



Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito
Área de Concentração em Ordem Jurídica Constitucional

Emilio de Medeiros Viana

**POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL:
PONDERAÇÃO ECONÔMICA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO, PARA
UMA ATUAÇÃO JUDICIAL SOCIAL
E ECONOMICAMENTE RESPONSÁVEL**

Fortaleza
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Emilio de Medeiros Viana

**POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL:
PONDERAÇÃO ECONÔMICA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO, PARA
UMA ATUAÇÃO JUDICIAL SOCIAL
E ECONOMICAMENTE RESPONSÁVEL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

Fortaleza
2010

Para meus pequenos, Jade, Emilio Filho e Nina,
pelo tempo que lhes foi indevidamente subtraído.

Para Iasna, por tudo.

Nada me inspira, me emociona e me fortalece mais
que o amor sem medidas que sinto por vocês.

AGRADECIMENTOS

Há muito eu havia estabelecido como meta a conclusão de curso de Mestrado. O exercício da magistratura longe da Capital inviabilizou, por longo tempo, a concretização de tal objetivo.

Os últimos quase três anos foram, em grande parte, dedicados ao projeto. Desde a preparação para a seleção, contei com o apoio incondicional de muitos, familiares e amigos, sem os quais nada teria sido possível.

Agradeço, antes de tudo, a Deus. Espero, ao final da minha jornada, poder ter sido digno dos talentos que me foram confiados (como na parábola bíblica).

Agradeço aos meus pais, pela dedicação e pelo incentivo permanente. As conversas demoradas e prazerosas com S. Raimundo inspiram a minha atuação como julgador e advertem-me da responsabilidade da função. A reflexão que ensejou o presente trabalho nelas teve origem. O carinho e as orações da D. Irene fortalecem-me, na busca de meus objetivos.

Na jornada, muitos foram os incentivos. Desde o primeiro momento, quando ainda buscava aproximar-me da Capital para viabilizar o ingresso no Curso de Mestrado, contei com o auxílio, com as orientações e com a parceria do Professor Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues. Você, meu caríssimo amigo, dignifica a magistratura cearense, inspirando a todos quantos sabemos o quanto a Academia pode contribuir para o exercício da função jurisdicional. Obrigado!

A dedicação ao Mestrado me impôs, em alguns momentos, menor atenção à minha atividade funcional. Foram férias e ausências eventuais que somente foram possíveis pela parceria, pelo desprendimento e pela cooperação dos colegas Aristófanés Vieira Coutinho Jr. e Francisco Eduardo Fontenele Batista. Com vocês, meus amigos, divido a sensação de vitória que a conclusão do presente trabalho proporciona, na esperança de que lhes sirva de inspiração.

Também foram indispensáveis, para que eu pudesse concluir o Curso de Mestrado sem prejuízo de minhas funções, a compreensão e o apoio incondicional dos servidores da 2ª Vara da Comarca de Cascavel e do Cartório da 7ª Zona Eleitoral. Saúdo, com especial gratidão, Fábio Menezes Nogueira, que já partiu para sonhos mais ousados na advocacia,

Márcio Bruno Araújo e Silva e Tatiana Coutinho Martins. A dedicação e o auxílio de vocês foram fundamentais.

O desenvolvimento e a conclusão do presente trabalho não seriam possíveis sem a orientação serena e responsável do Professor Dr. João Luís Nogueira Matias. Foi por meio dele que, em curso de especialização na ESMEC (Escola Superior da Magistratura do Ceará), travei contato inicial com a Análise Econômica do Direito. As discussões em sala de aula, no Mestrado, instigaram-me, aprofundando o desejo de trabalhar com o estabelecimento de parâmetros que viabilizem atuação judicial social e economicamente responsável. A experiência e o exercício da judicatura fizeram-no compreender as dificuldades de desenvolver o projeto sem afastamento do exercício funcional. A confiança que ele depositou na realização do trabalho fortaleceu-me. Agradeço-o sinceramente.

O incentivo permanente de amigos que também são professores do Curso de Mestrado em Direito da UFC, como Juvêncio V. Viana e Márcio Augusto de V. Diniz, não pode ser esquecido. O privilégio de ter sido aluno de Paulo Bonavides e Raimundo Bezerra Falcão lustra, por si só, o currículo.

Também agradeço aos servidores da Secretaria do Curso de Mestrado em Direito da UFC, especialmente a Marilene, autêntico anjo da guarda de todos nós, discentes!

Aos colegas da Turma de 2008, foi um prazer retornar à Faculdade de Direito da UFC na companhia de vocês, compartilhando experiências profissionais e intelectuais.

Mais que tudo, agradeço à minha esposa, Lasna, e aos meus filhos, Jade, Emilio Filho e Nina. Foi na esperança de inspirar vocês que ingressei por este caminho. Sem vocês, sem o carinho e o incentivo de vocês, nada faria sentido!

Obrigado, enfim, a todos quantos foram importantes nesta jornada!

RESUMO

A moderna doutrina do Direito Constitucional e os teóricos da dogmática dos direitos fundamentais atribuem ao juiz o papel de responsável, em última análise, pela efetivação do texto constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 foi pródiga na consagração de direitos fundamentais (especialmente de direitos sociais). Ao mesmo tempo, impôs eficiência aos gestores públicos, por meio da promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998. Os direitos sociais efetivam-se por meio de políticas públicas, que se submetem a tal regra constitucional. Nestas condições, o Poder Judiciário é erigido a situação de proeminência, restando incumbido de controlar as políticas públicas, meio único de assegurar observância da regra da eficiência. O controle que se sustenta possível deve ser entendido como ampliação das possibilidades de participação democrática, franqueando a qualquer do povo, pessoalmente, por meio de associações de classe regularmente constituídas, do Ministério Público ou da Defensoria Pública intervir na formação ou reformulação das vontades públicas. O exercício de tão magna missão não pode ignorar os custos para o exercício de quaisquer direitos e as escolhas trágicas que a escassez dos recursos disponíveis para a efetivação dos mesmos impõe. Sendo assim, são propostos parâmetros que balizem a atuação do julgador no exercício de tal controle. A Análise Econômica do Direito fornece ao julgador moderno poderoso instrumental, que deve ser utilizado no exame do caso concreto, de forma a deliberar se foram, ou não, atendidos os parâmetros que devem guiar a atuação judicial no controle de políticas públicas. O juiz moderno, social e economicamente responsável, pode e deve valer-se da ponderação econômica como critério de decisão. Para tanto, deve-se repensar formação jurídica, especialmente de quem é incumbido de julgar. A ponderação econômica não pode ser confundida com critério único de justiça, mas não pode ser ignorada, pena da proliferação de decisões que, conquanto justas do ponto de vista absolutamente individual, potencialmente geram um injusto coletivo.

Palavras-Chave: Poder Judiciário. Políticas Públicas. Análise Econômica do Direito. Parâmetros para controle judicial.

ABSTRACT

The modern doctrine of the Constitutional Law and the studios of human rights attribute to the judge the responsibility, in last analysis, for making effective the Constitutional Text. The Brazilian Constitution (1988) was prodigal consecrating human rights (especially social rights). The Brazilian Constitution also imposed efficiency to the public administration (19th Constitutional Amendment, 1998). Social rights become effectives through public policies, that undergo such a constitutional rule. Under these conditions, the Judiciary is erected the situation of prominence, leaving the task of monitoring public policies. There is no other way to ensure the rule of efficiency. That activity must be understood as expanding the opportunities for democratic participation, franking any of the people personally, through trade associations regularly constituted, the public prosecutor or public defender's office to intervene in the formation or reform of public choices. The exercise of so great mission cannot ignore the costs for the exercise of any rights and the tragic choices that the scarcity of the available resources imposes. Therefore, the thesis proposes parameters that may benchmark the performance of the judge in the exercise of such control. The Economic Analysis of Law provides powerful magistrate modern instruments, which should be used in the examination of the case, to decide whether they were or not met the criteria that should guide judicial action to control public policies. The modern, social and economically responsible judge, can and must use himself the economic analisys of law as decision criterion, mainly when he has to deliberate regarding public politics. For in such a way, legal formation must be rethink, especially of who is charged to judge. The economic analysis law is not wisdom of justice, but it cannot be ignored. If so, we may have a lot of just decisions, of the absolutely individual point of view, but able to cause a collective unjust.

Keywords: Judiciary. Public Polices. Economic Analysis of Law. Parameters for judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	15
1.1. Considerações preliminares.....	15
1.2. O que são Direitos Fundamentais?.....	16
1.3. Direitos Sociais.....	20
1.4. O papel dos juízes na efetivação dos direitos fundamentais.....	23
1.5. Direitos fundamentais, políticas públicas e o princípio constitucional da eficiência.....	27
2 – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	30
2.1. Considerações preliminares.....	30
2.2. Críticas usualmente opostas ao controle judicial das políticas públicas.....	36
2.2.1. Críticas relacionadas com o dogma da separação de poderes e o déficit de democracia do Judiciário para o controle das políticas públicas.....	37
2.2.2. Críticas operacionais.....	44
2.2.2.1. A questão dos custos dos direitos.....	45
2.2.2.2. As restrições impostas pelo modelo processual vigente.....	46
2.2.2.3. A questão da formação inadequada dos juízes.....	51
2.3. Limites ao controle jurisdicional das políticas públicas	56
2.4. O controle jurisdicional como instrumento de participação democrática.....	60
3 – O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	64

3.1. Os custos dos direitos e as escolhas trágicas.....	64
3.2. O que é Análise Econômica do Direito?.....	68
3.3. Eficiência econômica, externalidades e eficiência jurídica.....	71
3.4. A construção de parâmetros para atuação judicial no controle das políticas públicas e a utilização da Análise Econômica do Direito para tal fim: ponderação econômica.....	75
4 – CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA O BALIZAMENTO DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	80
4.1. A necessidade da construção de parâmetros de controle judicial das políticas públicas.....	80
4.2. Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas.....	85
4.2.1. Parâmetros materiais.....	86
4.2.1.1. Legitimidade da atuação judicial restrita aos hipossuficientes.....	86
4.2.1.2. Legitimidade de atuação restrita à esfera da fundamentalidade material.....	88
4.2.1.3. Novamente a questão dos custos dos direitos: a reserva do possível e a possibilidade de universalização da prestação.....	92
4.2.1.4. O princípio da subsidiariedade da intervenção judicial e a discricionariedade dos meios.....	99
4.2.1.5. Prioridade para a opção técnica da Administração Pública	102
4.2.1.6. Prioridade para a solução mais econômica.....	105
4.2.2. Parâmetros processuais.....	105
4.2.2.1. Prioridade para as ações coletivas	105

4.2.2.2. Possibilidade de controle judicial por meio de ação individual apenas nos casos de dano irreversível ou de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído.....	107
4.2.2.3. O ônus da prova quanto à inexistência de recursos e quanto à legitimidade democrática das deliberações inseridas no orçamento público.....	108
4.3. Um passo adiante: a utilização da Análise Econômica do Direito na aferição das condições que ensejam o controle judicial das políticas públicas – a ponderação econômica.....	109
4.4. Ativismo judicial despreparado e o papel das escolas de magistratura.....	112
CONCLUSÕES.....	113
BIBLIOGRAFIA.....	119

INTRODUÇÃO

A moderna doutrina do Direito Constitucional e os teóricos da dogmática dos direitos fundamentais atribuem ao juiz o papel de responsável, em última análise, pela efetivação do texto constitucional. Paulo Bonavides¹, por exemplo, chega a aludir ao *juiz social*, conseqüência derradeira de uma teoria material da Constituição. Para referido autor, o *juiz social* é aquele que, dando plena efetividade ao texto constitucional, contribui para a diminuição das desigualdades sociais, especialmente nos países subdesenvolvidos. Referida noção é tanto mais relevante em país que, como assinala Gustavo Amaral², primava pela insinceridade normativa.

