que a autonomia privada foi negada, mas sim reconhecida pelo Constituinte, como verdadeiro princípio constitucional, notadamente em seu art. 5º, inciso II, podendo também ser reconhecida na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na livre iniciativa.

Fato é que o § 1º do artigo 5º conferiu às normas definidoras de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, potencializando a eficácia dos direitos fundamentais, alçados também à condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º. Ou seja, os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos possuem eficácia plena, são normas de vigência automática e de auto-aplicabilidade. Entretanto, o constituinte originário não explicitou em face de quem os direitos fundamentais poderiam ser opostos.

Desta forma, mostra-se plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sem a eliminação do princípio da autonomia da vontade.

## **1.6 A prioridade absoluta na CF/88: cognição do art. 227 como princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente**

A Constituição Federal de 1998 é um sistema normativo aberto de regras e princípios que fundamentam, orientam, caracterizam e positivam os direitos fundamentais<sup>36</sup>. Estes princípios funcionam como verdadeiros pilares do sistema, estruturando e tangenciando o modo de pensar o Direito em todos os seus ramos. Entretanto, isso não impede que todos os ramos do Direito também possuam princípios específicos, típicos do tema em análise, que deverão estar em consonância com os princípios gerais que orientam todo o sistema constitucional no qual estão inseridos.

Desta forma, o Direito da Infância e da Juventude, como subsistema próprio, com características peculiares, pauta-se dentre outros, no Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta, da Proteção Integral, do Melhor Interesse, da Responsabilidade Concorrente (Estado e entes particulares), dentre outros, todos pautados no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento<sup>37</sup>.

A concepção da criança como coisa pertencente ao seu pai foi superada pelo entendimento de que a criança e seu bem-estar devem ser postos acima de quaisquer interesses, até mesmo os de seus pais. O mundo caminhou nesse sentido com a Declaração de Genebra de 1924 (declarou a necessidade de conferir proteção especial à criança); a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (declarou o direito a cuidados e assistência especiais) e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. As referidas Declarações, muito embora não tenham força cogente, representam compromissos morais ou princípios.

Nessa mesma linha evolutiva, foram celebradas Convenções, impondo deveres aos Estados signatários, entre as quais a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, que adotou definitivamente o princípio do melhor interesse da criança<sup>38</sup>.

Todas as garantias acima mencionadas surgiram para minimizar os abusos praticados historicamente contra seres humanos em situação especial de desenvolvimento físico, mental e psicológico, garantindo, assim, a isonomia material e um mínimo aceitável de condições que viabilizem o atingimento da idade adulta com dignidade.

---

<sup>36</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio Ribeiro Mendes, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direito humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 278.

<sup>38</sup> Vale ressaltar o avanço trazido pela Constituição Federal Brasileira de 1998 que tratou cuidadosamente da questão, garantindo à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos fundamentais, conferindo-lhes a prioridade absoluta na efetivação dos direitos e reconheceu força normativa aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

O tratamento jurídico especial e o princípio do melhor interesse da criança estão correlacionados com o princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais e intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

Segundo o princípio da prioridade absoluta, inserido na Constituição Brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, em que pese a realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude<sup>39</sup>.

Além disso, é importante destacar que este ramo do Direito não é estanque nem isolado, ao contrário, está totalmente inserido e interligado com os demais ramos da ciência jurídica e também é influenciado pelas ciências sociais, pela psicologia, pela biologia, dentre outras, numa verdadeira multidisciplinariedade.

Como mencionado, o princípio norteador de toda atuação pública ou privada, quando se tratar de direitos fundamentais da criança e do adolescente será sempre o da prioridade absoluta, insculpido no art. 227 da CF/88<sup>40</sup>. Vê-se, portanto, que a prioridade absoluta dos

---

<sup>39</sup> Demais disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 3º, Lei 8.069/90 - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

<sup>40</sup> Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.



direitos fundamentais infanto-juvenis foi um critério escolhido pelo constituinte de 1988 para realização da justiça no Estado Democrático de Direito, constituindo-se em verdadeiro princípio fundante, cujos efeitos irão irradiar por todo o ordenamento, como desdobramento do princípio maior da própria dignidade humana.

Para se aferir o verdadeiro alcance da norma é preciso investigar seu fundamento, sua vigência, eficácia e efetividade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se extrair também o cunho social e axiológico do dispositivo.

Semanticamente, o substantivo “prioridade” significa preferência, primazia, enquanto o adjetivo “absoluta” tem o sentido de ilimitado, pleno, incondicionado. Tem-se, então, que os direitos das crianças e dos adolescentes devem receber tratamento diferenciado (preferência) de forma plena e ilimitada quando comparado com os demais direitos “comuns” aos de outros grupos como os adultos.

Entretanto, a interpretação literal e isolada do dispositivo legal não é a mais indicada para se extrair o verdadeiro sentido da norma. Para interpretação do tema, há de se observar que no contexto pós-moderno atual, marcado pela relatividade e pela colisão de princípios igualmente fundamentais, que precisam ser analisados em cada caso concreto através da ponderação e da razoabilidade, o termo “absoluta” parece não ser o mais adequado.

Na qualidade de norma-princípio expresso no texto constitucional, a prioridade absoluta deve, portanto, seguir o mesmo critério interpretativo dos demais princípios

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

constitucionais, baseando-se na ponderação de valores, na relativização dos direitos e a na análise do caso concreto para solução dos conflitos.

## 2. EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 Eficácia, validade e efetividade das normas

De modo geral, pode-se dizer que as normas jurídicas quer se destinem a organizar o desempenho de alguma função estatal, quer disciplinem a conduta dos indivíduos, revestem-se sempre de uma característica que é inerente ao Direito, qual seja, a imperatividade. Desta feita, em seu bojo sempre estará contida uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral, cuja inobservância irá deflagrar um mecanismo próprio de coação capaz de garantir-lhe a efetividade<sup>41</sup>.

Com relação a sua eficácia, as normas constitucionais foram classificadas por José Afonso da Silva<sup>42</sup> como: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida e c) normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição já produzem seus efeitos essenciais relativamente a interesses, situações e comportamentos idealizados pelo legislador constituinte. São, portanto, normas que não necessitam de regulamentação, sendo autoaplicáveis ou autoexecutáveis, como por exemplo, os remédios constitucionais: mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data*. Já as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que o legislador regulou suficientemente a matéria, mas deixou margem para atuação discricionária do Poder Público<sup>43</sup>. Por último, as normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta ou reduzida uma vez que só irão incidir sobre esses interesses após uma normatividade posterior que desenvolva sua aplicabilidade<sup>44 45</sup>.

Relativamente à validade, de acordo com a concepção Kelseniana, diz-se que uma norma vale em relação a outra norma, que a antecede hierarquicamente<sup>46</sup>. Portanto, identificar

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 89.

<sup>43</sup> Como exemplo de norma de eficácia contida tem-se o art. 5º, XIII da CF/88: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

<sup>44</sup> Como exemplo de norma de eficácia limitada há o art. 192, § 3º: “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

<sup>45</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 14.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998, p. 09.

a validade de uma norma consiste em verificar sua relação de subordinação em face de outra norma.

Noutro giro, observa-se que a validade nada tem a ver com a regularidade dos comportamentos prescritos pela norma, o que se observa até mesmo através do senso comum. Num jogo de futebol, por exemplo, quando um dos jogadores é flagrado na posição de impedimento e ainda assim prossegue com a jogada e marca o gol, os demais jogadores irão instintivamente gritar: “Não valeu!” Neste caso, trata-se de um fato ocorrido (o gol foi marcado), mas inválido. Ou seja, nem sempre a ocorrência do fato irá coincidir com sua validade, uma vez que são conceitos distintos e independentes.

A validade também não se confunde com a eficácia, pois esta última se relaciona com a produção de efeitos de determinada norma. Uma norma só será socialmente eficaz quando encontrar na realidade as condições adequadas para produzir seus efeitos.<sup>47</sup> Nesse sentido, “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma<sup>48</sup>”. Assim, se uma norma determina ser obrigatório o uso de um equipamento de proteção do trabalhador, mas este aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será totalmente ineficaz.

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com a sua observância. Evidentemente que ao se criar uma norma espera-se que a mesma seja cumprida e este é um critério importante para o reconhecimento de sua efetividade, mas esta não se reduz apenas à obediência<sup>49</sup>.

Pode-se dizer, então, que “a efetividade significa a realização do Direito, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>50</sup>”.

Não se pode deixar de observar ainda que existem algumas normas que nunca chegam a ser obedecidas, não estão vinculadas a nenhuma sanção, mas podem ser consideradas socialmente eficazes, por conter em seu bojo a materialização de anseios

---

<sup>47</sup> NOVELLI. Flávio Bauer. **A eficácia do ato administrativo**. Revista de Direito Administrativo n. 60, Rio de Janeiro, 1960, p. 21.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 41.

<sup>49</sup> A questão aqui apresentada foi bem delineada por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos: “Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano de existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos”. BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

<sup>50</sup> BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83.

ideológicos sociais. Entretanto, se tais normas forem efetivamente aplicadas irão culminar na desestrutura do aparelho estatal e no famigerado caos social. Para visualizar este cenário basta imaginar a obediência estrita e literal ao dispositivo constitucional que assegura um salário mínimo capaz de prover a saúde, educação, moradia e lazer do trabalhador e de sua família<sup>51</sup>.

## 2.2 Normas de aplicação imediata

As normas de eficácia imediata são aquelas de eficácia plena, ou seja, são normas autoaplicáveis, pois não necessitam de autorização legislativa nem tampouco de regulamentação posterior para produzir todos os seus efeitos jurídicos.

Conforme salientado por José Afonso da Silva<sup>52</sup>, a norma será autoaplicável quando contiver todos os requisitos necessários para sua incidência direta, fazendo-se completa e precisa, ao definir a conduta positiva ou negativa a ser praticada pelo seu destinatário. São as normas dotadas dos meios necessários à sua execução imediata<sup>53</sup>.

Cabe mencionar aqui a notável contribuição de Canotilho<sup>54</sup> quando se trata de aplicabilidade direta das normas relativas a direitos, liberdades e garantias. Para o constitucionalista português restou totalmente superada a clássica doutrina francesa que exigia a regulamentação legal das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais para que pudessem ser aplicadas. Nos dias atuais, já é consensual o entendimento de que as normas que tratam de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que não apenas dispensa qualquer intervenção legislativa, mas também vincula toda a ordem normativa infraconstitucional, para que a lei ordinária não restrinja garantias constitucionais.

## 2.3 Normas programáticas

---

<sup>51</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A validade das normas jurídicas**. Revista n.º 28, Ano 15, junho de 1994. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1064-1078-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81.

<sup>53</sup> No mesmo sentido é o posicionamento de Michel Temer: “São aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Desse teor é a norma do art. 1º da Carta Constitucional: (...) São normas bastantes em si, que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional”. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 24.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almadina, 1999, p. 432.

Na lição de Pontes de Miranda<sup>55</sup> as normas programáticas são “aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos”.

As normas programáticas caracterizam-se por sua aplicação diferida, ou seja, não imediata, que irão externar mais do que apenas regras, mas valores a serem perseguidos. Estas regras têm como destinatário primordial o legislador e irão revelar o objetivo a ser perseguido pelo Poder Público em sua atuação discricionária<sup>56</sup>. Maria Helena Diniz<sup>57</sup> lista como normas programáticas os seguintes artigos da Constituição Federal: art. 21, IX, art. 23, art. 170, art. 205, art. 211, art. 215, art. 218, art. 226, § 2º por não regularem diretamente os direitos nelas consagrados, mas tão somente traçarem alguns preceitos a serem observados para consecução dos fins sociais pelo Estado.

Estas normas objetivam tutelar interesses econômicos e sociais como a realização da justiça social, a existência digna, a valorização do trabalho, o desenvolvimento econômico, o combate ao abuso do poder econômico, a prestação de assistência social, o amparo à família, o estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia, dentre outros.

Este tipo de norma irá indicar os fins sociais a serem atingidos pelo Estado em consequência da melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, com vistas à concretização dos objetivos fundamentais da república previstos na lei maior. Constituem-se em regras vagas e abstratas, com grande densidade semântica, mas com baixo grau de densidade normativa e pouca efetividade social e jurídica, motivo pelo qual são bastante criticadas pela literatura especializada.

Analisando o conteúdo das críticas dirigidas ao tema, não se pode negar o caráter alienador das referidas normas programáticas, uma vez que ao se positivarem direitos sem lhes estabelecer qualquer parâmetro para seu gozo e fruição, estar-se-ia desestimulando a luta social para conquista desses mesmos direitos, que afinal, já estão dispostos no texto constitucional, embora sem qualquer previsão de efetividade<sup>58</sup>.

Outro aspecto negativo das normas programáticas a ser observado é que apesar da grande carga axiológica, a efetividade destas normas depende de fatores eminentemente políticos<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 126-127.

<sup>56</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 138.

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98.

<sup>58</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 16ª edição, 1994, p. 126.

<sup>59</sup> Como bem salientou Celso Ribeiro Bastos: “A sua gradativa implementação, que é o que no fundo se almeja, fica sempre na dependência de resolver-se um problema prévio e fundamental: quem é que vai decidir sobre a

A constatação da falta de efetividade das normas programáticas acaba por gerar, mesmo no meio jurídico, a ideia de que nem tudo que está na Constituição deve ser seguido ou respeitado, sendo que alguns trechos constituem apenas “declarações bem intencionadas” ou “admoestações morais”. Sobre a temeridade deste raciocínio afirmou Marcos André Couto Santos<sup>60</sup>:

As duas consequências mais perversas, na nossa opinião, da falta de efetividade jurídico-social das normas programáticas acabam sendo que: I) juristas de araque e governantes com tendências despóticas podem alegar a falta de efetividade das normas programáticas e evadir-se do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais; II) ocorre um sentimento de frustração constitucional dentre a comunidade, passando a haver um divórcio latente do mundo normativo (*sollen*) do mundo real (*sein*). Esta frustração pela não implementação e realização dos objetivos constitucionais, e a não aplicação de diversos direitos sociais e econômicos levam a população a descrer na ordem jurídica e não respeitar a Constituição como lei fundamental do Estado.

Demonstra-se, portanto, que este pensamento distorcido sobre as normas programáticas deve ser repellido e combatido, pois todo o conteúdo constitucional tem força vinculatória, devendo ser observado por todos, principalmente pelos agentes da Administração Pública, sob pena de caírem no descrédito as instituições democráticas e a própria estrutura jurídica.

### 2.3.1 O art. 227 da CF: norma programática ou de aplicação imediata?

Como já mencionado, a prioridade absoluta insculpida no art. 227 da CF/88 constitui verdadeiro princípio constitucional, inserido, não ao acaso no Título “Da ordem social”, mais especificamente no capítulo que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso. Entretanto, para alcançar a efetividade pretendida pelo constituinte é necessária a atuação, principalmente, do Poder Público, para criar as condições adequadas de fruição destes direitos.

A prioridade absoluta constitui-se, portanto, em princípio programático, uma vez que não produz seus plenos efeitos somente com a vigência, possuindo apenas uma eficácia

---

velocidade dessa implementação? Pela vagueza do Texto Constitucional, essa questão fica subordinada a uma decisão política. Trata-se, portanto, de matéria insuficientemente juridicizada. O direito dela cuidou, sim, mas sem evitar que ficasse aberta uma porta para o critério político”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 16ª edição, 1994, p. 130.

<sup>60</sup> SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4731>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

limitada, principalmente no plano social. Juridicamente sua eficácia atinge alguns efeitos como, por exemplo, revogação de leis anteriores contrárias, ser utilizada como parâmetro para inconstitucionalidade de leis posteriores contrárias ou como fonte de interpretação para resolução de casos levados à apreciação judicial. Além disso, seu conteúdo esboça uma previsão de atuação posterior que busque a concretização de seus plenos efeitos pelo Poder Público.

Inevitavelmente, o cumprimento de normas programáticas irá vincular todos os poderes estatais de modo que o Legislador, no mínimo, não poderá fazer leis contrárias, o Judiciário não poderá negar-lhes vigência ou julgar contra elas e o Executivo não poderá produzir políticas públicas em sentido oposto.

No caso do art. 227 da CF/88 vê-se que a norma é precisa ao delinear o modo de atuação do Estado e estabelecer verdadeiras metas a serem alcançadas para que o dispositivo constitucional obtenha a carga de efetividade social pretendida.

Ao analisar a questão das normas constitucionais programáticas, José Afonso da Silva<sup>61</sup> há muito já anunciava que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio Canotilho<sup>62</sup> nos fala sobre a “morte das normas programáticas”, já que a sua classificação como “simples programas” ou, até mesmo, como “promessas”, são desprovidas de obrigatoriedade e incapazes de vincular o legislador ou os órgãos estatais na consecução de seus objetivos.

Portanto, isto significa que, mesmo que as normas insculpidas no art. 227 da CF sejam consideradas programáticas, na realidade possuem efetividade e obrigatoriedade, não se revestindo apenas de meros programas legislativos ou propostas de sugestões que poderão ou não ser efetivados pelo Estado, a seu bel prazer. Resta claro que a Constituição não apresenta dispositivos sem nenhum caráter de efetividade ou obrigatoriedade, pois se assim fosse as constituições trariam valores morais e não normas jurídicas.

---

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 82.

<sup>62</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 453.



### 3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

#### 3.1 A evolução do Princípio da Separação de Poderes

Muitos cientistas jurídicos e jurisfilósofos acreditam que a famosa Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo com o intuito de preservar a liberdade dos indivíduos. Isso porque a proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais inicialmente: a proteção da liberdade individual e de outro lado o aumento da eficiência do Estado, haja vista uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função. Todo este ideal que fora resistido no início teve como objetivo à época diminuir o absolutismo dos governos.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>63</sup> lembra que muitos autores acharam por bem definir a teoria de Montesquieu como divisão dos poderes, e não separação dos poderes como é intitulada. A temática de cunho terminológico reflete apenas na soberania do Estado, ou seja, em sua unicidade, haja vista o termo separação ser muito forte para uma concepção apenas distributiva de função.

Interessante notar que esta problemática da terminologia reflete às vezes na questão de delimitar a função social do Estado perante a sociedade. Torna-se importante repetir que era entendido que a função de diminuir a concentração do poder resultava numa maior liberdade individual, logo seria diminuída a possibilidade de um regime ditatorial. Além de que, a eterna busca de uma maior eficiência do Estado para com seu funcionamento se daria melhor com uma menor concentração de poder.

Maquiavel ao escrever “O Príncipe”, já identificava a figura de três poderes na França, o legislativo (parlamento), o executivo (rei) e um judiciário independente. Dalmo de Abreu Dallari<sup>64</sup> refere-se ao fato de como era curioso notar o quanto Maquiavel prestigiava essa forma de organização, por ser a que mais segurança dava ao rei. E isso se devia ao fato de que o Judiciário protegia os mais fracos, que eram vítimas das ambições dos poderosos e, assim, o rei era poupado de ter que interferir nas disputas e ter que enfrentar o desagrado dos que não tinham suas razões acolhidas.

Doutrinariamente a primeira vez que surge a separação dos poderes é através de Locke, tomando como parâmetro o Estado Inglês do Século XVII. Este identificava quatro

---

<sup>63</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 182.

<sup>64</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 183.

funções e dois órgãos do poder, de praxe a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Entretanto, a função exercida pelo rei acumulava uma função federativa, a tratar de questões de segurança, como guerra e paz e de ligas e alianças.

Somente em 1748 a Teoria da Separação dos Poderes ganha maior configuração através da obra de Montesquieu<sup>65</sup> “O espírito das leis”. Inspirado em John Locke, a teoria de Montesquieu apresentava a figura dos três poderes, o legislativo, o executivo e o judiciário (atribuídos a pessoas diferentes) exercendo seus papéis harmonicamente e independentes entre si, separação esta que hoje é prevista em quase totalidade das Constituições.