Tendo em conta que os direitos fundamentais efetivam-se por meio de políticas públicas, a questão que imediatamente se põe diz com a possibilidade de controle judicial na adoção e execução de tais políticas. Referida discussão contrapõe os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da separação de poderes e da democracia representativa, o primeiro a demandar atuação proativa do Judiciário, os demais pressupondo respeito às escolhas públicas realizadas por representantes eleitos democraticamente pelo povo.

Como adverte George Marmelstein³, surge do aludido conflito um paradoxo: a impossibilidade de implementação dos direitos fundamentais por meio do Judiciário transforma-os em mera retórica política; a exigibilidade deles na esfera judicial ameaça deslocar as decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

O presente trabalho propõe, na esteira de tantos outros⁴, superação do paradoxo em prol da atuação proativa do Judiciário, premissa à questão central que

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 587.

² AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 2.

³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 309.

⁴ Destacam-se, dentre muitos, JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora

aqui será abordada, qual seja, a utilização da ponderação econômica como critério para decisões que, a pretexto de garantirem máxima efetividade ao Texto Constitucional, findem por submeter políticas públicas ao controle judicial.

O trabalho enfocará, primordialmente, os direitos fundamentais sociais. Ainda que a implementação de todo e qualquer direito fundamental importe em custos⁵, são os direitos sociais (sobretudo saúde, educação e moradia) que, ao menos de forma mais corriqueira, têm ensejado demandas judiciais pugnando pela adjudicação de prestações em prol de particulares.

A argumentação por ser desenvolvida buscará evidenciar que a possibilidade de controle judicial das políticas públicas é meio de participação democrática. A capilaridade dos órgãos judiciais e a ampliação do acesso ao Judiciário, de forma individual ou através das tutelas coletivas (sobretudo na última hipótese, em demandas instauradas pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas ou por meio de associações regularmente instaladas, na forma da lei), modificam o perfil do processo. O processo já não há de ser visto apenas como instrumento para a solução de conflitos surgidos no seio da sociedade, conflitos que, nas mais das vezes, envolvem pretensões absolutamente individuais. Muito ao reverso, o processo há de ser tido como poderoso instrumento através do qual os cidadãos

JUSPODIVM, 2008; KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002 e LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 257 f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará. Também há infinidade de artigos. Merecem referência, sobretudo, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 e SARMENTO, Daniel. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Ainda: VIANA, Emilio de Medeiros. Políticas Públicas de Combate à Violência Urbana, Direito à Segurança Pública e a Possibilidade de Controle Judicial. In: MATIAS, João Luís Nogueira Matias (Org.). **Neonconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009 e VIANA, Emilio de Medeiros. **Poder Judiciário e Políticas Públicas: a Ponderação Econômica Como Critério de Decisão Judicial**. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI – São Paulo. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI – São Paulo. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2009.

⁵ Desenvolvimento da questão no Capítulo 3.

podem interferir na formação das vontades públicas. A decisão judicial já não mais deve ser entendida como resultante de silogismo hermenêutico, senão como decorrente de discurso racional e democrático, com a participação a mais ampla possível da sociedade, tudo de forma a legitimar a atuação judicial antes designada de proativa⁶. O processo, neste contexto, cumpre sua moderna função social.

O controle judicial das políticas públicas, por outra parte, é o meio único de viabilizar correta e efetiva observância do princípio constitucional da eficiência, incorporado explicitamente à Carta Política de 1988 pela Emenda Constitucional 19⁷, de 1998. A questão que se coloca, então, é: como aferir eficiência?

O cotidiano forense tem imposto aos julgadores, em escala que cresce vertiginosamente, a obrigação de deliberar a respeito da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Em praticamente todas as demandas de aludida estirpe que são postas à decisão há discussão a respeito dos custos dos direitos, das limitações de recursos (sejam fáticas, sejam orçamentárias) e invocação de conceitos trasladados da doutrina alemã e dos precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, como os de *reserva do possível* e de *mínimo existencial*⁸. Os julgadores, diante de tais conflitos, precisam decidir entre quais direitos fundamentais serão implementados, não raras vezes em que prazo tal ocorrerá e, na mesma esteira, quais deixarão de sê-lo – ou, pelo menos, terão a efetivação postergada. As decisões proferidas neste contexto são, a um só tempo, alocativas e desalocativas de recursos públicos, vale dizer, deliberam sobre aquilo que será realizado com os recursos disponíveis e, de igual sorte, mesmo de forma implícita, ou indireta, acabam importando em deliberação a respeito daquilo que deixará de sê-lo, posto que os recursos disponíveis são escassos por definição, não sendo suficientes para a satisfação de todas as necessidades da sociedade, as quais são ilimitadas.

Tenho que tais deliberações não podem perder de vista o já aludido princípio constitucional da eficiência. O julgador, portanto, deverá considerar, no ato de

⁶ Neste sentido, JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 22-23.

⁷ Veja-se a redação atual do art. 37, *caput*, da CF/88.

⁸ Os conceitos serão ofertados e discutidos adiante.

decidir, o impacto econômico da aludida deliberação, buscando viabilizar que a mesma produza o resultado mais eficiente possível (melhoria da situação de uma ou mais pessoas sem prejuízo demasiado para a coletividade).

Indispensáveis, nesse ponto, os subsídios da Análise Econômica do Direito, instrumental por ser utilizado na busca da construção de critérios de decisão por serem adotadas em casos como tais.

As pesquisas seguidamente realizadas pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)⁹ apontam para o juiz brasileiro como preocupado com a realidade nacional e vivamente disposto a contribuir para a minoração das desigualdades sociais.

Nada obstante, muitas vezes a pretexto de efetivar tal papel, invocando proteção aos direitos fundamentais, o juiz brasileiro aparenta dificultar a minoração de tais desigualdades, na exata medida em que, por suas decisões, impede desenvolvimento mais célere da economia (como falar em minoração de desigualdade social sem desenvolvimento econômico?). Assim o faz quando ignora os efeitos que a decisão adotada no caso concreto provoca para além dos autos respectivos. Tem-se, então, aquilo que Virgílio Afonso da Silva¹⁰ chamou de ativismo judicial despreparado.

O presente trabalho propõe a utilização da ponderação econômica como critério a ser adotado em decisões judiciais que envolvam o controle de políticas públicas, tudo como meio de viabilizar o cumprimento da obrigação constitucional de eficiência, já referida, buscando superar a contraposição entre micro e macrojustiça, usualmente referida em conflitos de aludida espécie. A utilização do referido instrumental auxilia na construção de standards que a doutrina vem realizando, na busca de tornar tais casos menos difíceis¹¹.

⁹ Vejam-se, a propósitos, pesquisas AMB 2005 e AMB 2006, disponíveis no site <http://www.amb.com.br>. Acesso em 25/07/2010.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599, especialmente p. 596.

¹¹ A busca pelo estabelecimento de standards ou critérios de decisão em casos que envolvem a efetivação de direitos fundamentais sociais diz com a necessidade de evitar aquilo que aqui já foi referido como ativismo judicial despreparado. Tal não importa, contudo, em buscar transformar em

Saliente-se, de último, que não se ignora a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas¹², os custos inerentes a aludida aplicação e a necessidade, também em hipóteses como tais, de que o julgador realize ponderação econômica, tudo de forma a viabilizar efetivação do Texto Constitucional sem inviabilizar a atividade econômica. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os impactos econômicos decorrentes de aludida aplicação, contudo, afastam-se do objeto do presente trabalho.

Se levar os direitos a sério implica levar em conta os respectivos custos, levar a sério a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, seja pela visão do processo como instrumento de participação democrática, seja como meio único de assegurar plena efetivação dos direitos fundamentais, importa considerar a questão da eficiência constitucionalmente imposta à atuação dos gestores públicos. O controle das políticas públicas, portanto, somente pode ser levado a efeito com olhos postos no aludido preceito constitucional, impondo-se ao julgador, no ato de decidir, a realização de ponderação econômica, nos moldes do que será proposto.

A utilização da ponderação econômica não pode ser tida como critério único de justiça, mas pode significar importante instrumental na formação da convicção do julgador quando da prolação de decisão a respeito da efetivação de direitos fundamentais.

fácies (no sentido de banais) as decisões que envolvem escolhas trágicas. A discussão será retomada no capítulo 4. A tal respeito, AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 173-174.

¹² A respeito, obra de SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1. Considerações preliminares

A vocação do tempo presente é para a jurisdição. O início do século XXI aponta para modelo de Estado em que predomina a atividade judicial¹³. Vale dizer – e se trata de constatação, não de apologia do fenômeno – que o Poder Judiciário passa, mais e mais, a ser o ambiente natural de controle e formação das vontades públicas.

A passagem do Estado Liberal Clássico ao Estado Social de Direito, com a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e o reconhecimento da força normativa dos mesmos – e, portanto, da pronta exigibilidade de tais direitos – ensejou incremento do poder dos juízes, originando o fenômeno que se convencionou designar de judicialização da política (ou politização da justiça). Assim, deliberações/tarefas antes atribuídas a outros órgãos são assumidas, por assim dizer, pelo Poder Judiciário.

No cenário nacional, a Ordem Constitucional inaugurada em 1988, o extenso rol de direitos fundamentais então positivados e, de forma mais recente, a influência da Nova Hermenêutica Constitucional, das correntes neoconstitucionalistas e da moderna dogmática dos direitos fundamentais¹⁴ contribuíram sobretudo para crescente litigiosidade, notadamente com o fito de ver judicialmente efetivados tais direitos. A proliferação de demandas de aludida estirpe ensejou exageros que podem ser designados de ativismo judicial despreparado. Não raras vezes, referidos exageros espelham atuação judicial ideologicamente engajada.

¹³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organização e revisão técnica de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

¹⁴ Por exemplo, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed; São Paulo: Malheiros, 2007; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

No capítulo inicial da presente dissertação, buscar-se-á conceituar direitos fundamentais, dando especial ênfase aos direitos fundamentais designados de sociais, notadamente porquanto são eles que, de forma mais comum, ensejam discussões judiciais a respeito do controle judicial das políticas públicas. O reconhecimento da fundamentalidade de tais direitos implica reconhecimento de sua pronta exigibilidade? Tal a primeira questão a ser superada. Buscar-se-á explicitar, de igual, que as políticas públicas são o meio ordinário de efetivação dos direitos fundamentais.