Para Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e inconfundíveis, admitindo ainda que estas funções fossem confiadas a um só órgão, porém sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada.

Montesquieu, já sob a influência do liberalismo, limitava a atuação do Estado, ou seja, a intervenção, apenas no poder de julgar e punir, restando apenas ao Executivo a possibilidade de punir aqueles que não cumprissem as leis elaboradas pelo Legislativo. O que deixava o fator eficiência em segundo plano sob um argumento de focar certa liberdade individual.

A atitude de separar os poderes é vista como uma maneira de reduzir o poder do Estado, ainda mais focado com as prescrições das Constituições que pregariam a ausência de democracia caso não existisse a separação dos poderes. Esta separação é vista em alguns momentos históricos como na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Porém o maior enfoque se deu mesmo através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789 através de seu artigo 16, em que a divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental expressando a criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetivava o afastamento do despotismo do antigo regime e a garantia da liberdade e dos direitos fundamentais.

A Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, como ficou conhecida da maneira que é entendida até os dias de hoje, passa a ser vista no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como sistema de freios e contrapesos, que foi o mecanismo utilizado com a finalidade de viabilizar o exercício harmonioso do poder entre seus titulares deficientes.

A principal crítica feita à Teoria da Separação dos Poderes é que esta seria totalmente formalista e nada prática. Há de se entender que apesar da tentativa de tripartição,

---

<sup>65</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

sempre um órgão acabava penetrando na esfera do outro, ou ainda um poder querendo ser superior ao outro permanecendo, assim, apenas um cenário de separação.

Apesar disso, é preciso relevar o momento histórico da época. A intenção naquele momento, sob influência de ideias iluministas e do liberalismo, era diminuir a atuação do Estado. No entanto, entende-se que a liberdade almejada por determinados grupos foi além do que devia, sendo então necessário um retorno da atuação do Estado nas áreas tradicionais, o que conseqüentemente levou a uma necessidade de leis mais técnicas e em maior número para suprir a ineficácia da Teoria da Separação.

Sobre essa ineficácia da tripartição Dalmo de Abreu Dallari<sup>66</sup> fala que isso era decorrência da falta de condições do legislativo para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que estava sendo feito pelo executivo e dos meios que este dispunha para atuar. Por outro lado, segundo o autor, o executivo também não podia esperar o processo de elaboração legislativa que, desde sempre, foi muito lento e nem todas as vezes era concluído, para então, só depois o executivo poder responder às exigências sociais, principalmente aquelas graves e urgentes.

A perspectiva da Teoria da Separação dos Poderes foi remodelada a partir de dois acontecimentos ocorridos no século XIX e início do século XX: a decisão do juiz Marchal no direito americano no famoso caso *Madison versus Marbury*, criando a ideia de que a lei inconstitucional deveria ceder diante da Constituição, surgindo, assim, a possibilidade do Judiciário rever atos tanto do Executivo quanto do Legislativo; e a transição do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente com a Revolução Industrial<sup>67</sup>.

Fato é que no Brasil durante muito tempo os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder o Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações desse poder, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição, chegando o STF, na década de 60 a aprovar a Súmula 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da

---

<sup>66</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 186.

<sup>67</sup> Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover: “A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

isonomia”. Súmula esta que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, mas que ainda tem resquícios de aplicação.

Contudo, o sistema de freios e contrapesos está previsto na Carta Magna de 1988<sup>68</sup>, significando dizer que a separação dos poderes não é rígida havendo sempre a possibilidade e interferência recíproca, ou seja, além de cada poder exercer suas competências (funções típicas), estes fiscalizam as competências dos outros (exercendo funções atípicas, por exemplo).

Nesse sentido, exige-se hoje do magistrado a adequada tutela coletiva – em relação ao Poder Público – impõe-se revisar a noção clássica da tripartição dos poderes do Estado, bem como o dogma – concebido pela jurisprudência nacional – de impedir-se ao Judiciário agir como “legislador positivo”, ou seja, criando determinações concretas, de modo a suprir a omissão legislativa.

Sabe-se que é frequente o argumento – contrário ao controle judicial das políticas públicas – de que o Poder Judiciário, ao investigar tais atividades das demais funções do Estado (Legislativo e Executivo), estaria intrometendo-se indevidamente em atividades destes outros “Poderes”, violando a separação dos poderes, imposta pela Constituição da República. E há quem defenda tal argumento<sup>69</sup>.

Sem sombra de dúvida, a limitação em questão representa severa condicionante à atuação jurisdicional no trato de políticas públicas. Ao se aplicar desavisadamente esta orientação, jamais poderá o Poder Judiciário impor prestação positiva ao Estado – já que, sempre, haverá intromissão em atividade do Executivo (ou, até mesmo, do Legislativo), servindo o magistrado como legislador positivo.

Na realidade, a questão posta revela ideário já vencido há muito tempo. Considerar a ideia de “separação de poderes” como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (aí incluído o Brasil). Na verdade, o argumento, atualmente, assume antes caráter retórico do que concreto, já que diversas são as situações reais que desmentem a aplicação dessa teoria rígida no sistema nacional.

Com efeito, a aplicação da teoria da separação de poderes implicaria a aceitação da ideia de que a legislação somente é atribuída ao Legislativo, de que a administração somente compete ao Executivo e de que a aplicação do direito ao caso concreto (por terceiro imparcial)

---

<sup>68</sup> Art. 2º, CF. São Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (grifos nossos)

<sup>69</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. **Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado**. In **Ação Civil Pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 668 e ss.

é providência exclusivamente reservada ao Judiciário. Ora, as medidas provisórias, a autonomia administrativa do Legislativo e do Judiciário (arts. 51, IV, 52, XIII e 99, da CF) e as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, respectivamente, são demonstrações do equívoco dessa premissa. Aliás, admitida de forma irrestrita a “separação de poderes”, sequer seria admitido o controle jurisdicional do Estado (mesmo que sob a suposição de violação da legalidade). É evidente que todos estes excessos não têm cabimento no direito brasileiro. É, também, óbvio, portanto, que o sistema adotado no Brasil não é o da “separação de poderes”, mas sim o do “balanceamento dos poderes”, como já dito acima.

Assim, o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros “poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais. E inúmeras são as ações julgadas perante o Supremo Tribunal Federal em que esta questão é discutida, tornando prática corriqueira no cotidiano forense.

Por outro lado, essa intervenção nos demais “poderes” – que é, na atualidade, uma constante – vem paulatinamente assumindo contornos em que se torna difícil diferenciar a atividade jurisdicional da função legiferante. A noção de que a lei é ato abstrato e genérico, enquanto a decisão judicial é concreta e específica, vem cedendo, a cada momento, à realidade em que as sentenças assumem, também, caráter genérico e abstrato<sup>70</sup>. A atuação do Judiciário frente às demandas coletivas é a maior prova disso. O caráter geral da decisão judicial, a condenação genérica preconizada pela lei (art. 95, da Lei n. 8.078/90) e a indeterminação dos sujeitos a serem atingidos pela sentença são prova de que este ato se assemelha em muito à lei.

Em consequência disso, como pondera Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>71</sup>:

Essa gradativa *expansão da eficácia* das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação entre os poderes, a medida que mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força

<sup>70</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** In **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos.** MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p.742/743.

<sup>71</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** In **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos.** MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p.743.

coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto *vai aproximando os produtos legislativo e judiciário*.

Assim, desde que pautado por critérios seguros aportados da lei e fincado na premissa de que não deve chamar para si a opção discricionária da administração pública, poderá sempre o magistrado julgar, sem nenhuma infringência ao Princípio da Separação dos Poderes<sup>72</sup>.

Por outro lado, é claro, não compete ao juiz, sob a suposição de controlar a política governamental, avocar a competência discricionária dos demais Poderes, para decidir da conveniência e oportunidade para a solução ótima aplicável ao caso. Exorbitará o magistrado suas funções, sempre que, sem fundamento jurídico que demonstre que a opção legislativa ou da administração pública não é a melhor para o caso, anulá-la para ordenar a adoção de outra política. Mas, fora essa hipótese, sempre cumprirá ao Judiciário investigar o ato administrativo, para examinar sua legalidade.

### **3.2 Discricionariedade Administrativa**

É corrente falar-se na impossibilidade do Poder Judiciário controlar o “mérito” do ato administrativo, dizendo-se com isso que não compete ao magistrado apreciar a conveniência e oportunidade daquela espécie de ato. Realmente, existe – e deve existir, pela precisa maneira distinta de legitimação da função exercida pela função administrativa e pela função jurisdicional do Estado – limite para o controle do ato público pelo Judiciário. Não é conveniente (nem tocaria à função reservada ao Poder Judiciário) que o magistrado se substitua ao administrador, regendo a forma pela qual o Estado deve ser gerido. Não foi para desempenhar este papel que o juiz foi galgado a esta posição, nem se espera deste agente a compreensão da lógica que preside a atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Há, portanto, sem dúvida, uma porção do ato administrativo imutável pelo magistrado, dentro do qual, realmente, não há legítima interferência judicial.

Com efeito, supor que o ato político – por representar, em seu âmago, decisão de cunho político a respeito de certa questão – não pode submeter-se ao crivo judicial é desconsiderar que mesmo nesta eleição política de opções, pode o administrador agir de forma ilegal, violando o pressuposto mais essencial de seu agir. Neste caso, obviamente, ainda

---

<sup>72</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** In *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÉ, Édis (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p.737 e ss.

que político, o ato passa a ser ilegítimo, não havendo razão para excluir seu exame pelo órgão jurisdicional.

O mesmo raciocínio valerá para o ato administrativo discricionário. Como se sabe, o ato discricionário é aquele em que há porção do ato entregue ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Mais precisamente, na clara lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*<sup>73</sup>”.

Logicamente, não se deve ver discricionariedade em qualquer ato administrativo cuja disciplina legal esteja permeada de tratamento por conceitos vagos. O chamado “mérito administrativo” não se confunde com a interpretação a ser dada a determinado conceito fluido (em si só), nem se estende para abranger qualquer aspecto do ato administrativo. De fato, como demonstra a doutrina, é equivocada a noção que vê a legalidade vinculada apenas ao aspecto formal e de competência do ato administrativo; em verdade, o campo da legalidade vai bem além, abrangendo todos os elementos do ato, ao menos em sua relação com preceitos específicos de lei ou com princípios constitucionais.

A presença desta margem de “liberdade” legal<sup>74</sup>, obviamente, implica aceitar que a escolha da opção cabe ao administrador, não havendo espaço para a sobreposição desta escolha por outra, do mesmo porte, realizada pelo magistrado. Daí, todavia, a imaginar-se que o ato administrativo (dito discricionário) não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, vai uma grande distância. Na realidade, embora se deva reconhecer limite para a atividade judicial no exame do ato discricionário, isto não implica dizer que haverá *liberdade* para o agir do administrador, que poderá adotar a solução que melhor lhe convenha<sup>75</sup>.

Deste modo, falar em discricionariedade não significa entregar uma margem, irrestrita e imutável, de liberdade plena ao administrador, que pode utilizar dela como

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 394.

<sup>74</sup> Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: ‘A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’”. (grifos do autor). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396.

<sup>75</sup> Como salienta Juarez Freitas, “são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, deveriam ser controlados, não para tolher o administrador, muito menos para usurpar a sua correta função, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir a impunidade de manifestos desvios de poder”. FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 133.

desejar<sup>76</sup>. Na verdade, a lei não outorga este poder ao administrador para que este adote a providência que entender adequada segundo seus interesses, seus critérios ou suas preferências. Ao contrário, este “espaço de manobra” é entregue no exclusivo interesse público, para permitir que, diante do caso concreto, o administrador possa adotar a melhor providência possível. Sendo assim, fica claro que, quando a opção do administrador for, claramente ruim diante do caso concreto, por se distanciar, evidentemente, daquelas possíveis opções “melhores” que a hipótese específica recomendaria, cabível será o controle judicial da medida<sup>77</sup>. O mesmo se dirá se a Administração Pública, a pretexto de fazer valer sua discricionariedade, agir em confronto com normas regulamentares previamente fixadas<sup>78</sup> ou contra os princípios constitucionais que regem o seu agir (a exemplo da moralidade, da impessoalidade e da eficiência), ou ainda em abuso de direito.

### 3.3 A via judicial para implementação de políticas públicas: poder-dever de agir do Judiciário

<sup>76</sup> Em trabalho mais especializado Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua discricionariedade como sendo “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, *a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal*, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (grifos do autor). (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., 7 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48).

<sup>77</sup> “Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricionariedade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 400.

<sup>78</sup> A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, embora legal determinada punição disciplinar, poderia ser examinada pelo Judiciário quando violasse normas de edital da própria Administração Pública: “Administrativo e Processo Civil. Licitação Pública para exploração do serviço de transporte público alternativo do Distrito Federal. Motorista auxiliar. Ausência de vínculo empregatício com a administração. Punição disciplinar. Idoneidade para licitar e contratar com o Distrito Federal afastada para garantir a participação em outros procedimentos licitatórios do mesmo gênero. Atuação legítima do Poder Judiciário. Recurso especial desprovido. 1. (...) *omissis*. 2. Recurso especial interposto pelo Distrito Federal alegando afronta aos artigos 3º e 41 da Lei 8.666 sob o fundamento de que o acórdão invadiu o mérito administrativo, anulando punição que obedeceu aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e da vinculação ao Edital pela Administração Pública. 3. Merece desprovisionamento a irresignação recursal em face de que o acórdão realmente não poderia ter anulado a cláusula editalícia, como afirma o recorrente, já que a mesma não estava eivada de vício. Na verdade, a Administração diversamente do que diz, é que não cumpriu a norma do edital, desrespeitando, destarte, o princípio da legalidade ao qual encontra-se adstrita, e nesse patamar, não se apresenta invasora a atuação do Judiciário. Tampouco, prospera a tese de invasão do mérito administrativo pelo acórdão reclamado. O administrador, sob o pálio da discricionariedade, proferiu decisão punitiva disciplinar que, mesmo legal, afigura-se despida de legitimidade. *In casu*, o acórdão fez valer a norma do edital. Vale salientar, ainda, que mérito significa uso correto da discricionariedade, ou seja, a integração administrativa. Com observância do limite do legal e o limite do legítimo, o ato tem mérito. Caso contrário, não tem mérito e deixa de ser discricionário para ser arbitrário e, assim, sujeito ao controle judicial.(...) *omissis*”. STJ, 1ª Turma. REsp n. 647.417/DF. Rel. Min. José Delgado. DJU 21.02.2005.



Para a correta compreensão de como ocorre a implementação de políticas públicas através do Poder Judiciário, necessário se faz, inicialmente, assimilar o que pode ser entendido como políticas públicas. Isso porque a sua elaboração, efetivação e aplicabilidade envolve o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas para se efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci,<sup>79</sup> que traz um conceito bastante didático em sua obra, políticas públicas seriam programas de ação governamental que resultaria em um processo juridicamente regulado (e aqui se enquadra o processo judicial, o processo administrativo, o eleitoral, o orçamentário, entre outros). Processo este que teria por objetivo organizar os meios que estejam à disposição do Estado para realizar os objetivos determinados politicamente e que sejam socialmente relevantes.

Sendo assim, percebe-se que todo o aparato estatal encontra-se envolvido com o único objetivo de efetivar uma determinada política pública. Logo não há, *a priori*, a exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação dessas políticas, uma vez que a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Portanto, entendidas as políticas públicas como direitos fundamentais previstos expressa ou implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil, devem elas ser concretizadas como decorrência do poder-dever do Estado no exercício de sua atividade administrativa governamental, sob pena de, não o fazendo, tornar a Constituição “ornamental”, um museu de princípios, um mero ideário sem efetivação de suas normas.

A Constituição Republicana exige efetivação de suas normas, concretização de seus preceitos, a fim de que a sociedade – os administrados e cidadãos como um todo – tenham seus direitos e garantias cumpridos, fazendo da Lei Maior não uma letra morta, mas dando-lhe a concretude necessária, exigida de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF). Além disso, fixou a Constituição objetivos fundamentais em seu art. 3º que precisam ser atingidos, mas que para isso o Estado precisa se organizar<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>80</sup> Segundo Oswaldo Canela Junior, citado por Ada Pellegrini Ginover, o atingimento desses objetivos ocorre da seguinte forma: “Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária”. CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição** (Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado). *Appud O controle*

Com isso, vê-se a transformação do Estado Social de Direito em Estado Democrático de Direito e, “no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal<sup>81</sup>”.

Assim, pela dinâmica luta entre os Poderes do Estado, cabe a análise interdisciplinar que demonstra as mudanças na sociedade atual e a exigência de intervenção constante do Judiciário, contrapondo-o com os dois outros poderes do Estado. O Poder Judiciário encontrava-se despreparado administrativa e financeiramente quando foi instado a decidir as massificadas e multifacetárias contendas, advindas de mudanças na textura social disforme e globalizada. Daí a necessária e urgente modificação da gestão burocrática clássica para a gestão empresarial, que vem sendo implementada a qualquer custo por meio de metas e resultados.

Nessa linha, observa-se no contexto histórico que as modificações empreendidas para a redemocratização da justiça tiveram início na década de oitenta com o movimento europeu de ampliação e efetividade da prestação jurisdicional. Logo depois surgiram ainda movimentos importantes para a reforma do Estado brasileiro, incluindo a reforma política do Estado, introduzida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, pelo ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. A reforma da administração pública na década de 1995 mudava o referencial da “administração clássica para a administração gerencial”, como resposta à crise do Estado na globalização da economia.

Nesta arena política de desenvolvimento econômico-social, o Estado deveria ser o promotor do desenvolvimento tecnológico, por meio de capacitação humana e material para garantir a competitividade no mercado internacional, mas continuaria a ser regulamentador e interventor nas áreas de educação, saúde, cultura e infraestrutura para compensar os equilíbrios de distribuição de bens e serviços. Essas mudanças eram necessárias, haja vista a crise econômica, administrativa e político-moral que passava o Brasil, após o *impeachment* de Fernando Collor de Mello, em prol da reestruturação da política e economia do país. Mudar os rumos da história política era passar da administração burocrática clássica para a administração gerencial.

---

**jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.128.

<sup>81</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** In **O controle jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 129.

Ora, a crise que já era marcada pela ineficiência e burocracia da função jurisdicional do Estado, decorria do distanciamento do tempo que levava o Judiciário para a decisão e concretização de decisões com a realidade social disforme e massificada, que deveria ser adequada às políticas públicas do Estado Constitucional, sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal.

As modificações introduzidas pela administração pública para aplicar os objetivos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* e artigo 3º da CF), passaram a ter peso fundamental para a definição de políticas públicas de desenvolvimento e melhoria dos serviços judiciais prestados ao jurisdicionado<sup>82</sup>.

A expressão “ativismo judicial” tão em voga nos dias atuais não é objeto precípua do presente trabalho, uma vez que, trata-se de uma atitude peculiar de como o STF irá interpretar a Constituição, e a discussão sobre a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do Supremo. Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. E o acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, e que aqui interessa contextualizar o seu significado, “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica do modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia do estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”. E conclui o autor referindo-se que “No Brasil, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. **Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.** (grifos nossos). BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

<sup>83</sup> Importante distinguir judicialização de ativismo judicial que, nos dizeres de Luís Roberto Barroso é o seguinte: “A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de

Voltando-se, então, à judicialização é preciso frisar que não apenas condutas comissivas ilegais são passíveis de controle e apreciação jurisdicional, mas também a desídia, a omissão, a inércia ou a proteção insuficiente ou incompleta de um direito individual ou coletivo pelos órgãos públicos. E isso se deve muito aos princípios assegurados na própria Constituição Federal, quais sejam, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio do acesso à justiça, em sentido formal e material (art. 5.º, inciso XXXV, CF)<sup>84</sup>.