De último, procurar-se-á evidenciar que a eleição de políticas públicas deve guiar-se pelo princípio constitucional da eficiência. Logo, o controle judicial que delas eventualmente se faça não poderá perder de foco tal disposição constitucional.

1.2. O que são direitos fundamentais?

A noção de direitos fundamentais assume centralidade na dogmática jurídica contemporânea e guarda íntima relação com as ideias de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder.

Os horrores decorrentes da Segunda Guerra mundial e a constatação de que o formalismo da teoria pura, de inspiração kelseniana¹⁵, emprestou embasamento teórico para justificar os regimes totalitários que provocaram as atrocidades então verificadas ensejaram a ocorrência de guinada na direção da ética e dos valores.

Na segunda metade do século XX, o positivismo clássico declina e emerge a teoria material da constituição. Os estudos constitucionais, antes devotados principalmente à parte organizacional das constituições – separação de poderes e distribuição de competências, instrumentos de neutralidade aparente, típica do Estado Liberal –, voltam-se para a parte substantiva das cartas políticas, relacionada

¹⁵ Ainda que o próprio Kelsen tenha sido perseguido pelo regime nazista, o que o obrigou ao exílio.

com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social¹⁶.

Inaugura-se a era do pós-positivismo (ou positivismo ético, na síntese perfeita de George Marmelstein¹⁷).

Sob o influxo do positivismo kelseniano, imperava a lei; as constituições eram desprovidas de força normativa, sendo entendidas como meros programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador. Como eram desprovidas de força normativa, não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais, neste contexto, somente tinham validade se protegidos pelas leis, não servindo de garantias contra o arbítrio ou o descaso das majorias instaladas nos parlamentos¹⁸. Com o advento do pós-positivismo, a lei cede espaço aos valores (sobretudo ao valor dignidade da pessoa humana) e aos princípios, que se convertem em epicentro dos novos sistemas constitucionais. A teoria dos princípios assume o posto de autêntico “coração das constituições”¹⁹.

A nota de destaque do pós-positivismo importa, exatamente, em tratar os princípios jurídicos como autênticas normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos. A norma jurídica, para se legitimar, deve tratar os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade. É neste ponto que avultam os direitos fundamentais: nenhum ato será válido se incompatível com eles.

Indispensável ao desenvolvimento do presente trabalho, portanto, a construção de um conceito de direitos fundamentais.

Valores como respeito, igualdade, solidariedade, fraternidade, dignidade da pessoa humana sempre foram intuídos e, de uma forma ou outra, em maior ou menor grau, sempre estiveram presentes nas diversas sociedades. Referidos

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed; São Paulo: Malheiros, 2007, p. 584.

¹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo' Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 13.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

valores, no entanto, não se encontravam positivados e, portanto, não podiam ser invocados para contrapor o poder.

Foi somente a partir das construções teóricas respeitantes à separação de poderes, que culminaram com as revoluções liberais do século XVIII – e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 16 diz expressamente não possuir constituição o Estado que não reconhece direitos fundamentais nem separação de poderes –, que se passou a conhecer a noção de Estado Democrático de Direito. As sociedades pretéritas conheceram os valores já aludidos (direitos do homem), mas não conheceram direitos fundamentais.

São direitos fundamentais, portanto, aqueles assim apontados pela constituição de um estado constituído de forma democrática. Tal o critério formal.

Referido critério, contudo, não é obviamente suficiente. Evidente a possibilidade da existência de direitos fundamentais não expressamente previstos em uma dada constituição, mas passíveis de serem extraídos, por interpretação, das normas constitucionais²⁰.

Necessária, então, a construção de um critério material²¹ de conceituação dos direitos fundamentais. Impossível estabelecimento de critério definitivo. A aproximação possível é através do conceito de dignidade da pessoa humana. Trata-se de cláusula aberta²², de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais. O homem é dotado de valor intrínseco, decorrente de sua condição de ser humano. As ideias iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade levaram referido conceito às últimas consequências. Fraternidade explicita a noção de que a dignidade de um ser humano não pode ser entendida e respeitada senão em iteração com as dos demais seres humanos.

²⁰ Tal, aliás, o sentido do art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988.

²¹ Sobre critérios (formal e material) para construção de conceito de direitos fundamentais, veja-se JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 30-35.

²² Neste sentido, além da obra já citada de Nagibe de Melo Jorge Neto, também SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29-30.

Do cotejo dos critérios formal e material antes expostos emerge o conceito aqui adotado de direitos fundamentais, explicitado na suma didática de George Marmelstein²³:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Repita-se que a ideia de dignidade da pessoa humana traduz-se em cláusula aberta. Logo, seu conteúdo será preenchido por meio da interpretação doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial.

Na esteira de Nagibe de Melo Jorge Neto²⁴, o presente trabalho propõe que o preenchimento de aludida cláusula aberta em sede judicial seja entendido como meio de participação democrática na formação das vontades públicas. Por outras palavras, o trabalho propõe que o controle judicial das políticas públicas é meio de participação democrática. A interpretação judicial que é levada a efeito no exercício de aludido controle viabiliza preenchimento democrático da cláusula aberta em referência – e, por extensão, dos direitos fundamentais em geral que dela irradiam.

Tal qual já restou assentado na introdução, o presente trabalho propõe caminhar passo adiante, na construção de standards que possam balizar a atuação judicial em tais casos.

Como se prestam ao controle do poder e, ao mesmo tempo, à proteção e promoção da dignidade humana, os direitos fundamentais condicionam e determinam a ação do Poder Público, no mesmo passo em que protegem a esfera privada do indivíduo.

²³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

²⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008.

O controle judicial referido, ponto ao qual se retornará adiante, leva em conta exatamente a múltipla função dos direitos fundamentais, tudo na busca de efetivá-los no maior grau possível.

1.3. Direitos sociais

Destacou-se, desde a introdução, que o presente trabalho ocupa-se do controle judicial das políticas públicas, procurando demonstrar de que forma a utilização dos subsídios fornecidos pela Análise Econômica do Direito pode contribuir na construção de standards que balizem a atuação do julgador.

Igualmente restou enfatizado que os direitos sociais constituem o foco do trabalho, notadamente porquanto são tais direitos que, mais comumente, têm ensejado demandas judiciais por meio das quais é buscada a adjudicação de prestações públicas em prol de particulares.

Importa, pois, estabelecer a noção de direitos sociais que será utilizada.

Deveras conhecida a teoria das gerações dos direitos, usualmente atribuída a Karel Vasak. Inspirado no lema da Revolução Francesa de 1789, o jurista tcheco descreve os direitos fundamentais de primeira geração como aqueles associados ao exercício da liberdade; a segunda geração corresponde aos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade; por derradeiro, a terceira geração corresponde aos direitos de solidariedade, assim entendidos os relacionados com o desenvolvimento, o meio ambiente hígido e a paz²⁵.

Vazio de sentido repisar, aqui, o argumento de que a expressão geração induz ideia equivocada, qual a de que a superveniência da geração superior importaria em superação da precedente. Preferível a utilização da expressão dimensões de

²⁵ Destaque-se que há diferentes classificações, havendo autores, como BONAVIDES, que referem até 5ª dimensão. BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental de quinta geração. In: **Revista Interesse Público**, v. 8, n. 40, nov/dez, 2006.

direitos, para explicitar que o mesmo direito evolui em profundidade e amplitude para proteger diferentes interesses²⁶.

O constitucionalismo da segunda metade do Século XX, pós-guerras, fomentou revisão dos fins do Estado. A paz, a liberdade e o equilíbrio social são os fins do Estado moderno. Convencionou-se designar de direitos sociais os direitos dos cidadãos inseridos nos diversos textos constitucionais que se relacionam com a última de tais finalidades²⁷. Inaugurou-se a noção de Estado Social.

Na lição de Andreas Krell²⁸, os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas direitos *através* do Estado, dele demandando prestações materiais. Aqui reside o cerne da questão que se busca discutir. Ao longo do trabalho, restará evidenciado que todos os direitos, mesmo os típicos direitos de liberdade (como a propriedade, por exemplo), demandam algum tipo de proteção pelo Estado e, assim, importam em custos. Nada obstante, são exatamente os direitos voltados à concretização do ideal de Estado Social que demandam maior volume de recursos do Poder Público. Neste contexto, avulta a preocupação com o estabelecimento de critérios que permitam controle judicial equilibrado e responsável dos mesmos, otimizando os resultados.

Ainda antes de avançar na discussão, contudo, impõe-se superação de uma questão: os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais, especialmente na realidade constitucional brasileira? A questão é relevante porquanto somente resposta positiva pode levar à conclusão de que os direitos sociais são judicialmente sindicáveis.

O Texto Constitucional de 1988 findou por reconhecer, sob a designação genérica de direitos sociais, um conjunto abrangente e heterogêneo de direitos, os quais englobam tanto aqueles que podem ensejar prestações por parte do Estado

²⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 39.

²⁷ Neste sentido, STARCK, Christian (trad. Gustavo Fossati e Fabiana Okchstein Kelbert). Direitos Sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 279-293.

²⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 20.

(como os direitos à saúde, à moradia e à educação, por exemplo), quando aqueles que assumem a típica feição de direitos de caráter negativo (defensivo)²⁹, como os de greve e de liberdade de associação sindical. Daí resulta evidente que o qualificativo social não está, na realidade brasileira, exclusivamente vinculado a atuação positiva do Estado, no sentido de promover compensação das desigualdades fáticas manifestas e assegurar patamar de condições mínimas para vida digna. Também são sociais, na realidade nacional, os direitos que asseguram ou protegem espaço de liberdade, ou ainda os que dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para certos segmentos sociais, justamente por sua maior vulnerabilidade frente ao poder estatal e, sobretudo, ao poder social e econômico. São exemplos os direitos trabalhistas³⁰.

O Título II da Carta Constitucional de 1988 disciplina os direitos e garantias fundamentais, dividindo-os entre direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I – art. 5º), direitos sociais (Capítulo II – arts. 6º a 11), direitos da nacionalidade (Capítulo III – arts. 12 e 13) e direitos políticos (Capítulo IV – arts. 14 a 16). No mesmo título há disciplina dos partidos políticos (Capítulo V – art. 17). Ademais, há disposição inserida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelecendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Leitura aligeirada do texto constitucional ensejou o entendimento de que referida disposição somente seria aplicável aos direitos individuais e coletivos, não alcançando os direitos sociais. Adoção de aludido posicionamento ensejaria o entendimento de que não seriam judicialmente sindicáveis os direitos sociais, vez que as disposições constitucionais a respeito não teriam aplicabilidade imediata.