Destarte não há violação à Cláusula da Separação dos Poderes (artigo 2º, CF) quando da análise dessas questões pelo Órgão Judiciário, na medida em que a determinação judicial é mero reflexo dos preceitos da Constituição Republicana que foram descumpridos, não significando administração e governo exercidos pelo Poder Judiciário, mas apenas controle da política pública não concretizada pelos demais Poderes Públicos, primeiros destinatários do comando constitucional, de maneira regular, satisfatória e efetiva.

O posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do próprio Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9, sendo representado pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se pronunciou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira

---

conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos” (BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014).

<sup>84</sup> De acordo com Marinoni: “O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF)”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado<sup>85</sup>.

Neste diapasão, significa dizer que o Judiciário brasileiro, está autorizado pelo sistema jurídico a efetivar as normas constitucionais, sobretudo, as definidoras de direitos fundamentais, que diante de lacunas ou omissões inconstitucionais do poder público, poderá supri-la nos termos do art. 4º da LICC (através da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito) e principalmente, através de uma interpretação criativa, dentro da hermenêutica constitucional, concretizando os preceitos constitucionais e aplicando-os diretamente à realidade social.

Esse entendimento supracitado tem fundamento sobretudo na dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos objetivos fundamentais, a redução das desigualdades sociais (art.3º III da CF), objetivo que alcança o Judiciário, vez que este integra o Estado brasileiro, garantindo a efetividade dos direitos sociais.

Portanto, é o próprio Estado Democrático de Direito que legitima o controle judicial das omissões do Poder Público, cabendo ao Judiciário, na jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais para a plena realização dos direitos fundamentais, viabilizando políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política.

### **3.4 O controle de políticas públicas pela via coletiva**

O primeiro diploma legal brasileiro destinado à proteção dos direitos transindividuais foi a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), concebida inicialmente para instrumentalizar a pretensão protetiva do patrimônio público por qualquer cidadão, vindo posteriormente a ter alargado o seu objeto pela Carta Constitucional de 1988, que o estendeu à proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Fiel ao modelo de legitimação extraordinária do *common law*, a Lei da Ação Popular legitimou todo e qualquer cidadão a propor a demanda como titular dos interesses envolvidos.

Em 1985 é editada a Lei 7.347, dando a lume a Ação Civil Pública, que inicialmente tinha por objeto a tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004. Diário de Justiça, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 18. Ago. 2012.

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, alargado, todavia, também, o seu objeto por força de alteração do texto do art. 1º da LACP, determinada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Numa relação de completude ante a Lei da Ação Civil Pública (LACP) tem-se, assim, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, cujo artigo 90 manda aplicar, no que toca à defesa do consumidor em juízo, prevista no CDC, as disposições constantes da LACP. Esta, por sua vez, prevê em seu art. 21, introduzido pela Lei 8.078/90, a aplicação das disposições constantes do CDC para as ações previstas na LACP, com o que se interligam os dois diplomas umbilicalmente.

Os principais diplomas legais que tratam do tema são, então, a Constituição Federal, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular e o Código de Processo Civil, este de aplicação subsidiária; porém outros textos legais há que tratam de situações mais especiais, como, por exemplo, a Lei 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 8.884/94, a Lei de Abuso do Poder Econômico.

Importa salientar que a integração dos vários diplomas legais voltados à tutela coletiva, forma um verdadeiro sistema, não obstante a sua previsão ainda não codificada, tampouco consolidada. Essa circunstância não lhe retira a coesão, conclusão a que se chega pela busca da finalidade do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, a permitir uma interpretação extensiva, a fim de açambarcar no seu texto a interligação dos vários diplomas legais concernentes à tutela coletiva<sup>86</sup>.

Junte-se a isso o fato de estar em andamento na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.139 de 2009 que, apesar de já possuir cem emendas, continua firme no propósito de agrupar numa única lei todo esse extenso e complexo sistema das ações coletivas. Trata-se do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública que propõe uma Sistematização do Sistema Único Coletivo, sistema único este formado pelas normas que disciplinam a aplicação dos direitos coletivos, quais sejam: Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Lei 7.913/89) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884/94).

---

<sup>86</sup> SANTOS, Andrea Alves dos. **Poder Judiciário e Políticas Públicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2012.

Esse Projeto de Lei 5.139/09 tem o objetivo de transformar a Lei da Ação Civil Pública numa norma geral em que ela passaria a ter natureza de uma Lei de Introdução ao Sistema Único Coletivo, na tentativa de eliminar os conflitos que possam ter entre todas as normas do Sistema Coletivo. E, segundo Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto<sup>87</sup>, as vantagens desta opção são inegáveis: “a) afasta os conflitos de interpretação, havendo apenas uma disciplina para o processamento das ações coletivas; b) padroniza a aplicação das normas e o próprio processamento das ações coletivas; c) torna o Sistema Único Coletivo coerente”.

Não bastasse esse projeto, mais especificamente no âmbito da questão que aqui se propõe a tratar, há ainda um outro anteprojeto de lei, no qual houve a pertinente e precisa atuação de Ada Pellegrini Grinover, cuja pretensão é a de instituir um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Anteprojeto este que supriria em muito as inúmeras lacunas que hoje se tem no ordenamento jurídico pátrio sobre a questão.

Tudo isso porque as ações coletivas têm exatamente a utilidade de conferir ao exercício da jurisdição um maior espectro de influência na vida dos cidadãos, a fim de assegurar-lhes a busca pela proteção de seus pretensos direitos, mediante atividade processual provocada por um só autor, com a finalidade de obter decisão que torne imperativa a solução de lides de vários sujeitos, não necessariamente presentes na relação jurídica processual. Esta inferência, por si e ainda iluminada pelos caracteres essenciais das políticas públicas, permite suspeitar fortemente que as ações coletivas sejam instrumentos potencializadores da manifestação da jurisdição como política pública e, portanto, da participação popular no próprio desenvolvimento de tais políticas<sup>88 89</sup>.

---

<sup>87</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: Principais Aspectos**. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (organizadores). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, v. 2, 2010, p. 221.

<sup>88</sup> FREITAS, Marcelo Politano de. **As ações coletivas e as políticas públicas**. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2012.

<sup>89</sup> Nesse mesmo sentido interessante é o posicionamento de Camilo Zufelato ao dizer: “As ações coletivas brasileiras possuem do ponto de vista processual – e mesmo procedimental – peculiaridades em relação às ações individuais determinadas pela natureza do direito transindividual envolvido, ou seja, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Um aspecto importante do tema sob análise é exatamente esse: é da ideia de direito coletivo em sentido material, tutelável por meio do processo, que se torna possível o ajuizamento de ações coletivas para controlar políticas públicas. Em termos mais claros, em última análise as políticas públicas são espécie de direitos coletivos e portanto tuteláveis mediante o processo coletivo”. ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 315-316.

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para respaldar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional<sup>90</sup>. Por outro lado, servindo a este papel, esta classe de ações apresenta-se como elemento de realização de direitos fundamentais (convertendo-se em si em direito fundamental).

É inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no polo passivo desta espécie de demanda. E quando elas são dirigidas contra o Poder Público, situação semelhante ocorre, uma vez que diante do âmbito da eficácia de suas decisões, haverá corriqueiramente tendência a alterar de modo substancial uma política governamental ou implantar decisões administrativas até então não adotadas. Obviamente, no campo financeiro, também estas decisões produzirão reflexos sensíveis. Afinal, é certo que a determinação judicial, impondo ao Estado a adoção de determinada postura (especialmente quando a determinação for de alguma atitude comissiva), importará novos custos, novo gerenciamento de recursos e alteração nas prioridades governamentais. Em tais casos, as decisões políticas receberão um componente a mais: os limites impostos pela decisão judicial ou as indicações de agir por ela determinados.

Em tudo isso se vê a mão do juiz a participar, de forma mais efetiva, da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização de políticas públicas. Esta influência, com efeito, já é sentida na prática, sendo constantes ações civis públicas que visam à implementação de certos direitos constitucionais ou que objetivam impedir o Estado de realizar algo de seu interesse. Determinações obrigando o Estado a fornecer determinada medicação, a conceder créditos privilegiados a certas pessoas, a outorgar benefícios a certas camadas da população constituem regra no Judiciário nacional, bem como medidas tendentes a proibir o Poder Público de licitar certo objeto, de usar recursos para determinados fins etc.

Dessa forma, não resta dúvida a importância das ações coletivas na implementação de políticas públicas, que, conforme relata Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau,<sup>91</sup> as ações coletivas frente à postura ativa assumida pelo juiz e ao número de indivíduos que são beneficiados, tornam-se “poderoso instrumento processual vocacionado à defesa dos direitos

---

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86 e ss.

<sup>91</sup> THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites**. Revista MPMG nº 17 – julho/agosto/setembro- 2009, p. 33-34.



mais caros à sociedade, segundo uma perspectiva coletiva e preocupada com os reflexos sociais das decisões judiciais”. Continua a autora revelando, então, a importância de se conseguir conciliar as inovações que as ações coletivas apresentam com as mudanças que as políticas públicas operam na validade dos atos da Administração Pública, com a finalidade precípua de garantir o máximo de efetividade aos direitos constitucionalmente previstos através do legítimo controle judicial.

Apesar disso, o manejo adequado do direito material não é suficiente para a correta atuação dos direitos coletivos. É preciso também dominar a técnica processual<sup>92</sup>. Vê-se, ainda hoje, várias decisões judiciais que prestam verdadeiro desserviço à tutela coletiva, quer impondo restrições a ela inexistentes (na ordem jurídica), quer vedando as ações coletivas para certa finalidade – a exemplo de decisões que entendem que as ações “civis coletivas” somente se prestam para impor obrigação de ressarcimento<sup>93</sup> - quer ainda transformando as ações coletivas em ações individuais em que se formaria um litisconsórcio ativo (como se fez com o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei 9.494/97). As restrições ao alcance das ações coletivas impostas pela Lei 9.494/97 são verdadeiro atentado à importância e relevância desse tipo de ação e, por assim dizer, tal lei é considerada por muitos doutrinadores como sendo inconstitucional<sup>94</sup>.

Em todas estas limitações se observa nítido conservadorismo e clara vinculação à ótica individual do processo. Ao que parece, alguns magistrados ainda não notaram que as ações coletivas envolvem outra forma de pensar o processo, e que as estruturas concebidas para as ações individuais nem sempre se aplicam ao processo coletivo.

Não há dúvida de que as ações coletivas trabalham, costumeiramente, com interesses relevantes defendidos por ambos os polos da relação processual. De fato, qualquer litígio coletivo envolverá um interesse relevante (normalmente de nível constitucional) reclamado pelo autor (legitimado coletivo), em detrimento de outro interesse também relevante (e também de hierarquia constitucional) invocado como defesa pelo réu. Com efeito, a proteção do meio ambiente dificilmente se fará a não ser com restrição ao direito ao desenvolvimento regional supostamente protegido pelo réu; a proteção da saúde pública, não raro, implicará a lesão ao patrimônio público (ou particular), quando este for réu na demanda; a tutela do consumidor, comumente, esbarrará na alegação de violação à liberdade de empresa.

---

<sup>92</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.

<sup>93</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 161/172.

<sup>94</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184.

É, portanto, natural à ação coletiva colocar a discussão a respeito de dois ou mais interesses relevantes, em condição oposta no processo. Diante disso, o juiz é normalmente colocado a interferir em um destes interesses, a fim de beneficiar o outro, o que implica, muitas vezes, um papel político do magistrado na eleição do interesse “mais relevante” e que merecerá, no caso, proteção. A eleição destas “prioridades de relevância”, no mais das vezes, dotará o magistrado de elevada carga de escolha pessoal, firmada em critérios subjetivos, algo a que os juízes não estão ainda habituados, pois é algo que não se verifica de regra em ações individuais<sup>95</sup>. Isso porque “a preocupação com a *efetividade do processo* deve ser redobrada quando se tratar de judiciabilidade de políticas públicas em razão da relevância social e da magnitude desses conflitos.<sup>96</sup>” (grifos do autor).

Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado frequentemente é levado a não apenas “aplicar o direito ao fato” (como se isso fosse possível), mas a conceber, na realidade, uma opção política (no seu sentido positivo), a propósito do bem jurídico ou do interesse social que merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela relacionados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.

O aprendizado desta nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões fundamentais: a) de um lado a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); b) de outro a redobrada sensibilidade com a realidade social<sup>97</sup>.

Realmente, a presença constante, nas ações coletivas, do conflito entre interesses coletivos relevantes (ou entre interesse coletivo e interesse individual relevantes) impõe que o magistrado, na solução da questão, se pautar sempre por critérios que apliquem ao caso concreto os princípios constitucionais, colocando em foco – antes da solução do litígio – a discussão a respeito da interpretação e aplicação da Constituição da República. O choque determinado entre os interesses em jogo importará ponderar, no caso concreto, o valor específico a ser dado a estes interesses, bem como a extensão da lesão que se imporá ao

<sup>95</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 177 e ss.

<sup>96</sup> ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 319.

<sup>97</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2a ed., 2a tiragem. São Paulo: RT, 2003, p. 751.

interesse sacrificado e o correspondente privilégio a ser oferecido ao outro valor. De fato, não será cega a aplicação do direito no caso concreto, já que neste campo, sempre a proteção de um interesse redundará na violação de outro (também importante) e, assim, a tutela daquele somente será legítima até certo limite, pois a partir deste a violação do outro importará sacrifício não admitido constitucionalmente.

Nesse passo, assumirá ainda relevância – para dirimir o conflito de interesses coletivos – a ponderação de interesses e a consequente aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, a proteção judicial deve sempre envolver a análise de meios, fins e motivos, observando-se, no caso concreto, diante dos motivos apresentados, se os meios são aptos (e, mais do que isto, se são os mais adequados) a atingir os fins propostos<sup>98</sup>.

O princípio da proporcionalidade representa talvez a mais importante ferramenta de atuação do juiz e, por isso mesmo, bem delineado seu sentido e alcance em tópico seguinte. Sua aplicação será uma constante na atuação judicial em processos coletivos e, no particular, três aspectos merecem ser considerados: a proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e a exigibilidade.

É preciso sempre considerar a finalidade dos dispositivos legais em conflito (que tutelam bens jurídicos determinados); tais fins podem ser logrados por distintos meios, sendo sempre de se optar pelo meio mais adequado à situação específica. Na avaliação desta adequação, entra também o critério da exigibilidade, no sentido de que tal meio represente o menor sacrifício possível ao outro interesse, que será subjugado. Por fim, deverá ser avaliada a proporcionalidade em sentido estrito, de forma a apresentar o resultado mais vantajoso, ou seja, aquele que obtém o melhor resultado em relação a um interesse, com o menor sacrifício aos demais interesses envolvidos no conflito.

Além disso, necessário lembrar que toda política pública é, em tese, interesse de um grupo, podendo este ser maior ou menor segundo a dimensão da própria política pública. Por isso é importante ter um ente representativo que congregue em si o interesse comum desse grupo ou, ao menos, o interesse majoritário dele, possibilitando a defesa em juízo. E, por isso, indispensável que se tenha um rol amplo de legitimados a fim de se evitar a sub-representação desses interesses mediante a ausência de quem os tutele em juízo.

Portanto, inquestionável a importância das ações coletivas como meio apto e eficaz de controlar o cumprimento e a realização das políticas públicas, possuindo tais ações o poder de dar efetividade às políticas públicas em discussão.

---

<sup>98</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

### 3.4.1 Os direitos tutelados coletivamente

Os direitos inerentes ao processo coletivo dividem-se, inicialmente, em dois grandes grupos: os essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos (direitos individuais tratados coletivamente)<sup>99</sup>. Dentro dos direitos essencialmente coletivos estão incluídos os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*, ao passo que os direitos individuais homogêneos seriam, apenas, acidentalmente coletivos.

Na verdade, os direitos individuais homogêneos são, como o próprio nome indica, direitos individuais, que apenas acidentalmente podem ser tratados de forma coletiva para fins de tutela<sup>100</sup>.

Os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos possuem definição prevista de forma expressa no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor<sup>101</sup>. Entretanto, em que pese a previsão legal, necessário valer-se da análise científica contextualizada para melhor compreensão dos conceitos e sua aplicabilidade.

#### 3.4.1.1 Os direitos difusos

<sup>99</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193.

<sup>100</sup> A doutrina de Teori Zavascki bem sedimentou essa distinção: “Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *latu sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime da substituição processual) e materialmente *indivisíveis* (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação)”. (grifos do original). ZAVASCKI. Teori Albino. **Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

<sup>101</sup> Art. 81, CDC. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para compreensão do conceito de direitos difusos, a doutrina elegeu, no campo subjetivo, os aspectos da indeterminação do sujeito e da inexistência de relação jurídica base e, no campo objetivo, o critério da indivisibilidade do bem jurídico tutelado<sup>102</sup>.

Analisando os critérios doutrinários acima nota-se que é justamente a indivisibilidade do objeto e a inexistência de uma relação jurídica base que implicam na indeterminação do sujeito titular deste direito. Em outras palavras, uma lesão a direito difusos, como a poluição de um rio, por exemplo, atinge igualmente um número indeterminado de pessoas que dele se utilizam, sendo impossível fracionar a lesão e identificar com precisão cada um dos atingidos, uma vez que não existe qualquer vínculo jurídico entre eles<sup>103</sup>.

Os direitos difusos, portanto, são aqueles transindividuais que pertencem a todos e a cada um simultaneamente, indivisíveis por sua natureza, cujos titulares são indeterminados, que embora não possuam uma relação jurídica base, se ligam por uma situação de fato. Quando concebidos e analisados de forma adequada, constituem importante meio de proteção da coletividade e de grupos sociais marginalizados como, por exemplo, os idosos, os indígenas, os negros, os portadores de necessidades especiais, as crianças e os adolescentes, entre outros.

#### 3.4.1.2 Os direitos coletivos *stricto sensu*

Primeiramente, faz-se necessário uma distinção terminológica. A expressão direitos coletivos é comumente utilizada para se designar direitos transindividuais, ou seja, aqueles que excedem a esfera individual para pertencer a uma coletividade. Entretanto, este último é o gênero, enquanto aquele é uma das espécies. Em função desta diferenciação, parte da doutrina refere-se aos direitos transindividuais, em geral, como direitos coletivos e aos direitos a que fazemos referência agora como direitos coletivos em sentido estrito<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> BESSA, Leonardo. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 59, p. 79, jul./set. 2006.

<sup>103</sup> Sobre o tema ensina José Carlos Barbosa Moreira: “Não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação –, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido”. (grifos do autor). MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**. In **Temas de Direito Processual**. 3ª Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.

<sup>104</sup> Esta terminologia também foi adotada pela CF/88 em seu Título II, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para fins didáticos e com o intuito de evitar confusões com a nomenclatura, adota-se no presente trabalho a terminologia direitos transindividuais para se referir ao gênero e direitos coletivos para a espécie.

O conceito legal trazido no art. 81, II do CDC, refere-se aos direitos coletivos apenas como “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Entretanto, em uma análise pormenorizada, é possível aferir que os interesses coletivos nasceram da ideia de associação, corporação e junção de interesses comuns. Desta maneira, os seus titulares, embora não sejam, em um primeiro momento, determinados, são passíveis de determinação, em razão da relação jurídica base que os une<sup>105</sup>.

Os direitos coletivos se assemelham aos difusos no que concerne à indivisibilidade do objeto, mas se diferenciam quanto à abrangência dos titulares. Enquanto os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por uma circunstância de fato, os coletivos dizem respeito a grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária. E a existência de uma relação jurídica base pode ocorrer entre os titulares ou entre estes e a parte contrária, sendo, de qualquer forma, a principal característica dos direitos coletivos, responsável pela determinabilidade dos sujeitos, que necessita ser anterior à lesão em apreço.