²⁹ A distinção entre direitos a prestações (positivos) e direitos negativos será melhor enfrentada no capítulo 3. Nada obstante, indispensável ressaltar, já neste momento, que também os direitos aqui designados como negativos impõem atuar estatal, ainda que referido atuar restrinja-se ao exercício de fiscalização que garanta o exercício de dado direito pelo particular (como na garantia do direito de greve, por exemplo). Sobre a teoria dos status, de Jellinek, vide BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 213-253, especialmente p. 218-220.

Tal entendimento levaria ao esvaziamento do texto constitucional, reforçando a tradição de insinceridade normativa que permeia a história constitucional brasileira.

Felizmente, referido posicionamento tem sido superado pela doutrina mais atenta, propondo leitura constitucionalmente adequada e concluindo pela aplicação da disposição do referido art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 também aos direitos sociais. A uma, porquanto a própria literalidade do referido dispositivo, malgrado sua posição na geografia constitucional, expressamente utiliza a formulação “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, tal como consagrada na epígrafe do respectivo Título II. A duas, destacando o fato de que o Texto Constitucional de 1988 consagra modelo de Estado Democrático e Social de Direito, o que resta evidenciado, especialmente, pela dicção dos arts. 1º, I a III e 3º, I, III e IV. Há, portanto, nítida vinculação entre os direitos sociais e referido modelo de Estado, consagrado pela Constituição Federal Brasileira.

Sendo assim, igualmente aplicável aos direitos sociais a regra da pronta aplicabilidade, estampada no já aludido art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

1.4. O papel dos juízes na efetivação dos direitos fundamentais

A última virada de século aponta significativa correção de rota no constitucionalismo brasileiro, que passa a reconhecer a força normativa do texto constitucional e, em decorrência, a tolerar intervenção judicial nos atos da Administração Pública, com decisões que a compelem a prover prestações sociais.

Até a década final do século passado, prevalecia dentre nós a ideia de que os juízes não podiam atuar senão nos limites da lei. Eventuais prestações sociais, mesmo previstas no Texto Constitucional, somente se tornavam sindicáveis judicialmente se assim o autorizasse o legislador infraconstitucional, fixando os parâmetros dentro dos quais tais prestações sociais seriam exigíveis.

A mudança de conduta deita origens no próprio texto que resultou da assembleia constituinte de 1987/1988. Ponto culminante do processo de redemocratização do país, o texto que veio a lume modificou inteiramente o perfil da jurisdição constitucional, favorecendo, em larga medida, o fenômeno que se convencionou designar de judicialização da política. De fato, o texto elaborado contempla amplo rol de direitos fundamentais de todas as dimensões – individuais, políticos, sociais e difusos –, aos quais expressamente é atribuída aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Ao mesmo tempo, referidos direitos são blindados contra o constituinte derivado, com a expressa vedação de reforma (art. 60, § 4º). O papel do Poder Judiciário restou reforçado com a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e com a criação de novos *writs* constitucionais, tornando-o mais independente³¹. Foi significativamente ampliado o rol de legitimados para o controle concentrado da constitucionalidade. O próprio espectro da jurisdição constitucional foi alargado, com a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão (tanto na via concentrada quanto por meio do mandado de injunção).

Tais circunstâncias favoreceram o fenômeno aludido na medida em que têm ensejado que praticamente todas as questões relevantes resolvidas no âmbito parlamentar sejam, pelos vencidos na arena política (parlamento), submetidas ao Supremo Tribunal Federal³².

³¹ Merece destaque, neste contexto, a evidente observação de que as modificações em formas de acesso e na estruturação do Poder Judiciário, inclusive com a mitigação da influência do Executivo (que, até então, participava diretamente inclusive das promoções de magistrados), contribuíram para a independência e para o aprimoramento do próprio Poder. Urge, contudo, dar passo adiante, com a democratização interna do Judiciário, permitindo-se que os respectivos juízes interfiram diretamente na escolha dos órgãos diretivos dos tribunais. A questão não comporta, no âmbito do presente trabalho, maior desenvolvimento. Não deixa de haver, contudo, pertinência, haja vista que a tese em exposição sustenta, como já restou dito e será repetido, que o processo passe a ser tratado como âmbito de participação democrática, sendo os julgadores instrumentos para que a população participe mais ativamente da formação das vontades públicas, através do controle judicial das políticas públicas. Como admitir que os juízes sejam bons instrumentos de participação democrática retirando-lhes, como hoje ocorre, a possibilidade de participar democraticamente da administração dos tribunais aos quais estão vinculados?

³² Basta lembrar, ainda recentemente, das questões que envolviam a fixação judicial do número máximo de vereadores (de acordo com a respectiva população (RE 197.917/SP, rel. p/ o acórdão Min. César Peluso, DJU 18/02/2005) e a fidelidade partidária (MS 26.602/DF e 26.603/DF – Informativo STF 482). Ideias desenvolvidas com maior profundidade por SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, pp. 9-49.

No mesmo passo, vivemos o fenômeno da constitucionalização do direito. Resultante do momento da redemocratização, como anotado, a Carta de 1988 trouxe em seu bojo regulação de assuntos diversos, alguns de duvidosa índole verdadeiramente constitucional (como a limitação dos juro, por exemplo, posteriormente extirpada por meio de emenda constitucional). A opção do legislador constituinte foi clara. Ao transplantar tais matérias para o texto constitucional, quis afirmar-lhes a relevância para o momento histórico então vivenciado e para o precário equilíbrio de forças políticas que viabilizou a redemocratização. A precariedade do equilíbrio político e a necessária acomodação de forças também impuseram fossem introduzidos no texto constitucional princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação³³, impondo releitura da ordem jurídica, a partir dos novos valores constitucionais³⁴.

Igualmente houve evolução no cenário doutrinário. Em um primeiro momento, logo após a promulgação do texto constitucional, autores como Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève construíram o chamado constitucionalismo brasileiro da efetividade³⁵, pregando pronta aplicação da Constituição, independentemente de mediação legislativa, tudo de forma a modificar a realidade social. Tal momento representou pressuposto importante para o de prevalência do neoconstitucionalismo, hoje vivenciado e que será abordado adiante.

Em momento posterior, Paulo Bonavides (a partir da 5ª edição de seu *Curso de Direito Constitucional*) e Eros Roberto Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*) introduziram no cenário nacional autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy e, com eles, estimularam discussões a respeito da ponderação de interesses, do princípio da proporcionalidade e da eficácia dos direitos fundamentais. Leituras de filósofos como John Rawls e Jürgen Habermas fomentaram discussões a respeito das relações entre direito, moral e política nos âmbito das diversas pós-

³³ Assim, por exemplo, as noções de função social da propriedade (art. 5º, XXIII), livre iniciativa, existência digna e justiça social (art. 170).

³⁴ Aludindo a tal releitura como filtragem constitucional, SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 24.

³⁵ Expressão cunhada por Cláudio Pereira de Souza Neto, referido por SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 24.

graduações, a partir dos anos 90. Repensou-se o modelo hermenêutico, antes fundado na separação entre sujeito (intérprete) e objeto (texto da norma), buscando inspiração na reviravolta linguística da filosofia.

De tudo resultou nova fase da doutrina nacional, que passou a trabalhar com os princípios constitucionais, destacando seu caráter normativo e estudando as peculiaridades de sua aplicação. Ganhou vulto, então, a discussão a respeito da efetividade dos direitos fundamentais – especialmente os sociais –, agora estabelecida a partir do cotejo entre valores constitucionalmente consagrados e democracia e com a utilização de novas categorias, importadas principalmente do direito germânico, como as de mínimo existencial, reserva do possível e proibição de retrocesso.

A evolução doutrinária atinge a fase atual, designada como neconstitucionalista. A expressão tem origem na obra *Neoconstitucionalismo(s)*, publicada por Miguel Carbonell em 2003. O autor destaca que referida expressão tem sido utilizada para designar não uma concepção teórica clara e coesa sobre o fenômeno jurídico, mas correntes que possuem traços comuns, os quais podem ser assim sintetizados:

*[...] valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura de argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.*³⁶

A moderna doutrina constitucional brasileira, marcadamente neconstitucionalista, tem caminhado no sentido de admitir, em maior ou menor grau, sejam os direitos sociais judicialmente sindicáveis.

³⁶ A síntese é de SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 29.

Notório, por outra parte, que a atuação mais recente do Supremo Tribunal Federal³⁷, de um lado, e a pluralidade de decisões proferidas nas diversas instâncias inferiores, adjudicando em prol de particulares prestações públicas, a pretexto de efetivação de direitos fundamentais, principalmente sociais, de outro, refletem aludida posição doutrinária

A utilização do arsenal teórico fornecido pelo neoconstitucionalismo, contudo, não pode servir para justificar aquilo que aqui já foi designado de ativismo judicial despreparado. O que se pretende demonstrar é que o reconhecimento de proeminência do Judiciário somente se justifica se o processo for entendido como meio de participação democrática, franqueando a qualquer do povo a participação direta na formação das vontades públicas. Afasta-se, com isto, o risco de que a vontade do legislador ou do administrador público seja substituída pelo arbítrio do julgador (arbítrio este que não raro tem origem na ideologia do próprio julgador). Para evitar arbítrios, impõe-se a construção de balizas (standards) para a atuação judicial.

Óbices de ordens diversas são opostos ao grau de controle judicial das políticas públicas que pode (e deve) ser exercido. O exame de aludidos óbices será objeto de discussão no Capítulo 2.

A construção de parâmetros para o controle judicial das políticas públicas, por outra parte, será objeto do Capítulo 4.

1.5. Direitos fundamentais, políticas públicas e princípio constitucional da eficiência

Ainda antes de prosseguir, cuidando do controle judicial das políticas públicas, impõe-se conceituá-las.

³⁷ Vejam-se, por exemplo, julgamentos da ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello e da ADIN 3510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres de Brito, sobre a Lei de Biossegurança, dados disponíveis em <<http://www.stf.jus.br>>.

O Estado moderno atua desempenhando inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais. Alguns autores conceituam *políticas públicas* como mera rota de atuação estatal. Corresponderiam, assim, ao planejamento, ao passo que as obras e serviços públicos caracterizam a execução material de uma dada função³⁸.

A função-dever do Estado brasileiro de planejar para si próprio e para a sociedade civil que o sustenta encontra fundamento no art. 147 da Carta Cidadã de 1988³⁹. A elaboração de *políticas públicas*, entendidas como planejamento da atuação estatal, planos de governo, encontraria, então, fundamento no aludido dispositivo constitucional.

Outros autores, contudo, designam por *políticas públicas* tanto o planejamento quanto o atuar do Estado propriamente dito⁴⁰. É nesta última concepção que compreendo e utilizo, aqui, o termo *políticas públicas*. Por *políticas públicas* designa-se, pois, tanto a atuação estatal na busca de um fim que lhe é próprio quanto o programa, as balizas desta atuação, as quais viabilizam aludido atuar.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998, o legislador constituinte derivado impôs aos gestores públicos a obrigação de eficiência quando da prestação de quaisquer serviços públicos (redação atual do art. 37, *caput*, da Constituição da República).

A moderna noção de concretização plena dos direitos fundamentais impõe, neste ponto, a colocação de um problema: se os direitos fundamentais efetivam-se por meio de políticas públicas e se os gestores públicos estão submetidos ao princípio da eficiência, caberá controle judicial para o caso de desatendimento de aludido princípio (o da eficiência)? A resposta que se impõe é afirmativa.

A consagração constitucional da eficiência como condição de validade do ato administrativo (e qualquer política pública exterioriza-se por meio de um ou mais

³⁸ SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública**. São Paulo: RT, 2004, p. 35.

³⁹ BARROS, Sérgio Resende de. A proteção dos Direitos pelas Políticas. **Direitos Humanos Fundamentais (Revista Mestrado em Direito)**. Osasco: Editora do Centro Universitário UNIFIEO, ano 7, vol. 2, 2007, p. 28..

⁴⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 53.

atos administrativos, como é óbvio) tornou vazia de sentido a restrição usualmente oposta à apreciação judicial do mérito administrativo. Se o Judiciário não deve, em princípio, avaliar conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, tem de aferir, por conta do novo mandamento constitucional, sua eficiência.

Entender de forma diversa importaria em fazer letra morta da Constituição. Postura restritiva do Judiciário, abstendo-se de enfrentar a questão, soaria como denegação de prestação jurisdicional.

2 – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. Considerações preliminares

Resultante possível do equilíbrio de forças que viabilizou a redemocratização do país, a Constituição de 1988 foi pródiga na consagração de direitos sociais, intimamente ligados aos valores que foram alçados à condição de autênticos objetivos do Estado Brasileiro (combate à exclusão social, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem comum, defesa do consumidor na ordem econômica etc.).

Em um primeiro momento, como já restou anotado, a doutrina e a jurisprudência vacilaram, deixando de reconhecer a plena normatividade dos direitos sociais inseridos no texto constitucional e, assim, rechaçando a possibilidade de exigência em juízo de prestações positivas por parte do Estado. Prevalencia, então, leitura ortodoxa do princípio da separação de poderes, entendendo traduzirem-se em indevida interferência na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões judiciais que, a pretexto de efetivarem direitos sociais, promovessem controle de políticas públicas⁴¹.

Felizmente, houve evolução. A proliferação, em todas as instâncias, de decisões judiciais ordenando entrega de prestações materiais aos jurisdicionados, prestações estas que decorrem de direitos sociais constitucionalmente consagrados, faz acreditar que o Judiciário brasileiro passou a levar a sério os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais. A utilização da via judicial, portanto, foi definitivamente transformada em instrumento posto à disposição do cidadão para a luta em prol da inclusão social e da garantia de vida digna.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553.

Neste contexto, avulta a importância do fenômeno processual, que já não pode ser entendido apenas como instrumento de pacificação social, através do qual ocorre a outorga de soluções concretas para os conflitos acaso surgidos no seio da sociedade. Para além da visão tradicional, o processo transmuda-se em autêntico instrumento de participação democrática, como será demonstrado no final do presente capítulo.

A evolução, contudo, não se fez sem percalços, nem deixaram de haver exageros na atuação judicial.

A introdução anotou que o Brasil primou, historicamente, pela insinceridade normativa. Promessas constitucionais e infraconstitucionais de efetiva atuação do Estado no sentido de minorar as desigualdades sociais, protegendo a dignidade humana – e tal é a matriz de onde defluem todos os demais direitos fundamentais – simplesmente não eram levadas a sério.

O reconhecimento de plena normatividade do texto constitucional, o destaque da importância dos princípios nele inseridos, o estudo das peculiaridades de aplicação de tais princípios, a influência, enfim, das correntes neoconstitucionalistas dentre nós erigiram o Poder Judiciário a situação de proeminência. O juiz hoje é visto como autêntico guardião das promessas⁴² civilizatórias inseridas no texto constitucional.

Ressalte-se que a afirmação de que o juiz é visto como guardião das promessas civilizatórias traduz-se em constatação do fenômeno, e não em apologia do mesmo. Já restou assentado que há equívocos e exageros – ativismo judicial despreparado, para tomar, ainda uma vez mais, emprestada a expressão de Virgílio Afonso da Silva⁴³ –, mas não se pode deixar de considerar que o Judiciário, pela sua capilaridade e pelas facilidades crescentes de acesso, é hoje o caminho mais seguro

⁴² A ideia de que o Poder Judiciário seria “guardião de promessas” é objeto de crítica em importante obra de Antoine Garapon, *Le gardien de promesses: le juge et la democratie*. Paris: Odile Jacob, 1996. A referência foi retirada do texto de SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 21.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

e eficaz para que os cidadãos, isoladamente ou por meio da sociedade organizada (associações), do Ministério Público ou da própria Defensoria Pública, busquem intervir diretamente na formação e no controle das vontades públicas.

É neste contexto que se coloca o presente trabalho. Algum grau de ativismo judicial é indispensável à plena efetivação do Texto Constitucional, ainda mais em país onde sabidamente membros do Executivo e do Legislativo não raro envolvem-se em desmandados e escândalos⁴⁴, afastando-se dos ideais pelos quais foram democraticamente erigidos ao Poder.

Anote-se que o afastamento de tais ideais decorre não apenas de corrupção, ao menos no sentido popular do termo, mas também da falta de compromisso dos eleitos com as ideias e projetos pelos quais foram erigidos ao Poder. A assertiva remete ao sistema eleitoral e à inexistência, no Brasil, de formas mais efetivas de controle dos eleitos, como o *recall*. A questão interessa somente de forma indireta ao tema do presente trabalho, mas será retomada adiante.

Ressalte-se, de outra parte, que a afirmação de que algum grau de ativismo judicial é indispensável não ignora a ocorrência de desvios de conduta também na seara do Judiciário. Ocorre que o controle sobre a atuação judicial é cada vez mais efetivo, seja por meio dos próprios recursos existentes, que possibilitam diversos reexames das questões propostas, seja pela atuação do Conselho Nacional de Justiça. A criação de referido órgão pela Emenda Constitucional 45 (a chamada Reforma do Judiciário) tem ensejado, com percalços, não apenas que o Judiciário passe a atuar de forma razoavelmente planejada (os estabelecimentos de metas anuais inserem-se neste contexto), mas também que desvios de conduta que antes eram ignorados pelo corporativismo existente passem a ser apurados e punidos, contribuindo para o aprimoramento ético do Judiciário. Na medida em que isto corre, o Judiciário torna-se mais apto para atuar na consolidação da democracia.

⁴⁴ Desnecessário, em trabalho desta natureza, reproduzir alusão a episódios com os escândalos dos “mensalões”, das ambulâncias, dos dólares em cueca e tantos outros.

De outra parte, a circunstância inédita de que as decisões judiciais mais caras aos destinos do país podem ser presenciadas, ao vivo, por meio da TV Justiça⁴⁵ potencializa o papel de protagonismo judicial.

Crescente, ademais, o interesse da mídia pela atuação judicial. Para muito além dos noticiários policiaiscos – os quais, de uma forma ou outra, sempre existiram –, a mídia cede espaço cada vez maior à divulgação da atuação do Judiciário e dos juízes, quer nos processos propriamente ditos, quer para além deles, em campanhas que demonstram a preocupação dos magistrados brasileiros com a modificação do ambiente social no qual estão inseridos, superando a visão clássica do juiz que não se manifesta senão nos autos que lhe são submetidos. São paradigmáticas as sucessivas campanhas promovidas pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)⁴⁶.

Não há quase nenhuma notícia relevante a respeito da qual não sejam os magistrados instados a posicionarem-se, mesmo fora do ambiente processual. Aliás, os integrantes do Supremo Tribunal Federal há muito deixaram de ser conhecidos apenas pelos atores judiciais.

Relevante anotar, também, que os tribunais de todo o país têm incorporado ao *staff* administrativo assessores de comunicação. Os diversos sites da rede mundial de computadores pertencentes aos órgãos judiciários não apenas facilitam acesso às informações processuais propriamente ditas, mas também servem de plataforma de divulgação dos respectivos avanços administrativos e estruturais. Mais importante ainda! Referidos *sites*, sob a orientação das assessorias de comunicação que os tribunais passaram a possuir, também divulgam as mais importantes

⁴⁵ Evidente a mais não poder que o conteúdo dos debates e das decisões transmitidas por meio da TV Justiça nem sempre são, por sua própria natureza e pelo linguajar técnico nelas utilizado, acessíveis a todo o povo. Nada obstante, a simples possibilidade de acesso às discussões e decisões por qualquer do povo significa inestimável contribuição para a conscientização da população a respeito de seus direitos e, sobretudo, para ampliar as possibilidades de acesso ao Judiciário, tornando-o mais transparente e, portanto, mais democrático. De mais a mais, a transmissão das sessões implica em ampliação do ônus argumentativo dos julgadores, uma vez que a decisão adotada será tanto mais legítima quanto melhor for compreendida e aceita pelo conjunto da população. O STF não tem sido alheio a tal circunstância. A atitude dos membros do STF em julgamentos recentes, sobretudo nos casos das pesquisas com células-tronco e no recebimento da denúncia ofertada contra os envolvidos no suposto “mensalão” do PT (Partido dos Trabalhadores) parece apontar compreensão da nova realidade.

⁴⁶ Tomem-se, como exemplos, as campanhas “Mude um destino”, “Eleições Limpas”, “Cidadania e Justiça também se Aprendem na Escola”. Dados disponíveis no site <<http://www.amb.com.br>>.

decisões de cada um deles, com especial ênfase para as decisões mais relevantes socialmente – dentre elas merecendo destaque, sem dúvida alguma, aquelas que, sob o argumento da efetivação dos direitos fundamentais e, especialmente, dos direitos sociais, controlam políticas públicas –.

Os próprios órgãos de comunicação social (jornais, revistas, TVs, mídias eletrônicas etc.) são alimentados de notícias do Judiciário por meio das ditas assessorias de comunicação – como, de resto, ocorre tanto com outros órgãos do Poder Público como na iniciativa privada, quando a divulgação da informação é cara aos interesses de quem as emite. A postura demonstra, sem resquício de dúvida, acentuada preocupação do Judiciário nacional com a ampliação de sua capacidade de interlocução com a sociedade na qual está inserido. O Judiciário mostra-se mais aberto e acessível à população e, na medida em que o faz, empresta maior grau de legitimidade às suas decisões. Louvável, portanto, que tal venha ocorrendo.

Não se pode ignorar, no entanto, que há risco nesta postura de maior exposição do Judiciário ao conhecimento e, por extensão, à censura pública. Referido risco não recomenda revisão do posicionamento, no sentido de restringir informações. Mas não pode ser ignorado. Tal consiste na sedução da popularidade fácil. Explica-se. O conhecimento e aceitação das decisões judiciais pela população reforçam a função do Poder Judiciário na consolidação da democracia. A exposição desmedida e, algumas vezes, a promoção pessoal de magistrados são incompatíveis com a natureza da atividade jurisdicional.