São exemplos de tutela judicial de direitos coletivos as ações que versam sobre interesses ou direitos dos moradores de um condomínio, sócios de um clube desportivo, adquirentes de um consórcio, membros de um sindicato ou entidade de classe e de associações, dentre outros. Podemos citar ainda os exemplos em que a relação jurídica base se estabelece com a parte contrária: adquirentes de uma unidade residencial de um imóvel e alunos de uma mesma instituição educacional privada. Embora os condôminos e alunos não possuam uma relação jurídica base entre si, esta se estabelece com a parte contrária, de modo a caracterizar o interesse como coletivo.

#### **3.4.1.3 Os direitos individuais homogêneos**

---

<sup>105</sup> Neste sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 355.

Como já mencionado, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que recebem tratamento coletivo para fins de tutela, em razão da homogeneidade e da origem comum.

Em relação à origem comum, é necessário que envolvam uma pluralidade de pessoas, atingidas de forma semelhante por um acontecimento comum, embora não se exija que esta lesão seja decorrente de um único fato nem que atinja simultaneamente todos os sujeitos<sup>106</sup>.

Como bem observa Ada Pellegrini Grinover<sup>107</sup>, a possibilidade de fracionamento do direito individual homogêneo e a determinação da cada um dos sujeitos lesados, pode acarretar interferências subjetivas, afastando e até mesmo eliminando a homogeneidade. Como solução para estes casos, a autora aponta para a necessidade de se adotar, ainda que de forma adaptada à realidade brasileira, o critério utilizado nas *class actions* norte-americanas, de prevalência das questões comuns sobre as individuais, sob pena de se tratar de direitos individuais heterogêneos.

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são perfeitamente identificáveis. Também não há necessidade de uma relação jurídica anterior ou vínculo entre os titulares ou com a parte contrária – a relação existente entre os titulares e a parte contrária decorre de uma origem comum que se relaciona diretamente com a lesão sofrida.

Quanto à origem comum esta pode ser próxima ou remota. Será próxima quando decorrer de um único fato que ao mesmo tempo atingiu todos os sujeitos (incêndio, desabamento, queda de um avião) e remota quando atuar de forma diferenciada para cada um dos atingidos (comercialização de produto impróprio para o consumo, publicidade enganosa)<sup>108</sup>.

Os direitos individuais homogêneos receberam tratamento coletivo com o intuito de prestigiar o princípio da isonomia já que, ao resolver molecularmente as causas repetitivas,

---

<sup>106</sup> Como exemplo de origem comum não simultânea, pode-se citar os consumidores de um medicamento adulterado que foi comercializado por vários meses, em diversas cidades. O dano causado aos pacientes se operou de diferentes formas e em variadas porções de tempo e espaço, mas em razão de um mesmo acontecimento: a adulteração do medicamento.

<sup>107</sup> A referida jurista ilustra o caso da seguinte maneira: “No consumo de um produto potencialmente nocivo, por exemplo, pode inexistir homogeneidade de direitos entre um titular de fazer vítima exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico independente da utilização do produto, ou que fez deste uso inadequado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 76.

<sup>108</sup> “Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos são os direitos.” GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Gen-Forense. 2011, p. 76.

evita-se que sejam julgadas de forma contraditória em diferentes jurisdições<sup>109</sup>. Além disso, foram concebidos de forma a prestigiar o acesso à justiça e a celeridade. Com apenas uma decisão, o Judiciário é capaz de atender inúmeros jurisdicionados, de forma mais ágil e eficaz, como idealiza o projeto constitucional.

### 3.4.2 A legitimidade nas ações coletivas

O Estado Social Democrático atual exige e conclama, como um todo, a participação da sociedade para efetivação de direitos quanto ao bem estar social. Se num primeiro momento tinha-se o direito à demanda individual como patrimônio, dado sua significância na transformação de valores sociais, jurídicos e econômicos, hoje se tem, em face de uma leitura mais adequada da Constituição da República Federativa do Brasil, como prerrogativa do cidadão, o processo coletivo. Por sua vez, por alcançar as necessidades das “massas”, com lastro indefinido em seu alcance, revela-se tal processo como sendo mais adequado a uma efetiva proteção social sobre todos os aspectos.

Apesar disso, nem sempre foi assim. Antes do advento de uma lei específica, contava-se apenas com duas espécies normatizadas de processo coletivo: a Ação Popular (Lei 4.717/65) e as de dissídio coletivo do trabalho, prevista nos artigos 856 e 857 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A primeira não resolvia o problema da legitimidade dos direitos e/ou interesses coletivos como um todo, haja vista que era direcionada tão-somente à proteção do patrimônio público e outorgava legitimidade a qualquer cidadão. A segunda espécie citada também era voltada unicamente à proteção dos direitos dos trabalhadores. Fora esses casos, a justiça tinha uma interpretação extremamente positivista e, em detrimento de uma leitura mais adequada dos direitos e garantias fundamentais ela considerava, por força do que dispõe o artigo 6º do CPC, que não havia lei que legitimasse outros à propositura de demandas que envolvessem interesses coletivos<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002, p. 220-221.

<sup>110</sup> Nesse sentido ensina Gregório Assagra de Almeida: “Um dos temas mais complexos do direito processual coletivo comum diz respeito à legitimidade ativa. Durante muitos anos grande parte da doutrina e da jurisprudência recusava aceitar a legitimidade ativa a determinados corpos intermediários para a defesa em juízo de interesses massificados, como os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Existiam somente algumas espécies de ações coletivas, em que estava estabelecido expressamente e de forma restrita quais seriam os legitimados ativos, como o Dissídio Coletivo da Justiça do Trabalho (CLT, arts. 856 e 857) e a Ação Popular (Lei n. 4.717/65, art. 1º). Os outros direitos coletivos não recebiam a tutela jurisdicional por falta de previsão legal e em decorrência da resistência, principalmente da jurisprudência, em fazer uma interpretação mais elástica, portanto, flexível, do art. 6º do CPC. Esse dispositivo está voltado para a tutela de direito individual puro, o que se justifica tendo em vista que foi elaborado sob uma concepção liberal-individualista ainda do



Hoje já se tem uma legitimação positivada. E diante dessa nova ordem normativa, as vozes renitentes cederam. Se eram leis que queriam para justificar a legitimação processual em juízo, hoje os resistentes já as têm em extratos suficientes. Normatizado, portanto, se encontra, atualmente, quais são os legitimados à propositura de demandas de interesses e/ou direitos coletivos *lato sensu* no Brasil.

Ocorre que o posicionamento quanto à natureza jurídica da legitimidade ativa *ad causam* nas ações coletivas não é pacífico entre a doutrina pátria e três teorias (correntes) se formaram sobre o assunto.

A primeira delas entende que a legitimidade nas ações coletivas é ordinária, ou seja, os legitimados estão a defender direito que efetivamente titularizam, de acordo com o entendimento de Araken de Assis<sup>111</sup>. Já a segunda corrente, com maior número de adeptos, entende que a legitimação é extraordinária, visto que o autor coletivo não é o titular do direito, mas vai a juízo, ainda que em nome próprio, defender direito alheio, atuando como verdadeiro substituto processual. Ada Pellegrini Grinover entende que quanto aos direitos individuais homogêneos, a legitimidade é extraordinária, a título de substituição processual<sup>112 113</sup>. Esse é

---

século XIX – tanto que expressamente dispõe: ‘Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Foi somente com o advento da Lei n.7.347/85 que as vozes renitentes começaram a ceder”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 497.

<sup>111</sup> Segundo o autor: “É questão em aberto, no direito pátrio, a natureza da legitimidade do Ministério Público e, a fortiori, das associações civis e dos partidos políticos, tratando-se de interesses difusos e coletivos. Conforme assinala Nery Jr., o substituto processual sempre atua em lugar de pessoa determinada, que é o substituído; porém, nas ações coletivas para a defesa daqueles interesses, desvanece se a precisão: os substituídos ou se revelam indetermináveis (interesse difuso), ou indeterminados (interesse coletivo), obstando a completa assimilação do instituto àqueles interesses. Aliás, a tradicional ação popular suscita dificuldade análoga. Parece mais consentâneo à realidade qualificar a legitimidade de ordinária nessas situações. Esta sugestão considera decisivo o signo da “indivisibilidade” que o art. 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/90 exige na configuração dos interesses difusos e coletivos. Esta nota marcante opera a transformação do conjunto em algo novo, diferente das frações repercutindo na natureza da legitimidade. Logo, a “transmigração do individual para o coletivo”, a qual alude Dinamarco, explicando a posição do Ministério Público nessas demandas, implica uma transformação mais profunda e intensa do que a simples substituição, outorgando a titularidade do coletivo e do difuso a uma pessoa diferente dos titulares da situação individual incluída no conjunto. Em outras palavras, o Ministério Público, a associação ou o cidadão, conforme o caso, legitimam-se, ativamente, porque se mostram titulares do direito posto em causa, sem embargo de existirem outros titulares dos direitos parciais que, coletivamente, formam o objeto litigioso. Por esta linha de raciocínio, a soma das partes adquire identidade própria e nova, substancialmente diversa das frações, de que é titular pessoa também diferente, graças à indivisibilidade. E tal legitimação se revela ordinária”. ASSIS, Araken de. **Substituição Processual**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1ea13/1ec18?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 08 ago. 2014.

<sup>112</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Gen-Forense. 2011, p. 799.

<sup>113</sup> Arruda Alvim coaduna desse mesmo entendimento, ao dizer: “Se o art. 91, com clareza, alude ao fenômeno da substituição processual – ao menos linguisticamente – isso já incoorre no art. 82, se examinado em si mesmo, e sem conexão com outros textos. Todavia, tanto numa hipótese, quanto em outra, os legitimados, quer os do art. 82 (para as hipóteses do art. 81, parágrafo único, incs. I e II), quer para a hipótese do art. 81, parágrafo único, inc. III c/c art. 91, não agem em benefício próprio, senão que em benefício alheio e as legitimações que detêm

também o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli<sup>114</sup>, referindo-se que a legitimação para o processo coletivo seria um caso clássico de substituição extraordinária. E, a última corrente, defende tratar-se de legitimidade autônoma para a condução do processo, defendida por Nelson Nery Junior e Luiz Manoel Gomes Junior. Para essa corrente não se trata de legitimação ordinária em razão dos entes legitimados não serem, em sua grande maioria, os titulares do direito. Tampouco extraordinária é a legitimação por entenderem que há uma previsão *ope legis* de legitimação. Assim, por serem tais conceitos insuficientes para determinar o fenômeno da legitimação no processo coletivo, defendem tratar-se de uma legitimação autônoma para a condução do processo, necessitando, pois, de conceituação própria, diversa do direito processual individual<sup>115</sup>.

O artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública<sup>116</sup> e o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor<sup>117</sup> trazem, basicamente, o rol dos legitimados coletivos ativos, dentre os quais se dará relevância a seguir ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos

decorrem da lei, e mais, foram afetadas a esses legitimados sem qualquer relação, senão a da lei, com as situações que pretendem fazer valer em juízo. De outra parte, somente esses é que são legitimados, no plano da ação coletiva enquanto tal. O agir individual nunca será suscetível de dar ensejo a uma ação coletiva no sistema do Código de Proteção de Defesa do Consumidor”. ALVIM, Arruda. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 122-128.

<sup>114</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54-55.

<sup>115</sup> Segundo Luiz Manoel Gomes Junior: “Não se almejou criar algo novo para ser utilizado em uma nova categoria de ações, mas sim adaptar essas ao que já existia. Afirma-se, em determinadas hipóteses (defesa dos interesses individuais homogêneos) que seria substituição processual, mas não a prevista no Código de Processo Civil. Ora, como intitular com o mesmo nome institutos diferentes, sem criar confusão? A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma *legitimação processual coletiva* que é, justamente, a *possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos “latu sensu” (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em teses, beneficiados com a decisão a ser prolatada*. Haverá, assim, no caso dos entes legitimados para atuar no polo ativo das Ações Coletivas, *sempre*, uma *legitimação processual coletiva*. Esta é a denominação que propomos, afastando a classificação fundamentada no tipo de interesse protegido”. (grifos do autor). GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34-35.

<sup>116</sup> Art. 5º, LACP. Têm legitimidade para propor a ação principal e ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

<sup>117</sup> Art. 82, CDC. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Advogados do Brasil, por serem tais legitimados os que apresentam alguma divergência doutrinária e/ou jurisprudencial em suas atuações.

### 3.4.2.1 O Ministério Público

Inicialmente, necessário dizer que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de demandas coletivas, relativas a interesses difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, não encontra qualquer divergência doutrinária, sendo amplamente assegurada. O fato controverso e que, por isso mesmo, interessante relatar, refere-se à legitimidade desse mesmo ente para a propositura de demandas coletivas quando se refere a direitos individuais homogêneos. Neste ponto há controvérsias.

De acordo com Fredie Didier e Hermes Zaneti Junior<sup>118</sup> há três posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, a saber: a) Teoria Restritiva: entende que o Ministério Público não tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que presente o requisito do interesse social; b) Teoria Ampliativa: considera que toda e qualquer ação coletiva traz, *ínsito*, o requisito do interesse social; c) Teoria Mista: reconhece que havendo o interesse social, o Ministério Público estaria legitimado. Mas não vislumbra o interesse social em toda e qualquer demanda coletiva, relevando sua existência nos casos que envolvessem danos vultuosos, que viessem a atingir um grande número de pessoas ou, ainda, quando em razão da dispersão dos eventuais titulares do direito material. Para essa corrente, que é a majoritária, o Ministério Público pode atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos indisponíveis.

Portanto, demonstrado ser o evento o caso de direito indisponível e/ou de interesse social, legitimado está o Ministério Público. A tendência é que o reconhecimento da representação adequada para legitimação ao ajuizamento de ação coletiva supere a condição da legitimação *ope legis* no Brasil, prevalecendo um controle judicial mais rigoroso.

Por fim, importante lembrar que a legitimidade do Ministério Público para a propositura das ações coletivas advém da própria Constituição Federal<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4: Processo Coletivo, p. 350-357.

<sup>119</sup> Art. 127, CF. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129, CF. São funções institucionais do Ministério Público:

(...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

### 3.4.2.2 A Defensoria Pública

Até o ano de 2007 a Defensoria Pública não detinha legitimidade para propor ação coletiva, quadro que mudou com a edição da Lei 11.448/2007, que inseriu a defensoria no rol dos legitimados extraordinários do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, passando, assim, a ter legitimidade para ajuizar a ação civil pública.

A questão que mais se debate, atualmente, sobre a atuação da defensoria em sede coletiva é a seguinte: teria ela legitimidade ativa apenas nos casos em que a coletividade fosse composta de pessoas hipossuficientes economicamente?

A questão é bastante controvertida, mas a posição dominante defende que basta a existência de apenas uma pessoa hipossuficiente ou necessitada para que já se justifique a atuação da Defensoria Pública, não havendo necessidade de que todos os integrantes sejam necessitados<sup>120</sup>.

Importante lembrar que a Defensoria Pública exerce funções típicas, que seria aquela exercida em prol dos necessitados economicamente, e também a atípica, que não pressupõe, necessariamente, que o representado seja hipossuficiente economicamente, mas alcança o necessitado jurídico. É uma interpretação restritiva contrária a princípios próprios norteadores da tutela coletiva, especialmente o da representação adequada. Seria um retrocesso desconsiderar a legitimidade de um órgão com tamanha estrutura, essencial na defesa dos hipossuficientes (típico e atípico) e, portanto, defensor de direitos e garantias fundamentais<sup>121</sup>.

### 3.4.2.3 A Ordem dos Advogados do Brasil

A Constituição da República de 1988 e também a legislação infraconstitucional tem reservado à OAB significativa posição na construção do Estado Democrático de Direito e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a erigiu como defensora da lei,

<sup>120</sup> Esse é o entendimento de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior ao dizerem: “Para que a Defensoria seja considerada como “legitimada adequada” para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse da coletividade composta por pessoas “necessitadas”, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas”. (grifos do original). DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4: Processo Coletivo, p. 219.

<sup>121</sup> “Uma interpretação restritiva, aqui, seria contrária aos princípios da tutela coletiva, principalmente a necessidade de aferição em concreto da adequada representação e a instrumentalidade das formas”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4: Processo Coletivo, p. 238.

da Justiça, dos Direitos Humanos, da Ética e da Constituição Brasileira. Nesse sentido, determina o art. 133 da Constituição Federal<sup>122</sup> ser o advogado indispensável à administração da Justiça, artigo este alocado no capítulo que trata das funções essenciais da justiça. O art. 103, VII, também da Constituição Federal<sup>123</sup>, atribuiu legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse viés, fica evidente que a OAB foi convocada pela Constituição a participar diretamente como instituição fomentadora da democracia e dos direitos e garantias fundamentais, à medida que seus filiados recebem status de indispensabilidade à confecção da justiça e ela pode exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

Há ainda outros dispositivos constitucionais que reconhecem a essência de fomentadora do Estado Democrático de Direito, concedendo à OAB e aos próprios advogados papel de relevância na construção e preservação de uma sociedade democrática, com ênfase no Estado de Direitos elementos essenciais à preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma outra entidade representativa de classe recebe tais referências da Constituição da República de 1988.

Além disso, a atuação da OAB é tida como um “serviço público” pela Lei 8.906/94 (art. 44, *caput*) destinada também à defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como pugna pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Portanto, fica evidente que a natureza jurídica da OAB é especial, ofício de serviço público independente ou autarquia *sui generis*<sup>124</sup>, cuja atuação está direcionada para além da mera representação dos interesses da classe dos advogados, à defesa dos direitos humanos, do Estado Democrático de Direito. A partir daí, percebe-se que a OAB tem legitimidade para ajuizar e intervir em demandas coletivas de todas as espécies, sem necessidade de pertinência temática.

É importante lembrar que não há previsão expressa na Lei 7.347/85 e na Lei 8.078/90 a respeito da legitimidade da OAB para o ajuizamento de demandas coletivas, uma

<sup>122</sup> Art. 133, CF. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

<sup>123</sup> Art. 103, CF. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...) VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

<sup>124</sup> Esse é o entendimento de GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63.

vez que, conforme relatado, ao disciplinarem a ação civil pública para a tutela de direitos difusos, não dispuseram expressamente sobre a legitimação para agir e para intervir da OAB. Todavia, o art. 5º, V, da Lei 7.347/85 e o art. 82, III, da Lei 8.78/90, conforme visto, atribuíram às autarquias legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas. E, sendo a OAB uma autarquia especial ou *sui generis*, sua legitimidade à propositura de demandas coletivas está devidamente reconhecida em caráter autônomo e concorrente com os demais legitimados, discriminados nas referidas leis.

Da legitimação para agir da Ordem dos Advogados do Brasil, decorre, também, sua legitimação como interveniente litisconsorcial nas demandas propostas pelos demais entes legitimados, inclusive com a possibilidade de ampliação dos limites da demanda, no tocante à causa de pedir, ao pedido e à parte passiva.

Como dito acima, a OAB possui natureza jurídica, *sui generis*, de autarquia e, portanto, sujeita-se aos preceitos dispostos no art. 37 da Constituição Federal. Por outro lado, não está sujeita aos limites da pertinência temática e, muito menos, aos limites impostos pelo art. 5º, V, LACP, art. 82, IV, CDC e art. 210, III, do ECA<sup>125</sup>.

Além disso, o inciso III do art. 81 do Estatuto do Idoso<sup>126</sup> (Lei 10.741/03), mais recentemente, legitimou a OAB para o ajuizamento de ações coletivas fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Com efeito, se as leis que dão origem ao processo coletivo formam um microsistema legal, de aplicação solidária e subsidiária – razoável que se reconheça a legitimidade da OAB para o ajuizamento de quaisquer espécies de direitos *lato sensu*.