O modelo de Estado voltado ao bem-estar social, eleito pelo constituinte de 1988, há imposto aos julgadores nacionais a necessidade de, não raro, enfrentarem situações que compelem controle judicial de políticas públicas. Tal o meio único de tirar do papel os direitos inscritos no Texto Constitucional.

Questões ligadas à efetivação dos direitos sociais, sobretudo, têm ensejado decisões que impõem ao Estado gastos muitas vezes vultosos, mesmo que em prol de apenas um cidadão. Inúmeras são as referências a fornecimentos de medicamentos importados, de próteses, de tratamentos médicos no estrangeiro etc.

Referidas decisões, se analisadas individualmente, são absolutamente justas.

Frise-se, por relevante, que tais decisões são adotadas, no dia a dia forense, sob o influxo da premência e da cognição aligeirada que são próprias dos provimentos de índole antecipatória. Situações como tais, quando postas à consideração do julgador, praticamente não deixam margem alguma de dúvida. A parte está à beira da morte e o julgador, sendo homem, não tem outro impulso que não seja assegurar-lhe a vida. Diante de disjunção impor ao Erário a obrigação de fornecer medicamento dispendioso ou garantir a vida de um ser humano, qualquer julgador tenderá a ordenar fornecimento do medicamento. E se, ao final, restar apurado que a parte não tinha direito a dito medicamento? Neste caso, deverá o Ente Público cobrar do demandante – ou de seus sucessores (nos limites da lei, por evidente), se ele não houver sobrevivido – o valor despendido.

A questão é que, mesmo na hipótese de recuperação posterior do valor desembolsado, o Ente Público teria, concretamente, utilizado em um dado momento recursos que, por certo, destinavam-se a outra finalidade. Para atender um cidadão, outros tantos provavelmente foram desatendidos.

A decisão que é justa do ponto de vista individual, portanto, pode ser injusta sob o prisma coletivo, mormente se for observada a questão da escassez de recursos⁴⁷.

Como deve agir o julgador, então, em tais situações?

O risco ao qual se aludiu consiste exatamente na possibilidade de que o julgador se deixe enfeitiçar pelo aplauso fácil, por assim dizer, tomando decisões que ignoram a respectiva repercussão social e econômica para além dos autos onde é travada a controvérsia posta à sua consideração. Anote-se, nesta passagem, que decisões que negam adjudicação imediata de prestações por particulares, quer com olhos postos na separação de poderes e na liberdade de conformação do legislador, quer em atenção às limitações de recursos (fáticas e orçamentárias), tendem a ser censuradas pelos demais julgadores, pela academia e pela opinião pública,

⁴⁷ Neste sentido, vide AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87. A discussão sobre os custos dos direitos e a escassez de recursos será retomada no Capítulo 3.

incensada pela exposição já referida, como se representassem autêntica traição aos objetivos constitucionais⁴⁸.

A questão está, pois, em que algum grau de ativismo judicial – e, portanto, de controle das políticas públicas, ponto relevante para o trabalho – é necessário, pena de fazer-se letra morta do texto constitucional. A atuação proativa do Estado-Juiz, no entanto, não pode beirar a irresponsabilidade. Tampouco é legítimo supor que o julgador possa agir de forma arbitrária, substituindo as escolhas feitas pelo legislador por suas próprias escolhas, reflexos da ideologia que carrega, agindo com messianismo, como se ungido para, por ato seu, pôr fim às desigualdades que permeiam a história do país. É necessário construir, para além da figura do Juiz - Hércules, de Ronald Dworkin, parâmetros de atuação judicial, de forma a ensejar a atuação daquilo que designo de juiz social e economicamente responsável⁴⁹.

Retomo, assim, a assertiva de que é necessário construir balizas que guiem a atuação judicial em situações de tal estirpe. A construção de tais balizas (ou standards) não prescinde do exame das objeções corriqueiramente opostas ao controle judicial das políticas públicas, com oferta de argumentos para superá-las, na medida do que isto é possível.

2.2. Críticas usualmente opostas ao controle judicial das políticas públicas:

As objeções mais costumeiras à possibilidade de controle judicial das políticas públicas podem ser agregadas em dois grandes grupos, quais sejam, o daqueles argumentos relacionados com o dogma da separação de poderes e com o déficit de

⁴⁸ Daniel Sarmiento destaca que quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política e da vida social brasileira nos tempos atuais é logo tachado de conservador. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009..p. 36.

⁴⁹ Ronald Dworkin idealiza a figura do julgador e justifica forte ativismo judicial na proteção dos direitos individuais. Ele próprio, contudo, restringe atuação judicial quanto aos direitos sociais – tema do presente trabalho –. Apenas os poderes eleitos teriam legitimidade e capacidade para deliberar a respeito. **Apud** SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 581, nota 93.

democracia de que padeceria o Judiciário para o exercício de tal controle, de um lado, e, de outro, o que agrega dificuldades operacionais, assim entendidas questões como as da formação inadequada dos juízes, das restrições decorrentes do modelo processual vigente e das limitações de recursos (fáticas e orçamentárias).

Como salientado, referidas objeções serão enfrentadas na busca de oferecer argumentos que permitam superação, obedecida a divisão em grupos antes apontada.

2.2.1. Críticas relacionadas com o dogma da separação de poderes e o déficit de democracia do Judiciário para o exercício do controle das políticas públicas

Demasiadamente comum a afirmação de que ao Judiciário faleceria legitimidade democrática para imiscuir-se nas deliberações do Executivo e do Legislativo, uma vez que seus membros não se submetem ao controle popular pelo voto. Ao fazê-lo, intervindo na formação das vontades públicas e na execução das políticas públicas, o julgador estaria substituindo a vontade do povo, externada diretamente ou por meio de representantes democraticamente eleitos, pela dele próprio. Haveria, em tais circunstâncias, insegurança e risco do estabelecimento de uma autêntica ditadura da toga, com a substituição das deliberações democráticas pelas deliberações judiciais.

A questão não desafia solução simples, impondo, mesmo, releitura do clássico dogma da separação de poderes, tudo de forma a compreender a moderna noção de que o Judiciário pode – e deve – atuar no sentido de ver efetivada a vontade constitucional, sendo tal atuação tida como meio de exercício de democracia deliberativa⁵⁰, com participação franqueada a qualquer do povo para intervenção e controle na formação e execução das vontades públicas. Entender de forma diversa

⁵⁰ Sobre a noção de democracia deliberativa, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio Janeiro: Renovar, 2006.

importaria em fazer letra morta do Texto Constitucional, sepultando as possibilidades de resgate das desigualdades sociais que sua promulgação buscou implementar.

Necessária, nesta passagem, a contextualização histórica do surgimento da doutrina da separação de poderes, de forma a entender seu correto significado, ensejando a apontada releitura. A noção emergiu a partir das ideias de Locke e Montesquieu, com o intuito de oferecer respostas ao absolutismo monárquico que prevalecia até o advento do Iluminismo, mediante a despersonalização do poder. A despersonalização necessária ocorreu através do império da lei. A lei é a razão escrita, produto do contrato social, que se opõe, de um lado, à lei da força, do estado de natureza e, de outro, ao arbítrio do soberano. Fruto de processo racional, a lei é vista como cristalização de regra geral e suprema de conduta, não sujeita a alterações ou adaptações posteriores.

A finalidade da doutrina era, portanto, o controle do poder e a coibição do arbítrio do soberano. Foi idealizada antes como preceito de arte política que como princípio jurídico, voltada especialmente para evitar o despotismo real⁵¹.

O juiz era, em tal contexto, visto apenas como a “boca da lei”. Aquele momento histórico impunha afirmação das vontades públicas construídas no parlamento e, recorde-se, ainda não havia o reconhecimento da plena normatividade dos textos constitucionais.

Anotando a respeito do que ocorria na Europa continental, em passagem que, em tudo e por tudo, pode ser trasladada para a realidade nacional, Nicola Picardi⁵² ressalta que, entre o século XVIII (berço das ideias iluministas e do advento da teoria da separação de poderes) e a primeira metade do século XX, registrou-se burocratização da função do juiz, com igualação substancial das funções judiciária e administrativa. Tais eram, em verdade, estruturas de um único aparelho de poder. O poder pertencia e era exercido exclusivamente pelas elites políticas. Os juízes agiam, por assim dizer, por delegação dos detentores do poder. Limitavam-se,

⁵¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial No Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 89.

⁵² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organização e revisão técnica de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

nestas condições, a reproduzir a vontade dos detentores do poder econômico e político, expressa nas leis.

O advento do período pós-guerras, da concepção do Estado Social, da teoria dos princípios e da Nova Hermenêutica Constitucional evidenciou que os tempos atuais já não demandam proteção contra o arbítrio do monarca, senão contra os abusos da lei, o arbítrio dos parlamentos e a falta de efetividade dos comandos constitucionais. A sociedade contemporânea demanda proteção contra a instrumentalização do direito e das leis em favor dos mercados e das minorias abastadas. É neste contexto que se coloca a necessária releitura do dogma da separação de poderes⁵³. A separação de poderes, nos moldes como preconizada pelo Iluminismo, não é capaz de responder aos anseios do Estado Social. A lei já não é um valor em si. O poder estatal somente se legitima na medida em que, além de assegurar as liberdades, busca fundamentalmente promover a igualdade entre seus súditos. Limitar o poder, dentre nós, implica assegurar que o poder estatal esteja sempre a serviço da igualdade e da promoção do bem comum aos cidadãos, por meio de ações positivas⁵⁴. Afinal de contas, direitos precisam ser garantidos⁵⁵.

Indispensável destacar, com Andreas Krell⁵⁶, que a inconstitucionalidade permanente, decorrente, sobretudo, da não concretização dos direitos inscritos no texto constitucional, conduz inevitavelmente à desestabilização política. A apartação entre os textos constitucionais e a realidade social conduz, em última análise, ao mais severo grau de crise política, designada por Paulo Bonavides⁵⁷ de crise constituinte: nela, ocorre a desmoralização política da sociedade, com evidente padecimento dos direitos fundamentais.

⁵³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 61.

⁵⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 64.

⁵⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008p. 65.

⁵⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial No Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 87.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed; São Paulo: Malheiros, 2007, p. 576.

O controle judicial das políticas públicas não pode ser entendido senão como caminho para efetivar a vontade constitucional, ainda mais quando a mesma é ignorada pelo Executivo e pelo Legislativo.

Construindo ponto de vista idêntico, Nagibe de Melo Jorge Neto⁵⁸ salienta que as transformações pelas quais passou a estrutura e organização do Estado na contemporaneidade, em decorrência, sobretudo, do surgimento de uma sociedade a cada dia mais complexa, estão a determinar uma nova configuração da separação dos poderes. O Poder Judiciário assume a função não somente de solucionar conflitos e interpretar as normas jurídicas, mas também se vê impelido a construir, no caso concreto, o sentido dessas normas e, conseqüentemente, conformar as políticas públicas determinadas ao Estado pelos comandos constitucionais. Não há, pois, falar em ofensa ao dogma da separação de poderes. Trata-se de nova perspectiva na atuação do Judiciário, determinada, em larga medida, pelo pós-positivismo, que impôs a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais⁵⁹.

Não se sustenta, tampouco, a crítica segundo a qual careceria o Estado-Juiz de legitimidade para enfrentar tais questões, por não terem passado seus membros pelo crivo do sufrágio popular. Ora, a simples submissão a concurso de provas e títulos legitima a atuação do magistrado. Como bem anota Valter Foleto Santin⁶⁰, os magistrados são dotados de uma espécie de mandato institucional, vez que escolhidos entre os demais cidadãos em um certame onde a capacidade de representação é apurada não a partir do voto, mas pela aferição de conhecimento. O mesmo autor adverte que, se acaso faltasse legitimidade ao Judiciário para enfrentar demandas envolvendo políticas e ações fixadas pelos demais poderes, por carecer do sufrágio popular, também não poderia julgar ações e lesões a direitos do cidadão. Como admitir mandados de segurança, por exemplo? Seria a morte do Judiciário – e, por extensão, da cidadania.

⁵⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 22.

⁵⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 97.

⁶⁰ SANTIN, Valter Foleto. **Controle Judicial da Segurança Pública**. São Paulo: RT, 2004. p. 224.

Não se pode deixar de anotar, por relevante para a discussão aqui travada, que há evidente déficit de legitimidade na atuação dos parlamentos e do Executivo, ao menos na realidade nacional. Aqui é designada de déficit de legitimidade a atuação dos eleitos em dissonância com os projetos e ideais que os erigiram ao Poder e, portanto, com os anseios dos eleitores. São diversos, mas conhecidos, os fatores que propiciam aludido déficit. O sistema de partidos fracos, sem identidade política e ideologia clara, franqueia legenda a praticamente qualquer um, que é eleito sem compromisso firme com o ideário da agremiação pela qual concorreu⁶¹. As formas de arrecadação e financiamento das campanhas partidárias, que acabam ensejando maiores oportunidades aos mais abastados (ou, ao menos, àqueles que são patrocinados pelos detentores do poder econômico, em troca, por evidente, de proteção aos respectivos interesses). A forma de contagem dos votos nas eleições proporcionais, com aproveitamento de sobras partidárias para ensejar a eleição de quem teve mínima aprovação popular, em detrimento de quem, muitas vezes, recebeu maior quantidade de votos, o que leva, na prática, à inequívoca situação de que o eleitor vota, mas não sabe quem vai eleger com o seu voto. A ausência de mecanismos efetivos de “prestação de contas”, como o *recall*⁶². As condições de instrução do eleitorado brasileiro, aptas a ensejarem o comprometimento da livre e efetivamente consciente escolha.

Notória, portanto, a precariedade do sistema de democracia representativa hoje existente no Brasil. A falta de compromisso é tão irritantemente explícita que, como argutamente anota Cláudio Pereira de Souza Neto, os partidos políticos nacionais formulam políticas a fim de ganhar eleições, e não ganham eleições com a finalidade de formular políticas⁶³.

Não se pode deixar de anotar que há tentativas, mesmo tímidas, de resgatar a participação popular efetiva na formação das vontades públicas, como ocorre nas

⁶¹ Neste contexto, são dignas de nota as tentativas recentes de imposição da fidelidade partidária e da verticalização das coligações (manutenção da mesma coligação nas eleições nacionais e estaduais). As marchas e contramarchas vivenciadas a respeito dão o grau da dificuldade de mudar a cultura brasileira no particular.

⁶² Possibilidade de perda do mandato durante o curso do mesmo, por atuação diversa do programa que ensejou a eleição.

⁶³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio Janeiro: Renovar, 2006, p. 74.

plenárias para elaboração de orçamentos participativos. As tentativas, contudo, têm obtido resultados frustrantes para a população, mormente porque, no nosso sistema legislativo, o orçamento público é apenas autorizativo, não vinculando o gestor público. Assim, as decisões para construção de colégios, creches, praças, hospitais e outras como tais, resultantes de experiências de orçamento participativo, têm sido ignoradas, causando desconfiança na população e, na prática, afastando-a do exercício democrático.

A admissão do controle judicial das políticas públicas, neste contexto, significa construção de novo caminho de participação democrática.

O argumento de que o controle judicial das políticas públicas, com olhos postos na efetivação da vontade expressa no texto constitucional, agride a separação de poderes é, em verdade, antidemocrático. Tal posição parece encobrir intenção, consciente ou não, de perpetuar a situação de dominação do poder pelas elites política e econômica hoje existentes, afastando a possibilidade de que o texto constitucional sirva de instrumento de transformação da realidade social – objetivo, aliás, do Estado que se pretende democrático e social.

Não há refutação possível, ademais, para o argumento exposto por Nagibe de Melo Jorge Neto⁶⁴, respeitante à visão da decisão judicial como resultante de discurso democrático. O debate público, que tem lugar no desenvolvimento da argumentação judicial, pode se converter em um importante instrumento de democracia participativa.

Decisão judicial transcende, portando, a visão kelseniana de ato da vontade do juiz. É construída a partir dos argumentos esgrimidos pelas partes, das provas e das pressões sociais eventualmente envolvidas.

*É o conjunto de argumentos que têm culminância na decisão judicial e a participação direta do povo, na condição de parte, que conferem, portanto, legitimação às decisões judiciais.
[...]*

⁶⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 22.

*A decisão judicial legitima-se, pois, pelo discurso democrático do qual é fruto, pela racionalidade à qual deverá estar sujeita e, formalmente, pelo próprio texto constitucional e pela ampla acessibilidade aos cargos da magistratura*⁶⁵.

É necessário explicitar, nesta passagem, que a admissão da possibilidade de que o Judiciário exerça controle das políticas públicas, seja conformando-as à vontade constitucional, seja ordenando implementação delas, quando houver omissão do agente público (observadas limitações de que ainda se irá tratar), importa em revisão também da noção do papel que o julgador exerce no seio da sociedade.

De fato, a transformação do processo em autêntica arena de participação democrática, por meio do qual a população, isoladamente, por meio de associações ou representada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, erige o juiz à condição de autêntico ator político. O advento do Estado Social impõe mudança na forma de atuação do Judiciário. Já não lhe cabe apenas decidir quem tem ou deixa de ter razão a partir da lei advinda do parlamento. Antes, incumbe-lhe verificar se o exercício do poder de legislar conduz adequadamente à concretização dos resultados projetados constitucionalmente. Rompe-se a tradicional neutralidade⁶⁶ do juiz, politizando-o (no sentido de que o mesmo passa a ser partícipe na formação e no controle das vontades públicas).

A politização da justiça (ou judicialização da política), como se convencionou chamar o fenômeno, importa em riscos, que não podem ser ignorados. Referidos riscos dizem, sobretudo, com a figura do julgador. A atuação política que se sustentou ser possível não pode ser confundida com messianismo, nem com atuação ideologicamente engajada. Tampouco o novo papel do Judiciário pode ser exercido irresponsavelmente, sem considerar as críticas operacionais ao exercício de controle judicial (as quais serão discutidas a seguir). Tampouco pode deixar de

⁶⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 25.

⁶⁶ Neutralidade, não imparcialidade, que é condição para o exercício da jurisdição. O juiz não pode ser parcial, no sentido de carrear, para o processo, juízo prévio a respeito do direito reclamado por uma ou outra das partes. No Estado Social, contudo, deve estar firmemente comprometido com a efetivação das vontades constitucionais, no sentido de minorar as desigualdades sociais que tal modelo de estado visa combater.

observar a regra da eficiência. É por esta razão que se impõe a construção dos parâmetros que constituem o objeto do presente trabalho.

De último, importa recordar que igualmente se costuma opor à possibilidade do controle aqui discutido a questão do mérito administrativo, sustentado a impossibilidade de o Judiciário nele imiscuir-se. Ocorre que a consagração constitucional da eficiência como condição de validade do ato administrativo (e qualquer política pública exterioriza-se por meio de um ou mais atos administrativos, como é óbvio) tornou vazia de sentido referida restrição. Se o Judiciário não deve, em princípio, avaliar conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, tem de aferir, por conta do novo mandamento constitucional, sua eficiência.

Entender de forma diversa importaria em fazer letra morta da Constituição. Postura restritiva do Judiciário, abstendo-se de enfrentar a questão, soaria como denegação de prestação jurisdicional. Reforçada, portanto, a necessidade da construção de paradigmas que balizem a atuação judicial.

2.2.2. Críticas operacionais

Relevante recordar que constitui objetivo da presente dissertação a construção de parâmetros que guiem a atuação do julgador no controle judicial das políticas públicas, notadamente daquelas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais. Busca-se evidenciar, em suma, a relevância da utilização da ponderação econômica quando da avaliação que deve ser realizada pelo julgador em cada caso concreto.

A atuação judicial é meio de participação democrática e deve ser realizada com olhos postos no princípio constitucional da eficiência.

O raciocínio por ser desenvolvido, então, impôs, em primeiro lugar, a discussão das objeções corriqueiramente opostas ao aludido controle que têm origem no dogma da separação de poderes e no alegado déficit de democracia do Estado-Juiz para interferir na formação das vontades públicas.

Superadas tais questões, deve ser enfrentado o outro grupo de críticas usualmente opostas ao aludido controle, designadas de operacionais. Referidas críticas, como já anotado, relacionam-se com limitações de recursos (fáticas e orçamentárias), restrições impostas pelo modelo processual vigente e formação inadequada dos juízes.

2.2.2.1. A questão dos custos dos direitos

Indispensável à discussão a respeito da utilização da ponderação econômica como critério de decisão judicial deitar olhar, previamente, a respeito da questão dos custos dos direitos e das escolhas trágicas que a escassez de recursos disponíveis enseja.

Óbvio a mais não poder que todos os direitos demandam custos. Há clássica divisão entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais e a falsa suposição de que apenas os últimos demandam prestações (deveres) positivas.

Gustavo Amaral decompõe os direitos em pretensões positivas e negativas para demonstrar que todos eles demandam umas e outras e, portanto, custos. Assim é porquanto todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para a respectiva implementação⁶⁷. Desta forma, mesmo o direito de propriedade, por exemplo, demanda custos ao Poder Público, relacionados com a manutenção da ordem que garante o regular exercício de tal direito.

A evidente escassez de recursos enseja a necessidade da adoção de escolhas trágicas (**trade-off**). Quem atender? Quem não atender? Quantos atender? Flávio Galdino⁶⁸ esclarece:

⁶⁷ HOME, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co., 1999, p. 9, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 72.

⁶⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 252.

Antes de ser inimiga ou mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos – ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos – através de análises de custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio Direito.