Portanto, conclui-se que se a OAB pode propor ação civil pública e se a ação civil pública é uma espécie de demanda coletiva e pode ser proposta para a defesa dos interesses e direitos coletivos, tem-se que legitimada está a Ordem dos Advogados do Brasil para propor ação coletiva em defesa de interesses difusos e coletivos, independentemente do objeto estar vinculado as suas finalidades institucionais. E, nesse sentido, tem-se, portanto, que a legitimidade que se reconhece ao Conselho Federal da OAB ao ajuizamento das ações coletivas também alcança os Conselhos Seccionais, uma vez que o art. 57 da Lei 8.906/94

<sup>125</sup> Art. 210, III, ECA. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

(...) III – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

<sup>126</sup> Art. 81, Lei 10.741/03. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

(...) III – a Ordem dos Advogados do Brasil.

estabelece que os Conselhos Seccionais exerçam, no seu respectivo território, as competências atribuídas ao Conselho Federal.

### **3.5 A garantia do mínimo existencial como pressuposto à intervenção do Judiciário nas políticas públicas**

Inicialmente é necessário discorrer aqui sobre a dignidade da pessoa humana que está elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme preceitua seu art. 1º, III. Isso revela que o ser humano foi colocado pelo constituinte originário como objetivo central de todo o ordenamento constitucional, fundamentando e orientando todo o sistema, de forma que este esteja totalmente voltado para a sua efetiva proteção<sup>127</sup>.

Atualmente, a dignidade humana tem sido definida como um princípio informador do Direito, desempenhando papel de extrema importância na vida econômica e social dos indivíduos. E sabendo que a finalidade do Direito e do Estado é de servir e resguardar o homem, o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se um meio de alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo da ação nociva de seus semelhantes, de si mesmo e do próprio Estado.

Nelson Rosenvald<sup>128</sup> entende que a dignidade da pessoa humana “é simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito”. Partindo desse raciocínio, a dignidade humana coloca o homem no vértice do ordenamento jurídico, centralizando toda a atividade estatal. Tem assim, caráter orientador e se desdobra em duas dimensões: uma negativa e outra positiva, que segundo o próprio autor Nelson Rosenvald<sup>129</sup> aquela significa “a imunidade do indivíduo a ofensas e humilhações, mediante ataques à sua autonomia por parte do Estado e da sociedade”. Por outro lado, a dimensão positiva importa em “reconhecimento da

---

<sup>127</sup> Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que: “Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123-124.

<sup>128</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

<sup>129</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9-10.

autodeterminação de cada homem, pela promoção de condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que impeçam uma vida digna”.

A partir dessa dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana é que se encontra a noção do mínimo existencial a ser resguardado pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o mínimo existencial vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover<sup>130</sup>, “o mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado”. (grifo da autora).

A garantia do mínimo existencial é, portanto, corolário da dignidade da pessoa humana. Ana Paula de Barcellos<sup>131</sup> assegura que o chamado mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência e corresponderia a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica<sup>132</sup>.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que o princípio da dignidade da pessoa humana integra toda a lógica dos direitos fundamentais, sendo que cada direito fundamental, em maior ou menor grau, objetiva a proteção da dignidade humana. Cumpre observar, entretanto, que para essa proteção se efetivar devem ser assegurados padrões mínimos de segurança jurídica no campo normativo dos direitos fundamentais, mais especificamente no que tange aos direitos sociais de prestação.

---

<sup>130</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132.

<sup>131</sup> “O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões públicas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.304-305.

<sup>132</sup> Para Luís Roberto Barroso, “*eficácia jurídica positiva ou simétrica* é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. Embora sua enunciação seja bastante familiar, a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal”. (grifos do autor). BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.379.



Kazuo Watanabe<sup>133</sup> defende que o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos sociais, apesar de dizer que a fundamentalidade desses mesmos direitos sociais não esteja reduzida ao mínimo existencial que, para esse autor seria o “núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância”. E continua dizendo que para implementar todos esses direitos, mesmo que limitados ao mínimo existencial, “são necessárias prestações positivas que exigem recursos públicos bastante consideráveis”.

Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover<sup>134</sup>:

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.

O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.

Dentro desse contexto, para a satisfação plena dos direitos sociais de prestação em favor da dignidade humana, o Estado deve não somente reconhecer o gozo e o exercício desses direitos, mas, também, vedar a edição de medidas legislativas que importem na redução, anulação ou revogação do núcleo essencial já reconhecido aos indivíduos. É o que a doutrina convencionou nominar de “princípio da proibição do retrocesso social<sup>135</sup>”.

Segundo essa ideia de vedação do retrocesso, após a concretização dos direitos sociais prestacionais em nível infraconstitucional, eles assumem o caráter de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, de tal forma que não mais se encontram na esfera de disponibilidade do legislador ordinário, tornando-se direitos adquiridos que não podem mais ser suprimidos ou reduzidos<sup>136 137</sup>.

<sup>133</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas** – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>134</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 468.

<sup>136</sup> Sobre a utilidade desse princípio, Ingo Wolfgang Sarlet exemplifica: “Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (...), seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos

Partindo sempre da premissa de que as normas constitucionais devem constituir um conjunto harmônico, pode-se afirmar que o princípio da proibição do retrocesso social vem ao encontro da noção de máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, e que decorre, principalmente, da necessidade de se inviabilizar quaisquer tentativas de reduzir os padrões mínimos exigidos para uma existência digna.

Por tudo isso, não é demais reafirmar que a garantia da dignidade humana revela o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais do indivíduo. Sem a proteção da existência humana digna, perdem a razão de ser o Estado, o Direito como ciência, as leis como pacificadoras da ordem social e toda a evolução teórica dos direitos fundamentais. Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>138</sup>, esse padrão mínimo de existência digna estaria ligado à prestação dos recursos materiais necessários para a garantia do salário-mínimo, assistência social, educação, previdência social e saúde. Mas sabe-se que é difícil delimitar os componentes do mínimo existencial, sendo praticamente impossível precisar sua extensão<sup>139</sup>.

Apesar disso, Ana Paula de Barcellos<sup>140</sup> tem a opinião de é perfeitamente possível e também desejável que seja construído os sentidos próprios de cada direito, tanto pela doutrina quanto por precedentes judiciais, propondo “*standards* específicos” que sejam capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, aquilo que é possível sofrer restrição e em quais circunstâncias isso pode acontecer. Segundo a autora,

---

constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 442.

<sup>137</sup> Por sua vez, Luís Roberto Barroso, ao comentar o assunto, aponta aspectos relevantes: “A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”. BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.380.

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 329-330.

<sup>139</sup> O “**mínimo existencial**”, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país. O que hoje, pelas condições existentes, pode não ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato, segundo o desenvolvimento do país. WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>140</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 145.

“esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas”.

Portanto, o importante é que a proteção da dignidade humana através da garantia do mínimo para uma existência adequada é o ponto de partida para a efetividade dos direitos sociais de prestação. Sempre que os entraves de competência legislativa e previsão orçamentária esbarrarem em situações capazes de colocar em risco a dignidade humana, estar-se-á diante de um direito subjetivo de se exigir prestações estatais, sob pena de afronta a todos os conceitos e valores que envolvem o Estado Democrático de Direito.

### **3.6 Limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas**

É preciso reconhecer que a função jurisdicional possui limitações, e que cabe principalmente aos Poderes Executivo e Legislativo a decisão sobre escolhas políticas. Como já demonstrado até aqui, parece mesmo inevitável a politização do Poder Judiciário e a restrição da margem de discricionariedade do Poder Público e da liberdade do administrador diante do caso concreto. Apesar disso, a intervenção jurisdicional não pode ser indiscriminada, possuindo, portanto, limitações decorrentes da sua própria natureza e do formato do modelo processual civil atualmente vigente.

Assim, a intervenção jurisdicional deve ocorrer em casos excepcionais, ou seja, naqueles em que restar comprovada a ilegalidade e/ou o desvio de finalidade/poder na atuação do administrador público. A atividade jurisdicional, desse modo, deve-se pautar, sempre por um critério de razoabilidade ou proporcionalidade, além de verificar a disponibilidade orçamentária para a política pública que pretende ver garantida.

O Poder Judiciário assume um papel primordial para fazer valer os direitos fundamentais pré-fixados na Constituição da República Federativa do Brasil, em casos de inoperância do, a princípio, Poder competente. Não obstante esta conclusão, o fato é que existem certas limitações a esta ação jurisdicional, notadamente em se tratando do controle judicial de políticas públicas voltadas ao cumprimento forçado de ações positivas do Estado.

A necessidade de regulação e contenção do exercício do poder pelo Estado e pelos demais polos de poder dominantes na sociedade demonstra que a função jurisdicional igualmente deve ter seus limites fixados.

Historicamente, tais limites pareciam bem estabelecidos, tendo em vista a natureza “passiva” da atuação do Judiciário, agindo apenas quando provocado, pela natureza “garantista” de sua intervenção em prol das liberdades civis e políticas ou mesmo pelas técnicas processuais exigidas para sua atuação em casos individuais.

Todavia, se aqueles limites atendiam à configuração da sociedade, do Direito e da democracia já não mais presentes em sua integralidade, novos parâmetros devem ser reconhecidos, a fim de promover aqueles valores e princípios em cujo nome o Judiciário é autorizado a atuar.

A atividade judicial, em consequência do seu papel prestacional dos direitos, tem potencial de controle (ou intervenção) na atividade estatal relativa a políticas públicas. Nas palavras de Osvaldo Canela Júnior<sup>141</sup>:

Ao exercer o controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de expressão do poder estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no art. 3º da Constituição da República. Por consequência, o Poder Judiciário não paralisará a atividade declaratória de lesão ao direito por invocação da teoria da “reserva do possível”, mas aplicará o princípio da proporcionalidade para manter a integralidade do sistema jurídico, conferindo às populações marginalizadas o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Em geral, na análise dos julgamentos e estudos a respeito do controle judicial das políticas públicas, encontra-se referência aos limites da reserva do possível e da razoabilidade, além da averiguação se se trata de mínimo existencial (entendido aqui neste trabalho não como limite e sim como pressuposto da atividade jurisdicional conforme já demonstrado).

Importante lembrar que apesar da expressão “limites” poder reforçar a ideia de impedimento ao controle jurisdicional, não é esse o sentido que deve ser empregado. Trata-se, na verdade, de orientação para demarcação das áreas de competência e sua extensão para a atuação jurisdicional, porque, muitas vezes, a de atuação é conjunta e não excludente. Além disso, a indeterminação dos conceitos empregados exige uma análise pontual e não permite, em regra, a aceitação de limites absolutos.

Dessa forma, será visto a seguir que a reserva do possível refere-se à necessidade de verificação da disponibilidade orçamentária do Estado para a implementação de determinada política pública. E que a razoabilidade (ou proporcionalidade) recomenda que as ações praticadas estabeleçam justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem

---

<sup>141</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a “reserva do possível”**: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235.

alcançados, constituindo, ambos, nos limites a serem observados pelo Judiciário na implementação de políticas públicas. Nesse sentido, os limites que ora serão estudados são necessários e suficientes para coibir os excessos e abusos que podem ocorrer na intervenção judicial em políticas públicas<sup>142</sup>.

Portanto, esses limites expressam as principais referências a considerar na avaliação do controle jurisdicional de políticas públicas; seja porque inafastável o limite objetivo, expresso nas condições materiais que o Poder Público e o próprio Estado têm para atendimento da população e concretização dos objetivos constitucionais, seja em razão da necessidade de garantir sua efetividade diante do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da incontornável ponderação exigida entre os diversos princípios constitucionais, a fim de que a Administração, como um todo, obtenha o melhor resultado possível para a população, com os recursos disponíveis.

### 3.6.1 A razoabilidade

O princípio da razoabilidade, conforme explica Luís Roberto Barroso<sup>143</sup> “tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz, remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215”. Entretanto, continua o autor, “na modernidade, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana”. Isto é, as referidas emendas consagraram a cláusula do *due process of law*<sup>144</sup> ou devido processo legal.

---

<sup>142</sup> Ensina Luís Roberto Barroso: “(...) este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia. Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, **o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes**” (grifos nossos). BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf> Acesso em: 01 ago. 2014.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

<sup>144</sup> A 5ª emenda à Constituição americana estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”, no entanto, a norma vinculava apenas o governo federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21-07-1868, após a Guerra Civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”

Diferentemente do princípio da proporcionalidade, que se originou e desenvolveu-se na Alemanha, a consagração do princípio da razoabilidade remonta do direito Norte Americano, mais especialmente da cláusula do devido processo legal.

A cláusula do *due processes of law* desde sua origem na Inglaterra medieval, até a primeira metade do século XX, foi aplicada apenas como garantia processual. Após a segunda metade do século XX, depois da Segunda Guerra Mundial, a Suprema Corte norte-americana visando limitar o intervencionismo estatal (*Welfare State*) e a arbitrariedade legislativa, começou a conceber o *due process of law* como instrumento de controle dos atos normativos<sup>145</sup>. Assim, além da dimensão processual surge a dimensão substantiva ou *substantive due process*<sup>146</sup>.

É dessa concepção substantiva ou material do devido processo legal que deriva a noção de razoabilidade. É através do *substantive due process* que se fundamenta o controle de razoabilidade das leis e dos atos normativos de todos os Poderes Públicos<sup>147</sup>.

Assim como o princípio da proporcionalidade, é mais fácil entender, do que definir e conceituar o princípio da razoabilidade. Primeiro, porque se trata de um princípio bastante complexo e aberto, segundo porque não há um consenso na jurisprudência e na doutrina, especialmente no Brasil, quanto à equivalência ou não dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil, há uma tendência entre os autores<sup>148</sup> e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>149</sup> de considerar sinônimos e equivalentes os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, havendo uma relação de fungibilidade entre os mesmos<sup>150</sup>. É o que parece ser o entendimento de Ada Pellegrini Grinover<sup>151</sup> ao dizer que “a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade”.

---

(transcrito de BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224).

<sup>145</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 184.

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.

<sup>147</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 184.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230 e MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 83.

<sup>149</sup> A título de exemplo: ADI 223, DJ 29.06.1990, p. 6.218; ADI 855, DJ 01.10.93, p. 20.212; HC 76.060, DJ 15.05.1998, p. 44; AgRg no AI 455.244, DJ 02.09.2005, p. 36.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

Na verdade há uma grande imprecisão entre os autores que não definem e delimitam o conceito de cada princípio, o que acaba por reduzir o princípio da proporcionalidade a um mero exame de razoabilidade restrito a análise do devido processo legal<sup>152</sup>.

Entretanto, esse entendimento não é unânime, havendo objeção a esta ideia<sup>153</sup>. Luís Roberto Barroso<sup>154</sup><sup>155</sup> compila uma porção de definições elaboradas por outros autores a respeito da razoabilidade que, dissociada do princípio da proporcionalidade, sempre a relacionam com a ideia de equilíbrio, equidade e justiça e, segundo ele o princípio da razoabilidade “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça<sup>156</sup>”. E continua dizendo ser “razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia<sup>157</sup>; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum<sup>158</sup>, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

Humberto Ávila<sup>159</sup> desenvolve argumentos mais objetivos e seguros ao definir a razoabilidade, diferenciando-a da proporcionalidade. Para o autor “o princípio da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Executivo escolham para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”.

Já a razoabilidade trata do “dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) e atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem

<sup>151</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

<sup>152</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 167.

<sup>153</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 161; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 25-26; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 163-171.

<sup>154</sup> Apesar de para o referido autor não haver distinção entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade.

<sup>155</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230-231.

<sup>156</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves citada por BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

<sup>157</sup> BIELSA, Rafael citado por BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

<sup>158</sup> QUINTANA, Linhares citado por BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

<sup>159</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 161.

ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto<sup>160</sup>”.

No entanto, se for considerado a ideia de Humberto Ávila de que o princípio da razoabilidade deve ser aplicado diante de um caso concreto a fim de harmonizar a regra geral àquele caso, considerando as peculiaridades da situação concreta, evitando assim injustiças, poder-se-ia afirmar que a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a ponderação de bens, inclui o exame da razoabilidade, ficando assim muito difícil de dissociar o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade.

Enfim, a divergência entre a doutrina e a jurisprudência permanece. Conforme dito, não há um consenso a respeito da definição do princípio da razoabilidade, se a mesma é sinônima da proporcionalidade ou não, e aqui não é necessário se ater tanto a essa diferenciação, tomando-se como parâmetro apenas que, independentemente dessa divergência, o importante é que no contexto do Estado Democrático de Direito, tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da razoabilidade, quer sejam considerados sinônimos ou não, sejam observados pelo Estado, servindo de verdadeiro instrumento de limitação de seu poder, garantindo, assim, o respeito aos direitos fundamentais.

A ideia de proporcionalidade e sua aplicação estão atualmente ligadas ao Direito Constitucional Contemporâneo e à teoria dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à limitação dos direitos fundamentais pelo Estado e à colisão desses direitos diante de um caso concreto<sup>161</sup>.

No entanto, não se pode dizer que o princípio surgiu com o Direito Constitucional, muito pelo contrário, a ideia de proporcionalidade é bem anterior. Sua análise inicia-se na Alemanha, no âmbito do Direito Administrativo durante o século XIX, como uma forma de limitar o poder de polícia do Estado e de sua discricionariedade.<sup>162</sup> Afirma Jorge Miranda<sup>163</sup> que a proporcionalidade “no Direito Administrativo aparece inseparável da problemática das

<sup>160</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 161.

<sup>161</sup> Segundo explica Luís Roberto Barroso o princípio da proporcionalidade trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375).

<sup>162</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

<sup>163</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. IV: direitos fundamentais, p. 280.



medidas coactivas e ablativas, como as de polícia e as de requisição e expropriação por utilidade pública”.

Contudo, o princípio da proporcionalidade somente começa a ser aplicado no Direito Constitucional em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em razão da extrema necessidade de limitação do poder do Estado, configurando-se, assim, em um instrumento limitador do poder estatal; e ainda em razão do declínio no pós-guerra da legalidade estrita que teve seu apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar<sup>164</sup>.

Antônio Wilson Steinmetz<sup>165</sup> explica muito bem o desenvolvimento do exame da proporcionalidade no Direito Constitucional alemão, que segundo ele “será no segundo pós-guerra que o princípio se desenvolverá amplamente, em razão de que a jurisprudência e a doutrina alemãs justificarão o princípio da proporcionalidade com base na LF<sup>166</sup>. É dizer: o princípio adquire *status* de princípio constitucional”.

Assim, a partir da década de cinquenta, o exame da proporcionalidade passa a ser amplamente aplicado no Direito Constitucional, alcançando valor de princípio constitucional, tendo sido reconhecido e recepcionado pelo ordenamento jurídico de grande parte dos países ocidentais, dentre eles o Brasil. Em razão de seu enorme reconhecimento, Steinmetz<sup>167</sup> afirma que “atualmente, o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito”.

Apesar do princípio da proporcionalidade ter sido consagrado pela doutrina e jurisprudência dos Estados de Direito<sup>168</sup>, no entanto, ainda persistem muitas divergências no que diz respeito a sua definição<sup>169</sup> e natureza, se se trata de princípio<sup>170</sup>, critério<sup>171</sup> ou postulado<sup>172</sup>, e ainda quanto aos seus critérios de aplicação ou subprincípios.

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 398.

<sup>165</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146.

<sup>166</sup> LF é a abreviação de Lei Fundamental, que na Alemanha corresponde à Constituição Federal, lei maior do Estado, promulgada em 23 de maio de 1949.

<sup>167</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 147.

<sup>168</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 402.

<sup>169</sup> No Brasil, dentre muitos outros, tratam da proporcionalidade: Ávila, 2010, p. 161-178; Barros, 2003; Barroso, 2009, p. 224-253, 374; Bonavides, 2010, p. 392-436; Guerra Filho, 2001; Mendes, 2000; Rothemburg, 2008; Sarmento, 2001, p. 35-98; Steinmetz, 2001, p. 139-172.

<sup>170</sup> Conforme ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116-117.

<sup>171</sup> Conforme DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 161.

<sup>172</sup> Conforme ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 163.

Paulo Bonavides<sup>173</sup> explica que “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade”.

Dimoulis e Martins<sup>174</sup> entendem que a proporcionalidade não constitui princípio. Para os autores “a proporcionalidade deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização dos direitos fundamentais, principalmente colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal”.

Dessa forma, para os referidos autores, a proporcionalidade é um método que será aplicado para analisar se a intervenção Estatal, seja ela legislativa ou executiva na área de proteção dos direitos fundamentais, se justifica na medida em que o propósito perseguido com a limitação dos direitos fundamentais é lícito, bem como o seu meio, além de analisar a adequação e a necessidade do meio utilizado.

Já Humberto Ávila<sup>175</sup> entende que proporcionalidade é um postulado normativo “que serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público”. O autor define o postulado como “metanormas de aplicação de outras no caso de experiências conflituosas ou recalcitrantes ocorridas no plano concreto e de eficácia<sup>176</sup>”.

Portanto, na definição de Ávila<sup>177</sup> “postulados normativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas de sobre aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”. E continua o autor explicando que “sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas”.

Dessa forma, Humberto Ávila entende que a proporcionalidade como postulado determina, através da instituição de critérios, como outra norma, seja ela regra ou princípio, será interpretada e aplicada. Segundo o autor, no caso da proporcionalidade, os critérios que devem ser considerados para a aplicação de determinada norma são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 395.

<sup>174</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 161-171.

<sup>175</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 163.

<sup>176</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 178.

<sup>177</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 124.

Quanto à doutrina mais recente, não se pode deixar de falar do alemão Robert Alexy<sup>178</sup>. Para o autor há uma ligação direta entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Por outro lado, no Constitucionalismo moderno, superado o positivismo jurídico que imperou até a primeira metade do século XX, os princípios de direito adquirem força normativa,<sup>179</sup> assumindo grande importância no Direito Constitucional uma vez que “constituem mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam<sup>180</sup>”.

Assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, em que o Poder do Estado é limitado pelos direitos fundamentais, a proporcionalidade alcança *status* jurídico de princípio constitucional, razão pela qual a jurisprudência de vários países e a doutrina “buscam consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição<sup>181</sup>”.

O Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais representam verdadeiro óbice à atuação do Estado, que deve conformar suas ações aos interesses coletivos. Assim é que, qualquer limitação estatal, especialmente do Poder Legislativo, aos direitos fundamentais, para que seja considerada constitucional, deve ser proporcional<sup>182</sup>.

Dessa forma, essa vinculação do Estado aos direitos fundamentais “obrigou o Poder Judiciário a encontrar um critério para avaliar as intervenções estatais, que dificultem ou

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

<sup>180</sup> Celso Antônio Bandeira de Melo citado por SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

<sup>181</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 396.

<sup>182</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 160.

impeçam o exercício destes direitos, decidindo que tais intervenções somente são admitidas na medida em que respeitem o princípio da proporcionalidade<sup>183</sup>”.

Além de aplicar o princípio da proporcionalidade para avaliar as limitações impostas pelo Estado, seja em sua função Legislativa ou Executiva, aos direitos fundamentais, o princípio é aplicado ainda para solucionar uma colisão de direitos fundamentais, que se dá em concreto. Portanto, para que seja possível compreender o princípio da proporcionalidade, é necessário identificar e analisar seus subprincípios e a sua forma de concretização.

Conforme o princípio foi sendo aplicado pelo Tribunal Alemão<sup>184</sup> e desenvolvido pela doutrina, foi “constatada a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade<sup>185</sup>”. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita.

É importante esclarecer que a identificação dos três elementos do princípio da proporcionalidade, através de sua decomposição, “tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado<sup>186</sup>”.

Isso significa que para que o julgador aplique na prática o princípio da proporcionalidade, a fim de verificar se uma medida legislativa, por exemplo, é proporcional, basta analisar os três elementos fundamentais do princípio da proporcionalidade, verificando nesta ordem, se a medida é adequada, necessária e proporcional no sentido estrito, que ao final, caso as respostas sejam todas positivas, poderá o juiz concluir com segurança pela proporcionalidade da intervenção estatal.

O elemento da adequação “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”.

O segundo elemento ou subprincípio da necessidade é também conhecido como princípio da exigibilidade, da intervenção mínima, da menor ingerência possível<sup>187</sup>. Segundo

<sup>183</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 160.

<sup>184</sup> O constitucionalista alemão Grabitz (citado por BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 403-404) “refere que o Tribunal Constitucional da Federação Alemã congrega os três elementos parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita – debaixo da expressão conjunta de proporcionalidade (...)”.

<sup>185</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 396.

<sup>186</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

<sup>187</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

Humberto Ávila<sup>188</sup> “um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais”.

A importância em analisar qual o meio menos gravoso para atingir o fim pretendido com a medida estatal interventiva decorre do fato de que “o exame da adequação permite aceitar uma ampla gama de meios interventivos acarretando o risco de permitir medidas que, intuitivamente, parecem desproporcionais<sup>189</sup>”. Isto é, para verificar se uma medida é proporcional não basta fazer o exame da adequação apenas, é preciso analisar em seguida se apesar de adequada, o meio escolhido é necessário e, após, partir para o exame do último elemento, o da proporcionalidade em sentido estrito.

Os dois primeiros subprincípios do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade, podem ser aplicados tanto em uma análise abstrata das normas que restringem os direitos fundamentais, bem como na solução de conflitos entre direitos fundamentais em concreto. Apesar disso, no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, esta só ocorre diante da colisão de direitos fundamentais, sejam eles direitos individuais ou coletivos.

A colisão de direitos fundamentais ocorrerá quando, diante de um caso concreto, os direitos fundamentais entrarem em choque, em conflito, não sendo possível, assim, verificar a realização plena, harmônica e simultânea dos direitos fundamentais de diferentes titulares<sup>190</sup>.

O terceiro e último elemento, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, segundo Jorge Miranda<sup>191</sup> “equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correcta avaliação da providencia em termos quantitativos, de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido”. Isto é, continua o referido autor, “se não se respeitar o primeiro dos subprincípios – outro tanto é dizer o primeiro dos requisitos de actuação do poder público – haverá arbítrio. Se não se verificarem os outros dois excessos<sup>192</sup>”.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 161.

<sup>189</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 194.

<sup>190</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 20.

<sup>191</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. IV: direitos fundamentais, p. 285.

<sup>192</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. IV: direitos fundamentais, p. 285.

Este subprincípio corresponde à “ponderação de bens propriamente dita<sup>193</sup>”, preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e o ônus que ela acarreta aos seus destinatários<sup>194</sup>, ou seja, no exame da ponderação de bens, deve-se avaliar se apesar da restrição aos direitos fundamentais gerada pelo meio escolhido, ao final, a medida apresentará maiores vantagens aos seus destinatários do que desvantagens<sup>195</sup>.

A utilização do critério da proporcionalidade em sentido estrito sugere o uso da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, avaliando o respectivo peso<sup>196</sup> e devendo prevalecer aquela medida que, na situação concreta, apresente maior benefício logrado com a restrição imposta, de maneira que compense o grau de sacrifício imposto ao direito fundamental do destinatário da norma.

Daniel Sarmento<sup>197</sup> conclui afirmando que “para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona”.

É importante lembrar que o princípio da proporcionalidade não está mencionado de maneira expressa no texto da Constituição Federal de 1988. No entanto, não se pode afirmar que o mesmo não esteja previsto de forma implícita e esparsa na Lei Maior. Isso porque apesar de não estar escrito expressamente na Constituição, o princípio da proporcionalidade decorre dos próprios fundamentos desta, uma vez que, protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais<sup>198</sup>.

Paulo Bonavides<sup>199</sup> exalta a importância do princípio da proporcionalidade e afirma que “em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move, sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas”.

<sup>193</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

<sup>194</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.

<sup>195</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

<sup>196</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 202.

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.

<sup>198</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 434.

<sup>199</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 434.

A Constituição Federal de 1988 adota em várias normas “expressões nítidas e especiais de proporcionalidade<sup>200</sup>” sem, no entanto, explicitá-lo, o que confirma o reconhecimento pela Constituição do princípio da proporcionalidade.

Alguns exemplos do reconhecimento ao princípio da proporcionalidade é o que se extrai dos incisos V, X e XXV do artigo 5º sobre direitos individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do artigo 7º sobre direitos sociais; inciso IX do artigo 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; inciso V do artigo 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; incisos II e IX do artigo 129 sobre as funções constitucionais do Ministério Público.

Independentemente dos argumentos utilizados para fundamentar a previsão constitucional do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, se se trata de um princípio decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, ou se o mesmo deriva do devido processo legal, fato é que, mesmo que de forma implícita, o princípio da proporcionalidade está consagrado pela Constituição Federal e, portanto, possui normatividade, devendo ser reconhecido e aplicado pelo Poder Judiciário.

Ademais, é importante destacar a regra insculpida no §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é uma norma que “abrange a parte não-escrita dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra que fazem inviolável a unidade da Constituição<sup>201</sup>”.

Felizmente, atentos a esta tendência atual do constitucionalismo e da importante ferramenta de limitação do arbítrio do Poder Público que é o princípio da proporcionalidade, os juízes e tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal<sup>202</sup>, tem aplicado constantemente o princípio da proporcionalidade/razoabilidade para fundamentar suas decisões, o que acaba por fortalecer o referido princípio e como consequência os direitos fundamentais.

---

<sup>200</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 434.

<sup>201</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 436.

<sup>202</sup> RTJ, 145:101, 1993, ADI 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence; RDA, 196:103, 1994, RE 174.548-7-AC, rel. Min. Carlos Velloso; RTJ, 160:676, 1997, RE 156.972-PA, rel. Min. Carlos Velloso; RDA, 199:153, 1995, R0 em MS 21.045-5-DF, rel. Min. Celso de Mello; RTJ, 158:697, 1996, AI 157.644 (AgRg), rel. Min. Moreira Alves; RDA, 194:299, 1993, e RTJ, 152:455, 1995, ADI 855-2-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Enfim, pode-se afirmar que diante do Constitucionalismo moderno e à luz da teoria dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade no contexto do Estado Democrático de Direito, pode ser definido como princípio constitucional que visa fiscalizar e limitar a atuação do poder estatal, seja ele legislativo, executivo ou judiciário, verificando, através da aplicação de seus três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o vínculo do Estado aos direitos fundamentais, observando se a intervenção do Estado nesses direitos, é proporcional, ainda que este esteja autorizado a limitar o exercício de um direito fundamental.

E, no que se refere especificamente à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, utilizando as regras de proporcionalidade e razoabilidade, conclui-se que o juiz deverá analisar cada caso concreto, averiguando se o administrador público (Poder Executivo) ou se o legislador (Poder Legislativo) agiu conforme os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, conforme preceitua a Constituição Federal. Deverá o Poder Judiciário verificar se houve razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público e se a escolha feita por este último não foi desarrazoada.

### **3.6.2 A reserva do possível**

A ideia da reserva do possível é uma construção jurídica germânica inserida numa realidade totalmente diferente da brasileira. Essa ideia traduz-se na afirmação segundo a qual os direitos sociais e prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. A doutrina brasileira vem aceitando essa limitação da reserva do possível como óbice ao reconhecimento dos direitos originários à prestação. No entanto, aceitar esse óbice como absoluto seria a total negação da efetividade dos direitos fundamentais.

As prestações materiais objeto das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais exigem prioridade na distribuição de recursos orçamentários, daí porque o Judiciário ao decidir desse modo, em atendimento ao que se depreende da Constituição, não poderá usurpar da competência do Legislativo no que diz respeito à distribuição desses recursos<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> “Não é nenhuma novidade no direito brasileiro de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida por inconstitucionalidade uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um preceito fundamental do contribuinte, ele está de certa forma interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial. Em suma, nem a reserva do possível, nem a reserva de competência



Assim, este outro obstáculo comumente apontado para inibir o Poder Judiciário de controlar políticas públicas é a chamada “reserva de cofres públicos” ou “reserva do possível”. O óbice é posto, em especial, no concernente a ações positivas do Estado, como limitador à atuação do órgão estatal. Afirma-se que não há maneira para impor-se ao Poder Público a obrigação de atuar em determinado sentido, porque pode haver restrições de ordem material e, especialmente, orçamentárias que impeçam este agir. E, considerando que o orçamento é limitado e que cabe ao poder discricionário do Estado a escolha da prioridade dos investimentos, não poderia o Poder Judiciário substituir-se aos legítimos administradores, para ditar a forma como o dinheiro público deve ser prioritariamente gasto. Desse modo, os direitos (todos eles) estariam condicionados, em sua realização pelo Poder Público, às capacidades financeiras do Estado, o que tornaria esta realização intocável pelo Poder Judiciário.

A reserva do possível, inquestionavelmente, constitui mesmo um limite à atuação judicial. De fato, pouco resolve o magistrado impor ao Estado determinada prestação fática, quando este puder escudar-se com a afirmativa de carecer de recursos materiais para cumprir a determinação judicial. Estar-se-ia diante de decisão fadada à frustração, já que não seria realizada, nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação.

Não obstante tais considerações, embora se reconheça a importância da cláusula da reserva do possível como limitador à atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas, deve-se notar que este elemento não pode ser considerado como um impedimento total.

Realmente, embora o Poder Judiciário não tenha a autoridade de impor ao Estado determinada prestação quando este não disponha dos meios materiais para a consecução daquela conduta, isso não significa a imutabilidade geral dos atos de governo, sob o simples argumento da ausência de disponibilidade financeira para tanto. Assim deve ser porque, conquanto os limites orçamentários possam constituir elemento de preocupação na imposição de políticas públicas ao Estado, tais políticas, muitas vezes, realizam garantias fundamentais, a cuja concretização se comprometeu o próprio Estado em seu estatuto constitucional<sup>204</sup>.

---

orçamentária do legislador, podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações”. CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 320-321.

<sup>204</sup> É nesse sentido a lição de Ada Pellegrini Grinover ao dizer que: “Em primeiro lugar, não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los”. E continua a autora: “O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão

Diante disso, considerando que tais políticas muitas vezes revelam a efetivação de garantias previstas na Constituição Federal, como direitos fundamentais, a falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outro fim – não pode tornar “letra morta” a determinação constitucional, nem permite anular a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para o Poder Público (seja ele o Executivo, o Legislativo, ou mesmo o Judiciário).

Na realidade, importante lembrar que os direitos fundamentais admitem concreção gradual, de forma que podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de cada Estado. Esta implementação gradual, todavia, não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa este furtar-se de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam.

Na realidade, o limite do possível constitui uma barreira concreta para a realização de prestações pelo Estado. Quando, porém, estas prestações assumem caráter constitucional – de direitos fundamentais (de cunho social) – elas, porque admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis. Mais que isso, por se tratarem de direitos fundamentais, representam opções vinculativas do constituinte para o legislador infraconstitucional. Desse modo, estes interesses somente podem ser restritos – ainda que por conta da reserva do possível – na medida em que esta restrição atenda a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios.

De toda forma, e também por conta da aplicação desse critério, sempre será necessário preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão, já que isso constitui uma das premissas da proporcionalidade. Assim, mesmo diante da reserva do possível, jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental. Sempre será exigível – ainda diante da reserva do possível – a preservação de um mínimo vital (direito fundamental mínimo) correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna, conforme já visto anteriormente.

Assim, sempre será possível o controle judicial das políticas públicas – mesmo diante da reserva do possível – quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos. Idêntica posição se pode exigir do Poder Judiciário, a toda evidência, quando o argumento da reserva

---

orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o § 5º do art. 461 do CPC servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

do possível não encontrar respaldo concreto, ou seja, quando o Estado dele se valha apenas para deixar de garantir interesse relevante. Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade evidentemente menos importante do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o Estado.

Por derradeiro, importante lembrar que esse mesmo posicionamento já foi explicitamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF<sup>205</sup>, ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a reserva do possível, mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente. Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental.

A reserva do possível não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Como ressalta o Min. Celso de Mello:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004. Diário de Justiça, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 18. Ago. 2012.

Diante de todos estes argumentos, conclui a decisão no sentido de que:

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

Embora a decisão final dessa ADPF 45 tenha sido no sentido de considerar prejudicado o pedido – diante da implementação da política por lei posterior – o teor da decisão merece referência, diante de sua sintonia perfeita com o que se disse até aqui. Precisamente esta é a ideia que rege a aplicação do princípio em questão. Não obstante possa ele configurar elemento de limitação à atividade jurisdicional, este limite não é absoluto, cabendo ao Poder Judiciário não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do mínimo essencial pelo Estado.

E nesse sentido é preciso que o juiz se atente ao planejamento feito pelo administrador para que uma nova política pública seja implementada. Isso quer dizer que deve o juiz averiguar e acompanhar o cumprimento de suas próprias decisões, garantido a exequibilidade das mesmas<sup>206</sup>.

Gregório Assagra de Almeida<sup>207</sup> comunga do entendimento que a reserva do possível é uma falácia, citando Américo Bedê Freire Júnior, e segue afirmando que:

A questão gira em torno da análise concreta do desrespeito à Constituição pelo Poder Público e da necessidade de implementação de direito social fundamental.

<sup>206</sup> Sobre esse papel do juiz, Ada Pellegrini Grinover relata: “Nessa visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 139.

<sup>207</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey: 2008, p. 467-468.

Não é razoável, nem constitucional que o Poder Público deixe de fornecer medicamentos, salvando vidas de pessoas, sob a alegação de falta de reserva orçamentária. Não é razoável que o Poder Judiciário deixe de providenciar a reforma em determinado sistema penitenciário, em que presos estão morrendo, sob a alegação de falta de previsão orçamentária. Não é razoável e constitucional que o Poder Judiciário deixe de fixar obrigação específica ao Poder Público de construir uma creche em determinada localidade, em relação à qual foi apurada a sua real e premente necessidade, sob a alegação de falta de previsão orçamentária, com fundamento na denominada “teoria da reserva do possível”. A principal função do Poder Judiciário, sendo esta a sua especificação funcional, é fazer cumprir a Constituição, especialmente no plano dos direitos fundamentais sociais, em relação aos quais estão intimamente ligados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88).

No mesmo sentido, Osvaldo Canela Júnior<sup>208</sup> entende ser perfeitamente possível ao Poder Judiciário intervir no orçamento para que seja assegurado os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, dizendo, inclusive, que a teoria da reserva do possível é característica do Estado Liberal, não se associando, portanto, ao Estado Social.

Logicamente, está-se aqui diante de conceitos vagos, a serem preenchidos diante do caso concreto. Todavia, tais elementos ao certo poderão servir de norte na atuação judicial do controle de políticas públicas, não tendo cabimento, enfim, invocar a cláusula da reserva do possível como elemento que inviabilize, por completo, a investigação judicial das práticas públicas.

### **3.7 A omissão do Estado quanto à implementação de políticas públicas relativas à proteção da criança e do adolescente**

A vulnerabilidade social da criança e do adolescente fica evidente, em primeiro plano, pela sua condição de pessoa em formação, que depende do auxílio e da orientação de um adulto para seu desenvolvimento sadio. No Brasil, este quadro se revela mais acentuado

---

<sup>208</sup> “(...) se o Estado social constata a insuficiência de receita para a consecução de seus fins, não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos. Caso os Poderes Executivo e Legislativo não promovam as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, resta ao Poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas. (...) O Poder Judiciário, cumprindo sua missão jurídica, política e social, alinhado com a ideologia da Constituição Federal de 1988, calcada em um Estado social de Direito, ciente da concepção programática de orçamento, não paralisa sua atividade declaratória de lesão aos direitos fundamentais por alegada insuficiência de recursos do Estado. Ao revés, harmonizando-se com os fins do Estado brasileiro (CF, art. 3º), declara a violação a direito fundamental, seja por ação ou por omissão das demais formas de expressão do poder estatal, e vincula o orçamento à respectiva efetivação no tempo”. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a “reserva do possível”**: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232-234.

quando se tratam de famílias pobres, vítimas do subemprego e da miséria estrutural, que acabam transmitindo sua condição de abandono através das gerações.

Sem adentrar nos traumas individuais e condições psicológicas de cada indivíduo que independem de cor, raça, clero e condição social, analisando este quadro de abandono da criança e do adolescente não se pode olvidar que, de forma ampla, a criança abandonada é apenas a contrapartida do adulto abandonado, da família abandonada e da sociedade abandonada. Esta afirmação resulta da falta de comprometimento e de planejamento de atuação do Poder Público, principalmente do Legislativo e do Executivo, para criar e implementar políticas públicas capazes de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais e oferecer auxílio, proteção, saúde, educação, lazer e oportunidades para o ser humano em fase transitória.<sup>209</sup>

Dessa forma, a falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é uma das formas de violência institucionalizada contra a infância e a juventude, especialmente nos países periféricos como é o caso do Brasil, onde se constata uma péssima distribuição de renda, culminando na marginalização de grande parte da população, impedida de efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país.

Por outro lado e apesar disso, é preciso entender que a proteção integral abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal, em seu artigo 227, não somente adotou a doutrina da proteção integral, como também incorporou a ela o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente. No mesmo caminho seguiu o legislador ordinário quando procedeu ao detalhamento da referida doutrina no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No cenário internacional a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>210</sup>, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, atribuindo à família, ao Estado e à sociedade a responsabilidade pela efetivação desses direitos. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária, de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus

---

<sup>209</sup> GOMES, Mônica Araújo. PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. **Família em situação de vulnerabilidade social**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>. Acesso em: 08 ago. 2014.

<sup>210</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 44/25, em 20 de novembro de 1989; e pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990, através do Decreto Legislativo 28, tendo sua ratificação se dado através do Decreto Legislativo nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, sendo inserida, portanto, no ordenamento jurídico pátrio.

direitos. O artigo 3º da referida Convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da criança<sup>211</sup>.

Portanto, é preciso fazer cumprir todos esses dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, uma vez que milhares de crianças e adolescentes estão sendo privadas do exercício da cidadania e veem, diariamente, seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos.

Como referido, a desigualdade social é gritante. Inúmeras crianças e adolescentes vivem a margem das mais básicas políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura, segurança etc. O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais, desrespeitando, assim, o princípio da prioridade absoluta. E a mudança dessa dura realidade depende da conscientização de que a implementação das políticas públicas sociais da infância é de suma importância e que é preciso responsabilizar o Poder Público através do controle dessas políticas públicas pelo Judiciário.

Dessa forma, nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade, sobretudo quando há omissão na concretude de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujos rumos foram traçados pela própria administração por um órgão com representatividade da sociedade civil e do poder público (Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente).

Nesse sentido, inúmeros são os julgados decidindo favoravelmente ao controle judicial das políticas públicas, frente à omissão do Estado. Apenas para ilustrar, colaciona-se aqui a ementa de um deles, de relatoria do Min. Celso de Mello:

**EMENTA:** CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. CRIAÇÃO DE DOIS NOVOS CONSELHOS TUTELARES E DISPONIBILIZAÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS AOS CONSELHOS JÁ EXISTENTES (SETORES ILHA E CONTINENTE). CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL

---

<sup>211</sup> Além disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

Art. 3º, Lei 8.069/90 – A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

(RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO<sup>212</sup>.

No Direito brasileiro o princípio constitucional da prioridade absoluta (materializado no artigo 227 da Constituição Federal e detalhado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente) e o princípio da democracia participativa vinculam o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

Portanto, toda a ordem jurídica conspira em favor da efetividade integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, de sorte que não é aceitável limitar o papel jurisdicional do Estado no exercício de sua soberania, quando instado a prestar jurisdição à sociedade

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 488208/SC**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2013. Diário de Justiça, Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 08. Ago. 2014.



impondo ao Estado gestor a obrigação de atuar em prol dos interesses sociais tutelados. Isso porque, como foi visto, o arcabouço jurídico como um todo aponta as diretrizes que o Poder Público deve seguir rumo a efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, aceitar o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas é essencial para assegurar a máxima efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como estimular os governantes à realização dos objetivos constitucionais.

### **3.8 O ECA como justificador para a adoção de políticas públicas**

A Constituição Federal de 1988 desenhou uma agenda de reformas, fruto de amplo debate das organizações sociais no decorrer da década de 80, focado na exigência da democratização do Estado com a garantia das liberdades fundamentais, em busca de uma transformação social. Resultou, assim, na consolidação de um modelo estatal universalista e redistributivo, com características de Estado do Bem Estar Social, cujas políticas sociais são, de modo preponderante, de responsabilidade do Poder Público. A participação da sociedade civil envolveu movimentos sociais e segmentos da infância e adolescência, razão pela qual a agenda de democratização traçada no corpo constitucional contemplou os interesses dessa clientela.

À frente de outros países e antecipando-se à própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Brasil consagrou nos artigos 227 e 228, os princípios estruturantes da Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral, com o reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, assegurando-lhes, para tanto, o direito à vida, à saúde, à convivência familiar, à educação, ao lazer, entre outros, com prioridade de garantia pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988, ao eleger o modelo de Estado, optou pelo paradigma democrático e de direito, dispondo nos incisos do artigo 1º os seus fundamentos, dentre os quais se destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que se acham presentes na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, bem como, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989<sup>213</sup>. Sob essa orientação, os

---

<sup>213</sup> VERONESE, Josiane Petry e COSTA, Marli Marlene Moraes Da. **Violência Doméstica quando a vítima é criança ou adolescente**. OAB/SC. 2006, p.52.

mencionados dispositivos constitucionais dispõem um novo modelo de atendimento para a população infanto-juvenil, baseado na proteção dos direitos elementares<sup>214</sup>.

Salienta-se que o artigo 227 da CF trata-se de regra de otimização<sup>215</sup>, eis que determina uma meta a ser atingida nas Políticas Públicas, ao tempo em que manifesta um projeto de atendimento desejado pela sociedade brasileira, na medida em que aponta a responsabilidade de todos à realização dos direitos fundamentais infanto-juvenis e indica, ainda, a ideia de avanço enquanto meta para a apropriação dos direitos humanos.

Desta forma, o texto constitucional ao adotar o paradigma de proteção das Nações Unidas determinou ao Poder Público a proteção de todas as crianças e jovens de qualquer violência, negligência e opressão, com a promoção dos direitos fundamentais. Para isso requer um conjunto de ações do Estado e da sociedade civil, obrigação que encontra ressonância nos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, eis que não há como preparar o indivíduo para o exercício da cidadania plena sem garantir-lhe o mínimo existencial para o seu desenvolvimento saudável<sup>216</sup>.

A fim de materializar o comando constitucional e implementar o novo sistema de atendimento à infância e à juventude, foi editado o Estatuto Criança e do Adolescente ( Lei nº 8.069/90), apontada como a primeira lei latino-americana a se ajustar à normativa internacional<sup>217</sup>, que além de reafirmar os direitos fundamentais, descreve os contornos das políticas públicas direcionadas ao atendimento das necessidade desta parcela da população.

Nesse sentido, a “Doutrina de Proteção Integral” pode ser observada em duas perspectivas: a positiva, ao conferir subjetividade jurídica à criança e ao adolescente, mercedores de ações legais, políticas, sociais, econômicas, etc., e a negativa que impõe responsabilização a todas as ações e inações que indiquem ameaça ou violação a direitos e garantias previstos em lei.

A base principiológica dessa doutrina é essencial à compreensão do Direito da Criança e do Adolescente Contemporâneo, sendo elemento orientador do seu processo interpretativo, com observância em todos os espaços públicos e privados de atendimento à criança e ao adolescente, mormente quando a questão versar sobre políticas públicas. Porquanto esse novo modelo ampliou o seu campo de atuação para a construção de um

<sup>214</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional da criança e do adolescente e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole. 2003, p.108.

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 90.

<sup>216</sup> Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/> Acesso em: 08 ago. 2014.

<sup>217</sup> SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito Penal Juvenil: Adolescente autor de ato infracional: garantias processuais e medida socioeducativas**. 2º edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p.16.

sistema de garantias de direitos especiais e para a organização de uma rede institucional de sustentação e de legitimidade política.

O primeiro princípio é o da responsabilidade solidária, envolvendo o tripé família-sociedade-Estado, dispondo que cada ente no âmbito de suas responsabilidades, deve assegurar os direitos elementares infante-juvenis, colocando crianças e jovens a salvo de qualquer contexto atentatório aos direitos, inclusive aqueles decorrentes de falta ou de incipientes políticas públicas. Diante deste princípio tem-se uma complementaridade da atuação em prol de crianças e jovens, estando reservada para a família, em primeiro lugar, parte da responsabilidade no atendimento, eis que é o primeiro espaço social em que a criança é inserida, bem como dada a importância da família para uma sociedade harmônica e solidária, indicando priorização do espaço familiar na elaboração de políticas públicas.

Por outro lado, a sociedade, enquanto ente de sustentabilidade da democracia, expressa a sua atuação na proteção da criança e do adolescente nas esferas de formulação, controle e de execução das políticas públicas, ocupando os territórios determinados pelo texto constitucional quanto à participação popular, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente apresentado os contornos do atendimento para a infante-adolescência, indicando o *locus* de participação popular.

A fim de propiciar o cumprimento integral dos direitos infante-juvenis, estabeleceu ainda a Lei 8.069/90<sup>218</sup> um conjunto de atuações sociais, públicas e privadas, denominando-as de Política de Atendimento. Assim, entende-se por Política de Atendimento o conjunto de atividades públicas e privadas tendentes a garantir e implementar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Essa Política será implementada por ações articuladas governamentais e não-governamentais, dentre as quais se encontram os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares, integrados por cidadãos e segmentos da sociedade. Os primeiros são órgãos de composição paritária, sociedade civil e Poder Público, que ocupam os níveis Municipal, Estadual, Distrital e Federal, encarregados da formulação e controle das políticas públicas infante-juvenis. Enquanto que os segundos são compostos por cidadãos eleitos pela comunidade, e são encarregados de zelar pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais especiais da criança e do adolescente, com a aplicação de medidas protetivas. Ressalta-se, contudo, que a representação paritária nos Conselhos de Direitos não afasta a responsabilidade do Poder Público de ser o grande articulador das políticas públicas pertinentes à criança e ao adolescente, cabendo-lhe ainda o dever de assegurar todos os meios

---

<sup>218</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 27 set. 2013.

para que a população participe desses Conselhos, conferindo, assim, maior legitimidade no campo decisório<sup>219</sup>.

Portanto, na garantia dos direitos da criança e do adolescente não há como se conceber uma atuação isolada, sem que as propostas recebam legitimação da sociedade civil organizada, via Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselhos Tutelares, cuja mobilização e organização, com apoio de recursos materiais e humanos, devem ser feitas pelo Poder Público em respeito aos princípios democráticos.

Esta Política está estruturada em três sistemas: o sistema primário que fixa as políticas básicas de atendimento a crianças e adolescentes, como o direito à educação à saúde, à habitação, à cultura, ao esporte. São chamadas de políticas universais e almejam atingir toda a população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções. O sistema secundário estabelece as medidas de proteção destinadas às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, ou seja, em situação de risco pessoal, social ou econômico. E, por último, o sistema terciário que está direcionado para os adolescentes autores de atos infracionais, assim definidos como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal<sup>220</sup>.

Esses sistemas determinam multifacetárias atuações do Poder Público no que concerne aos diferentes serviços públicos, com a formulação de políticas sociais básicas e supletivas de atendimento à criança e ao adolescente, que se orientam pelas linhas de ação e diretrizes<sup>221</sup>. Essas linhas e diretrizes apontam a participação popular nas instâncias deliberativas e executoras e que devem ser observadas pelos gestores públicos no decorrer do ciclo de elaboração das políticas públicas, na introdução na agenda, na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação.

Quanto à responsabilidade do Estado, apresenta-se em maior proporção, atuando como o principal fomentador e articulador de políticas públicas para a infância e juventude, não obstante a ação conjunta com a sociedade civil organizada, seguindo as orientações do novo modelo de política de atendimento organizado a partir de ações governamentais e não-governamentais, o que sinaliza para uma atuação qualificada da sociedade civil. Apesar disso, em que pese a orientação constitucional quanto à obrigação do Estado em todos os níveis de governo, via Conselhos de Direitos, para a formulação de políticas públicas eficientes para a

---

<sup>219</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 27 set. 2013.

<sup>220</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil:** como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60.

<sup>221</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 27 set. 2013.

criança e o adolescente, é notório, ainda, o descaso da Política de Atendimento no âmbito nacional.

### 3.9 As políticas públicas voltadas para a criança e o adolescente

No tocante a política da infância, saliente-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis voltadas a esse grupo de pessoas, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar e contribuir para a exclusão social, alimentando a adoção de políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como objeto do direito e não como sujeitos de direitos.

Alessandro Baratta<sup>222</sup>, em sua importante contribuição para o tema no artigo “Infancia y democracia”, inicia ressaltando que o contexto democrático das políticas públicas de proteção às crianças adquire um determinado sentido e relevância a depender do reconhecimento ou não destas, como parte integrante nas relações de democracia, por um lado, e de como são entendidas as relações entre as crianças e os adultos, por outro lado. Entende que o contexto democrático tem que ser considerado como a premissa básica no momento de definir as estratégias adequadas de implementação dos direitos estabelecidos na Convenção.

O mencionado autor, ao interpretar o artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança”), ensina que o princípio do interesse superior da criança

(...) se convierte en el principio de la relevancia universal del interes del nino, lo cual implica la transversalidad de las politicas publicas y de las medidas internacionales dirigidas a la proteccion de los derechos de los ninos. Eso quiere decir que la proteccion de estos derechos no es necesariamente solo la tarea de instituciones particulares com una competencia especifica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institucion publica o privada y a cualquier organo del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinacion y la sinergia de todos os actores potencialmente competentes<sup>223</sup>.

<sup>222</sup> BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998, p. 31-57.

<sup>223</sup> BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998, p. 32.

Emilio Garcia Mendez<sup>224</sup>, fazendo uma assimilação interessante, preconiza que as políticas públicas de proteção às crianças, na Convenção dos Direitos, se distribuem em quatro níveis, apresentando-se tal como uma pirâmide, cuja área diminui à medida que se distancia da base até a cúpula. A parte mais larga esta representada pelas políticas sociais básicas (educação e saúde). Em um segundo nível, encontramos as políticas de ajuda social (medidas de proteção em sentido estrito), mais acima, as políticas correicionais (medidas socioeducativas) e, finalmente, as políticas institucionais, que se referem à organização administrativa e judicial, os direitos processuais fundamentais das crianças.

Para Alessandro Baratta<sup>225</sup>, o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais e que “la concepcion dinamica del principio de igualdad impone a los Estados-Parte de la convencion y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un standard minimo de las normas del Estado social y de una regulacion del desarrollo economico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos”.

Importante ressaltar que o artigo 41 da Convenção determina a observância não apenas do catálogo dos direitos ali declarados, mas também a prevalência da legislação nacional ou internacional que seja mais ampla quanto à garantia dos direitos humanos e fundamentais. Além disso, o artigo 4º da Convenção dispõe que os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional.

A princípio, a referida cláusula poderia ser interpretada como uma forma de o Estado se recusar a implementar as políticas públicas necessárias, por questões orçamentárias, com a invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, como bem exposto por Alessandro Baratta<sup>226</sup>, a referida cláusula de reserva deve ser invocada apenas quando os Estados-Partes tiverem esgotado todas as suas possibilidades de cumprir sua obrigação de buscar recursos necessários, seja por intermédio das políticas fiscais ou das financeiras.

---

<sup>224</sup> MENDEZ, Emilio Garcia. **Infancia y democracia**. In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998, p. 32.

<sup>225</sup> BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998, p. 33.

<sup>226</sup> BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998, p. 37.

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do artigo 227, que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a observância da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demais disso, o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma norma de interpretação em que obriga ao aplicador dessa lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar, da criança e do adolescente, de pessoas em desenvolvimento.

E foi exatamente visando ao cumprimento dos princípios norteadores da proteção da criança e do adolescente, que a Lei Federal 8.242 de 1991, em seu artigo 2º, atribuiu ao Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente): a elaboração de normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e a fiscalização das ações de execução; o zelo pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; o acompanhamento da elaboração e da execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente; o apoio à promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação desses direitos; o acompanhamento do reordenamento institucional, propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente; a gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fixação dos critérios para a sua utilização, entre outros.

Assim, excepcionalmente, poderão juízes e tribunais, ante a ineficiência da Administração Pública, determinar a implementação de políticas públicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes, para a garantia do mínimo existencial. Em verdade, em se tratando de criança e adolescente, cuja proteção deve ser ampla, não bastaria apenas assegurar o

mínimo existencial, mas todas as atividades públicas que respaldassem a vida digna e o bem estar social, conforme leciona Bernardo Leôncio Moura Coelho<sup>227</sup>.

Desta forma, a ineficiência ou omissão estatal em não realizar as condutas públicas adequadas à integral proteção da criança e do adolescente, configura ato inconstitucional e ilegal, que autoriza o controle pelo Poder Judiciário a decidir, no caso concreto, qual a atividade pública que deverá ser implementada.

### **3.10 O controle de políticas públicas pelo STF: a representação política e argumentativa assumida pela Corte Constitucional**

O posicionamento constitucional contemporâneo tem evoluído com grande velocidade, graças à superação de um legalismo simplificador e à adoção de diretrizes principiológicas de um regime democrático. O que se pode perceber com a jurisdição constitucional é o reforço da ideia de uma Constituição dinâmica que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades modernas. Dentro dessa perspectiva, o Poder Judiciário vem sendo reconhecidamente adotado como o representante fiscalizador da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei fundamental.

Hodiernamente, diversos fatores ajudam a evidenciar a complexa relação entre os Poderes de Estado em nosso sistema político-jurídico, marcado pela expansão da judicialização da política. Com efeito, vários tipos de questões de ordem política, moral, econômica, científica ou ambiental têm sido levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal. E, neste cenário, não se pode negar o protagonismo do STF como ator político. A crescente judicialização das questões políticas traz como resultado um Poder Judiciário que passa a atrair funções, a princípio, reservadas aos outros Poderes. Neste contexto, as práticas decisórias da Corte Maior têm redesenhado o modelo institucional do processo democrático brasileiro, outorgando a si próprio o poder de dar a última palavra.

Nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal tem buscado na categoria da “representação argumentativa” a fonte da legitimidade do seu poder. E essa “representação argumentativa” está baseada na teoria argumentativa de Robert Alexy.

Robert Alexy é um dos principais jusfilosofos da atualidade, se dedica ao estudo e análise da forma e dos contornos da interpretação constitucional e da validade dos Tribunais

---

<sup>227</sup> COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**. Revista de Informação Legislativa, v.31, nº 123, jul./set. de 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>> Acesso 08 ago. 2014.



Constitucionais no desenvolvimento dos ideais de representação argumentativa. No livro intitulado *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o autor sustenta no princípio da proporcionalidade o método de aplicação dos direitos fundamentais, cuja estrutura normativa é principiológica. Os direitos fundamentais, como mandados de otimização, possuem a estrutura de princípios e, quando concretizados, colidem com outro direito fundamental. A partir daí Robert Alexy desenvolve toda uma teoria de base argumentativa, pois é no peso das boas e fortes razões que a decisão se justifica. Sua teoria, entretanto, recebeu inúmeras críticas<sup>228</sup>.

Considerando que “todo o poder emana do povo”, Robert Alexy<sup>229</sup> supõe a existência não só de uma representação política, mas também de uma representação argumentativa exercida, particularmente, pelo Tribunal Constitucional. Para o autor, o jogo democrático pressupõe uma racionalidade discursiva e o discurso exige a democracia deliberativa<sup>230</sup>. Nela o discurso não é composto tão-somente por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participantes que lutam por uma solução política correta<sup>231</sup>. Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa. Do contrário, resta recorrer ao remédio da jurisdição constitucional<sup>232</sup>.

Com efeito, o legislador pode praticar atos que provoquem colisão entre os direitos fundamentais ou com medidas que assegurem a sua própria efetivação. Como proposta para esse problema, Robert Alexy<sup>233</sup> sugere, desde que respeitados os espaços do legislador, uma jurisdição constitucional fornecedora da última palavra, de forma a proteger os cidadãos de eventuais abusos de seus representantes políticos. Nesta ordem de ideias, o Tribunal Constitucional exerce o importante papel de instância de reflexão do processo político<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> Conf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 576.

<sup>229</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: **Constitucionalismo Discursivo**, trad. Luís Afonso Heck, 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53-54.

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. **A institucionalização da razão**. In: **Constitucionalismo Discursivo**, trad. Luís Afonso Heck, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. **A institucionalização da razão**. In: **Constitucionalismo Discursivo**, trad. Luís Afonso Heck, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. **A institucionalização da razão**. In: **Constitucionalismo Discursivo**, trad. Luís Afonso Heck, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36.

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação**. In: **Constitucionalismo Discursivo**, trad. Luís Afonso Heck, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.165.

<sup>234</sup> Quem melhor explica essa representação argumentativa defendida por Robert Alexy é Luís Roberto Barroso: “Um valioso *insight* nessa matéria é fornecido pelo autor alemão Robert Alexy, ao defender o ponto de vista de que a Corte Constitucional se legitima como representante argumentativo da sociedade. A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral, que autoriza os parlamentares a tomarem decisões em nome do povo. Ao lado dos conceitos de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa

Dessa forma, Robert Alexy coloca que é justamente na força e na validade do argumento que são dados os pressupostos para a legitimidade da representação argumentativa. Para que a ordem se estabeleça e seja mantida, é imprescindível dotar de força uma decisão. Todavia, a legitimidade da ordem só pode se estabelecer uma vez que as pessoas que compõem a sociedade tenham aceitado a decisão. Dessa maneira, a função dos Tribunais Constitucionais é persuadir a sociedade de que as suas escolhas valorativas são adequadas.

Não só isso, a Corte Constitucional precisa ser um espaço democrático, um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Dessa maneira, a legitimidade da Corte Constitucional decorre da aceitabilidade social, advinda a partir da construção de uma argumentação que procure convencer os membros da comunidade jurídica. Assim, as decisões judiciais podem ser consideradas como propostas privilegiadas nas quais a sociedade define as suas normas jurídicas.

Forçoso lembrar que a concretização da estrutura da jurisdição constitucional coincidiu com o lento e gradual processo de redemocratização brasileira, fruto do fim da ditadura militar e impulsionado pela promulgação da Constituição de 1988. A CF/88 consagrou um intenso rol de direitos e garantias fundamentais, no qual cabia ao Poder Judiciário a proteção e consolidação dos seus efeitos, garantindo amparo aos grupos não representados politicamente ou de temas relacionados ao interesse público difuso.

Essa “virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro”, expressão cunhada por Luís Roberto Barroso, deve-se em grande parte ao processo de judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória. Dessa forma, o Judiciário, e complementarmente a Corte Constitucional, passaram a ser não só os garantidores da legalidade, mas também os complementadores das normas constitucionais, proporcionando-lhes efetividade.

---

não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa ou discursiva. O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável. Pois bem: circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes. Do debate parlamentar às ações de consumo. Das passeatas gays às respostas da comunidade religiosa, ambas expressamente baseadas na mesma liberdade de expressão”. BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Por outro lado, o fenômeno da judicialização da política nos leva a reconhecer o afastamento do debate democrático das vias tradicionais, e o desenho de outros espaços de representação e participação da sociedade civil. Trata-se de novas conformações que brotam em terreno fértil, vez que a superação das democracias majoritárias pelo pluralismo passou a contar com a garantia de um Supremo Tribunal Federal apto a protegê-las com o manto dos Direitos Fundamentais, ainda que legitimando práticas contramajoritárias<sup>235</sup>.

Portanto, pode-se dizer que o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera “boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de determinado tratamento hospitalar a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas em situação equivalente.

---

<sup>235</sup> Explicando exatamente o que seriam essas práticas contramajoritárias, Luís Roberto Barroso ensina que: “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX em boa parte do mundo, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Tal arranjo institucional é produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário, em cuja cúpula, no Brasil, se encontra o Supremo Tribunal Federal – STF. Daí a dualidade, igualmente tradicional, que estabelecia uma distinção rígida entre política e Direito, cuja relação vem sendo analisada nesse tópico. Nessa ótica, tribunais eram independentes e preservados da política por mecanismos diversos (autonomia financeira e garantias da magistratura, dentre outros). Por outro lado, não interferiam em questões políticas. Para bem e para mal, esse tempo ficou para trás. Ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal. Em tom crítico, na academia ou no Parlamento, muitos atores reeditaram o comentário de Carl Schmidt, contrário à ideia de criação de tribunais constitucionais, que falava dos riscos de judicialização da política e de politização da justiça. Ao contrário de Hans Kelsen, que os defendia. Não é o caso de reeditar esse debate, cujos contornos já foram analisados em inúmeros trabalhos doutrinários. O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional”. BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Em todo este papel interpretativo do magistrado nota-se alta dose de critérios político-valorativos. Embora se tente esconder esta imposição sob o manto de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade. Nesse sentido, é possível afirmar que os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação das opiniões individuais. O que não se poderia aceitar é a conversão do Judiciário em mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. Ausente essa relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que a Corte dispõe para poder se impor, de forma contramajoritária, nos momentos em que isso seja necessário.

Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades<sup>236</sup>. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete<sup>237</sup>.

Por derradeiro, Luís Roberto Barroso<sup>238</sup> mais uma vez ensina:

No mundo ideal, política é política, direito é direito. São domínios diferentes. No mundo real, todavia, as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida. E, assim, surgem tensões inevitáveis. Quando isso ocorre, é preciso critérios para equacionar a questão. Penso ser próprio aqui distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; e b) quando não tenha havido tal atuação.

A primeira situação, portanto, se dá quando o Legislativo tenha efetivamente deliberado acerca de determinada matéria. Por exemplo: (i) a edição de uma lei permitindo e disciplinando as pesquisas com células-tronco embrionárias; ou (ii) a edição de lei disciplinando a ação afirmativa em favor de negros. Nesses dois casos, embora exista controvérsia política, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas feitas pelo Legislativo. Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular.

Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los. Por exemplo: a) o Congresso não havia ainda regulado a greve no serviço público. A despeito disso, as greves ocorriam, surgiam disputas e o STF viu-se na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito. Ou b) o caso das relações homoafetivas. Elas existem. São um fato da vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois

<sup>236</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 181.

<sup>237</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos. In A tutela dos interesses difusos**. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 36.

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio comum). Quando o Congresso Nacional não fornece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política negou-se a discutir. É claro que uma corte constitucional poderia também, em linha de princípio, rever uma escolha que o legislador tenha feito, mas isso envolve naturalmente um ônus argumentativo muito mais elevado. Por tudo isso, o papel do Judiciário, quando não tenha havido deliberação política, é mais abrangente do que quando ela tenha ocorrido. Se há lei, o STF só deve invalidá-la se a afronta à Constituição for inequívoca. Se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa. Nesse caso, seu poder se expande. Portanto, no fundo no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa.

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

A interpretação judicial do direito deve ser feita, segundo Miguel Reale<sup>239</sup> “tanto retrospectivamente como prospectivamente”, ou seja, tanto pelo que já ocorreu e se provou, e dali pra frente, isto é, a partir da sentença como “imperativo de justiça” que é. E, nas suas palavras, hoje em dia “só serve à sociedade o magistrado que exerce criteriosamente suas atividades à luz das fontes e dos modelos do Direito, prolatando uma decisão que entrelace, com certeza e segurança, o passado ao futuro, a justiça pedida e a justiça outorgada”.

Impõe-se, enfim, que o magistrado se mostre consciente de seu papel, no meio social. É necessário que o juiz não se veja apenas como um burocrata, responsável pela aplicação fria da lei ao caso concreto, mas perceba sua função de agente social, capaz de alterar a realidade a sua volta.

---

<sup>239</sup> REALE, Miguel. **O judiciário a serviço da sociedade.** In *Ajuris*, nº 62. Porto Alegre: Ajuris, novembro/1994, p. 198.

## CONCLUSÕES

Os direitos e garantias fundamentais sofreram transformações de acordo com o momento histórico de cada época e a forma de Estado de determinado momento. Assim, no Estado Liberal de Direito, conhecido também como Estado do Príncipe, tutelava-se apenas direitos individuais de natureza privada. Após alguns movimentos sociais e, principalmente, depois da Revolução Industrial, surge a necessidade de tutelar direitos em defesa da sociedade civil.

O Estado Social de Direito passa então a vigorar, conhecido como o Estado do bem-estar (*Welfare State*). Há aqui a consagração de algumas garantias coletivas. Mas como este Estado tutelava apenas alguns direitos sociais, aos poucos ele também entra em crise. A partir daí nasce o Estado Democrático de Direito tutelando tanto direitos individuais quanto coletivos, com abertura para a criação de uma ordem jurídica mundial transformadora e protetora dos direitos fundamentais.

Neste novo Estado de Direito, conhecido como Estado do Cidadão, a proteção aos direitos coletivos em sentido amplo passou a ser a prioridade e a condição de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Aqui a política passa a se subordinar ao Direito e a tornar-se instrumento para a sua concretização, pelo fato de que não há democracia sem proteção jurídica efetiva de todos os direitos da sociedade, sejam eles individuais ou coletivos.

Portanto, no Estado Democrático de Direito há a verdadeira tutela de direitos e interesses transindividuais, além da autonomia do processo coletivo que servirá para resguardar esses direitos de maneira mais efetiva.

Com o advento do neoconstitucionalismo, marcado principalmente pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é proclamada a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana. E a força normativa da Constituição é enaltecida, deixando de possuir apenas recomendações morais e políticas para passar a ser um sistema de preceitos vinculantes.

O neoconstitucionalismo propõe a superação do paradigma de direito positivista para um direito capaz de aplicar as normas e os princípios constitucionais a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais. É neste novo paradigma que se faz premente a necessidade da plena efetivação dos direitos constitucionais, ressaltando-se, pois, a importância da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais, com a influência sofrida pelo neoconstitucionalismo, é constituída no dever de respeito estatal (atuação negativa) e de

proteção da pessoa natural (atuação positiva), em desfavor de agressão pública ou privada, que deverá nortear sua aplicação.

Apesar de ser clássica a classificação tripartite dos direitos fundamentais, é bom lembrar que tais direitos ainda estão sendo reconhecidos ao longo do tempo, através das lutas contra situações concretas de violação a bens essenciais do ser humano e à dignidade da pessoa humana. Além disso, alguns direitos fundamentais clássicos como o direito à liberdade, à privacidade e à intimidade estão sendo atualizados, tendo em vista o avanço dos direitos fundamentais ao longo do tempo.

Uma inovação trazida na forma de tutelar os direitos fundamentais de determinado grupo de pessoas foi a norma insculpida no art. 227 da CF/88. Esse dispositivo trouxe expresso, de forma única na lei maior, o princípio da prioridade absoluta. Caracterizado como princípio programático deve ele seguir o mesmo critério interpretativo dos demais princípios constitucionais, baseando-se na ponderação de valores, na relativização dos direitos e na análise do caso concreto para solução dos conflitos.

Isto significa que, mesmo que as normas insculpidas no art. 227 da CF sejam consideradas programáticas, na realidade possuem efetividade e obrigatoriedade, não se revestindo apenas de meros programas legislativos ou propostas de sugestões que poderão ou não ser efetivados pelo Estado, a seu bel prazer. Resta claro que a Constituição não apresenta dispositivos sem nenhum caráter de efetividade ou obrigatoriedade, pois se assim fosse as constituições trariam valores morais e não normas jurídicas.

Desta forma, o Direito da Infância e da Juventude, como subsistema próprio, com características peculiares, pauta-se dentre outros, no Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta, da Proteção Integral, do Melhor Interesse, da Responsabilidade Concorrente (Estado e entes particulares), dentre outros, todos embasados no fato da criança e do adolescente serem considerados sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento.

Portanto, a ineficiência ou omissão estatal em não realizar as condutas públicas adequadas à integral proteção da criança e do adolescente, configura ato inconstitucional e ilegal, que autoriza o controle pelo Poder Judiciário a decidir, no caso concreto, qual a atividade pública que deverá ser implementada.

E a partir daí o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário torna-se medida apta e eficaz, senão a ideal, para fazer cumprir os ditames constitucionais. Diante da concepção do sistema de “freios e contrapesos” – acolhida pelo direito nacional – não há dúvida de que o controle dos demais “poderes” do Estado somente pode ser realizado, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o Judiciário não se pode furtar a exercer este papel. Ainda que existam limites para a sua atuação e para o seu controle, a existência dessas barreiras não infirmam, mas antes confirmam, a necessidade de atuação desta função pelos órgãos jurisdicionais. De todo modo, a existência destes limites não pode autorizar sua simples alegação, como obstáculo à intervenção judicial. A efetiva existência do limite em questão deve ser cuidadosamente verificado pelo Poder Judiciário e devidamente ponderado, a fim de evitar “vácuos” no domínio público, em que certas condutas permanecem simplesmente livres de controle, pelo simples fato de uma invocada ilegitimidade na intervenção jurisdicional.

Esta possibilidade em investigar as atividades públicas – com o mínimo de restrição possível –, enfim, apresenta nítido interesse para os fins do Estado, já que não se pode conceber que este ente venha a descumprir as leis (e/ou a própria Constituição) que lhe serve de fundamento. Isso porque jamais será admissível que o Estado deixe de assegurar e cumprir interesses fundamentais mínimos para a satisfação de uma vida digna aos seus cidadãos. Logo, sempre será possível o controle judicial das políticas públicas quando se tratar de garantias e direitos fundamentais mínimos. Orçamento, reserva do possível, discricionariedade e separação dos poderes são questões que devem funcionar como norteadoras da Administração Pública, e não como empecilhos para a implementação de políticas públicas.

A crescente judicialização das políticas públicas mostra as mudanças sofridas no atual momento da sociedade brasileira como um todo e em todos os âmbitos dos Poderes. Nesse contexto o Poder Judiciário é visto como uma espécie de instrumento excepcional e estratégico de imposição da efetivação de políticas públicas ineficazes, usado quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos, comprometendo, assim, a eficácia e a integridade de direitos e garantias individuais e coletivos.

Dessa forma, é o próprio Estado Democrático de Direito que legitima o controle judicial das omissões do Poder Público, cabendo ao Judiciário, na jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais para a plena realização dos direitos fundamentais, viabilizando políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política.

No que se refere aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mais razão ainda se dá ao controle jurisdicional das políticas públicas voltadas a este grupo certo de pessoas, uma vez que toda a ordem jurídica conspira em favor da efetividade integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, de sorte que não é aceitável limitar o papel jurisdicional do Estado no exercício de sua soberania, quando instado a prestar jurisdição à



sociedade impondo ao Estado gestor a obrigação de atuar em prol dos interesses sociais tutelados. Isso porque, como foi visto, o arcabouço jurídico como um todo aponta as diretrizes que o Poder Público deve seguir rumo à efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, aceitar o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas é essencial para assegurar a máxima efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes, e também para estimular os governantes a realizarem os objetivos constitucionais.

O controle judicial das políticas públicas tem sido exercido cada vez mais através de demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público, e tornaram-se um mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para respaldar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional. Por outro lado, servindo a este papel, esta classe de ações apresenta-se como elemento de realização de direitos fundamentais (convertendo-se em si em direito fundamental).

Os sujeitos do Poder Judiciário seja o magistrado, o representante do Ministério Público, sejam os legitimados para ingressar com ação coletiva, não podem ser vistos como meros operadores do Direito, mas sim sujeitos políticos, conhecedores e transformadores da realidade social, em busca da efetiva justiça. Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida.

Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

Dessa forma, ao instituir a norma-princípio programática para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o constituinte originário pretendeu que

a mesma, obviamente, assim como todas as normas constitucionais, fosse devidamente obedecida por aqueles que devem, necessariamente, cumprir seus mandamentos. Ocorre que, como visto, por inúmeros motivos os poderes a quem originariamente competia a implementação, não a faz. Assim, alternativa melhor ainda não se vislumbrou para que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes se efetivem através de políticas públicas eficientes, que não o controle pelo Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 217, julho/setembro de 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, Tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva: 2003
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.
- ASSIS, Araken de. **Substituição Processual**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1ea13/1ec18?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0> Acesso em: 08 ago. 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. *In: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). Infancia, ley y democracia em América Latina*. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil). Acesso em: 17 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 16ª edição, 1994.

BESSA, Leonardo. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 59, p. 79, jul./set. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004. Diário de Justiça, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 18. Ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 488208/SC**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2013. Diário de Justiça, Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 08. Ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. **Recurso Especial nº 647.417/DF**. Rel. Min. José Delgado, j. 09/11/2004. Diário de Justiça, Brasília, 21 fev. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia>. Acesso em: 08. Ago. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In: **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Ação Civil Pública e o Poder Público**. Disponível em [www.scarpinellabueno.com.br](http://www.scarpinellabueno.com.br). Texto publicado originalmente em *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba*, vol. 4, n. 1. Editora da Universidade: Araçatuba, julho de 2004.

BURLE FILHO, José Emmanuel. **Ação civil pública**. Instrumento de educação democrática. In **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. MILARÉ, Edis (Coord.). São Paulo: RT, 2001.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a “reserva do possível”**: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 468.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**. Revista de Informação Legislativa, v.31, nº 123, jul./set. de 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>> Acesso em: 08 ago. 2014.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4: Processo Coletivo.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A validade das normas jurídicas**. Revista n.º 28, Ano 15, junho de 1994, disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1064-1078-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Marcelo Politano de. **As ações coletivas e as políticas públicas**. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2012.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRONTINI, Paulo Salvador. **Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado**. In **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: RT, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.

GOMES, Mônica Araújo. PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. **Família em situação de vulnerabilidade social**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>. Acesso em: 08 ago. 2014.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: Principais Aspectos**. In **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional**. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (organizadores). Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, v. 2, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. In **A tutela dos interesses difusos**. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio Ribeiro Mendes, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional da criança e do adolescente e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole. 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. MILARÉ, Édís (coord.). São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., 7 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDEZ, Emilio Garcia. **Infancia y democracia**. *In*: Mendez, Emilio Garcia; Beloff, Mary (Comp.). **Infancia, ley y democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis – Depalma, 1998.

MENDES, Aluísio Gonçalves de castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais** – sua dimensão individual e social. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 1. Out/1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**. *In* **Temas de Direito Processual**. 3ª Série, São Paulo: Saraiva, 1984.

NASCIMENTO, Aníela Alves do. **O controle judicial de políticas públicas**. *In* **Direito Público**. CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

NOVELLI, Flávio Bauer. **A eficácia do ato administrativo**. Revista de Direito Administrativo n. 60, Rio de Janeiro, 1960.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direito humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. **O judiciário a serviço da sociedade**. In *Ajuris*, nº 62. Porto Alegre: Ajuris, novembro/1994.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Acácio Wilde Emílio dos. **A judicialização das políticas públicas e o princípio da reserva do possível**. In **Direito Público**. CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Poder Judiciário e Políticas Públicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2012.

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4731>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito Penal Juvenil: Adolescente autor de ato infracional: garantias processuais e medida socioeducativas**. 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**, In: **A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites**. Revista MPMG nº 17 – julho/agosto/setembro- 2009.



VERONESE, Josiane Petry e COSTA, Marli Marlene Moraes Da. **Violência Doméstica quando a vítima é criança ou adolescente.** OAB/SC. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do Processo Coletivo:** indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. *In* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANEBE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais.** *In* **O controle jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis.** *In* **O controle jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.