Tais questões são ainda mais importantes em um estado como o brasileiro, voltado ao bem-estar social (**welfarista**, para tomar emprestado o neologismo de Luciano Benetti Timm⁶⁹).

O modelo de Estado voltado ao bem-estar social, eleito pelo constituinte de 1988, há imposto aos julgadores nacionais a necessidade de, não raro, enfrentarem situações que compelem controle judicial de políticas públicas. Tal o meio único de tirar do papel os direitos inscritos no Texto Constitucional.

Evidente, neste contexto, que as restrições de recursos (tanto fáticas quanto orçamentárias) precisam ser consideradas no ato de decidir. Não podem, contudo, servir de argumento exclusivo para denegação de direitos assegurados no Texto Constitucional, relegando à irrelevância os mandamentos ali inseridos. Daí a indispensabilidade da construção dos parâmetros de atuação judicial aos quais se tem sistematicamente referido.

A questão dos custos dos direitos será desenvolvida no Capítulo 3.

2.2.2.2. As restrições impostas pelo modelo processual vigente

Já restou exaustivamente exposto que a modernidade, a influência das correntes neoconstitucionalistas, a construção de uma teoria dos princípios e de uma Nova Hermenêutica Constitucional, o reconhecimento, enfim, da plena normatividade dos textos constitucionais estão a impor modificação na atuação do Estado-Juiz, que assume papel de proeminência, servindo o processo de autêntico

⁶⁹ TIMM, Luciano B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

espaço aberto à participação democrática na formação e controle das vontades públicas.

Evidente, neste contexto, a necessidade de revisar o modelo processual disponível, inclusive com forma de permitir que o processo efetivamente exerça sua nova função social, não apenas de meio de pacificação dos conflitos surgidos no seio da sociedade, mas também de instrumento de participação democrática.

A primeira dificuldade diz com a precariedade do acesso à Justiça. Na esteira do raciocínio aqui desenvolvido, o processo há de ser entendido com ampliação das possibilidades de participação democrática, franqueado a qualquer cidadão, diretamente, por meio de associações, do Ministério Público ou da Defensoria Pública a possibilidade de controlar diretamente a formação e execução das vontades públicas, compelindo os agentes públicos à adjudicação de prestações positivas. Aliás, a própria capilaridade da estrutura judiciária, presente nos mais distantes rincões do país, já foi aqui referida como argumento apto a reforçar a ideia de que a atuação judicial é o caminho mais simples e, portanto, mais democrático para possibilitar atuação direta dos cidadãos na formação e controle das vontades públicas. Nada obstante, a experiência cotidiana, reforçada por algumas pesquisas, tem apontado para a apropriação dos recursos disponíveis, escassos por definição, pela classe média, agravando a concentração de renda, ignorando o dever de solidariedade social e, assim, caminhando no sentido inverso da abertura democrática aqui sustentada.

Cláudio Pereira de Souza Neto⁷⁰ refere pelo menos duas pesquisas realizadas em São Paulo. A primeira, realizada entre 1997 e 2004, aponta que em 67,7% dos casos que demandavam prestações positivas por parte dos poderes públicos, com fundamento na plena normatividade dos direitos sociais, os autores eram representados por advogados particulares – o que faz supor capacidade econômica minimamente razoável. Pesquisa similar, relativa ao ano de 2005, aponta que em

⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 534 (o autor refere pesquisas realizadas por terceiros, notas 68 e 69).

54% dos casos os autores eram representados por advogados particulares. Pior! Em 63% dos casos os demandantes residiam em áreas de menor grau de exclusão social do Município de São Paulo.

A abordagem da questão do acesso ao Judiciário como contraponto à possibilidade de controle judicial das políticas públicas, portanto, transcende, em muito, a mera verificação da possibilidade de acesso formal. Este, inegavelmente, tem sido facilitado, seja pela ampliação da estrutura judiciária em todas as esferas (ampliação dos números de comarcas, varas e juízes na esfera estadual, interiorização das justiças federal e do trabalho), seja pela estruturação e ampliação das defensorias públicas. A questão resvala, ainda uma vez mais, nas carências do sistema de educação. As populações menos favorecidas são menos instruídas e, assim, conhecem menos os seus direitos, o que faz com que litiguem menos do que poderiam (ou deveriam). A classe média, mais instruída e com maior acesso às informações de toda ordem, conhece mais e melhor as possibilidades de proteção de seus direitos e, assim, faz instaurar, como maior frequência, demandas por prestações positivas por parte do Estado⁷¹.

Tais circunstâncias têm ensejado decisões que findam por destinar fatia significativa dos escassos recursos disponíveis a parcelas nem tão desfavorecidas assim da população, agravando desigualdades sociais, como anotado.

Desde já é indispensável anotar, portanto, que o exame da efetiva necessidade quanto à prestação demandada e da absoluta impossibilidade de provê-la por si ou por sua família é um dos parâmetros que devem ser levados a sério na formação da convicção do julgador em demandas da natureza daquelas aqui muitas vezes referidas. Não podem ser ignorados os princípios da solidariedade social, da subsidiariedade e da proporcionalidade⁷². A fixação dos parâmetros de decisão judicial em tais circunstâncias será aprofundada no Capítulo 4.

⁷¹ Há diversos exemplos de demandas de pessoas com razoável condição financeira que pleiteiam do Estado prestações positivas para suprir necessidades que poderiam ser atendidas com algum grau de esforço pessoal e/ou familiar, sem por em risco a sobrevivência. Assim, os pleitos de fornecimento de bombas de insulina para diabéticos. O valor não é exorbitante e, nada obstante, vários membros da classe média têm obtido aludido equipamento por via judicial, com fundamento em interpretação abrangente e extensiva do direito à saúde, interpretação que beira a irresponsabilidade.

⁷² No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e

Outro ponto que merece abordagem diz com a legislação processual vigente propriamente dita. Concebida sob uma perspectiva individualista, a legislação privilegia a tomada de decisões que ponham fim aos conflitos como se cada um deles fosse único, sem cogitar das repercussões da decisão acaso adotada para além dos respectivos autos.

A adoção de tal modelo cria dificuldades evidentes, ainda mais quando se trata de controlar políticas públicas. Um dos parâmetros que se pretende fixar para guiar a atuação judicial no exercício de tal controle diz com a possibilidade de universalização da decisão. O modelo existente não enseja produção de provas destinadas a investigar tal circunstância. São restritas as hipóteses de participação de terceiros no processo (quando se alude a terceiros, não se está a cogitar das figuras clássicas que, em regra, buscam proteger interesses próprios em demandas de outrem, mas de pessoas ou entidades que, sem interesse imediato na demanda, interfiram na formação da convicção do julgador, fornecendo os subsídios necessários, como ocorre, por exemplo, com o *amicus curiae*). Há problemas evidentes no que se relaciona com o ônus financeiro pela produção das provas acaso necessárias. De regra, quem demanda prestação positiva da parte do Estado é – ou, ao menos, deveria ser – carente, pelo que não tem como bancar, nem mesmo em parte, os custos com perícias, por exemplo. Os entes públicos, por seu lado, não disponibilizam verba própria para tal fim.

Não há, ao menos no texto da lei, abrandamento na vinculação do juiz ao pedido (para propiciar, por exemplo, determinação que compila ao fornecimento de remédio genérico, com o mesmo princípio ativo, ao invés do remédio de marca apontado na inicial, a partir de recomendação de médico particular do promovente da demanda).

Há claros problemas quando à efetivação das decisões que porventura imponham prestações positivas aos agentes públicos (a questão resvala, invariavelmente, na tibieza do Judiciário em impor multas aos gestores responsáveis pela omissão, com repercussão nos respectivos patrimônios particulares, na

TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44. Sobre Solidariedade Social, veja-se DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Estado Social e Princípio da Solidariedade. In: **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 26, p. 171-184, jan/jun, 2007.

discussão a respeito da legalidade da decretação da prisão do gestor omissor, por descumprimento de determinação judicial e, de último, na possibilidade de sequestro dos valores necessários à efetivação das decisões diretamente nas contas bancárias dos entes públicos).

Ainda não se consolidou, por fim, uma cultura de conferência na destinação e efetiva utilização dos bens e/ou receitas acaso obtidas em decorrência de decisões que, controlando políticas públicas, efetivaram direitos sociais. Ninguém cobra do autor a comprovação de que continua vivo e necessitando da medicação pleiteada, ou que o medicamento acaso fornecido continua sendo necessário, ou, ainda, que os valores fornecidos foram efetivamente utilizados na realização de procedimento cirúrgico referido na inicial etc. Pior! Ninguém se ocupa de verificar, na hipótese de decisão que recomende, por exemplo, a inclusão de previsão orçamentária para construção de creche em determinada localidade, se a construção foi realizada e, mais importante, se a mesma passou a funcionar e a atender aos anseios da comunidade à qual se destinava.

Evidente a mais não poder que tamanha modificação no perfil das questões que são postas à consideração do Judiciário reclama alteração também na disciplina do instrumento que viabiliza a outorga da prestação jurisdicional. O caminho possível parece apontar para a priorização das ações coletivas

Cumprido ressaltar, de último, que eventuais dificuldades decorrentes da estrutura processual e dos procedimentos previstos em lei não podem afastar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, notadamente porquanto referido controle traduz-se em meio de efetivação dos direitos fundamentais, mormente dos sociais. O Texto Constitucional vigente consagrou, exatamente no rol dos direitos fundamentais, o direito à proteção jurisdicional efetiva. Daí resulta, como ensina Luiz Guilherme Marinoni⁷³, que sendo instrumento de proteção, o processo civil não pode deixar de estruturar-se de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos. Se houver omissão do legislador, deve o juiz conformar o procedimento, adequando-o ao caso concreto. O cidadão não tem direito apenas à técnica processual evidenciada na lei, mas a um comportamento judicial capaz de conformar a regra

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 171-172.

processual com as necessidades do direito material e do caso concreto. Em arremate que aqui resta ratificado, o mesmo autor assenta não pretender afirmar que o juiz pode pensar o processo civil segundo os seus próprios critérios. Tem, nada obstante, o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal, o que importa no dever de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, tudo no sentido de emprestar máxima efetividade à tutela jurisdicional.

2.2.2.3. A questão da formação inadequada dos juízes

Sustentou-se, desde o início, que o conjunto de compromissos assumidos pela Constituição de 1988, vinculados com o resgate das desigualdades sociais, as influências neoconstitucionalistas e a noção de que os mandamentos contidos no aludido Texto Constitucional devem ser efetivados no grau mais elevado possível impõem atuação proativa do Judiciário, superando a visão clássica de juiz “boca da lei”.

A necessidade de referida atuação resta reforçada pela crise de representatividade da democracia brasileira⁷⁴. A intervenção judicial, formando e controlando as vontades públicas, transforma-se em meio de participação democrática. Amplia-se o debate que origina as decisões públicas e, na medida em que as mesmas passam a ser objeto de controle por qualquer do povo, mediante a utilização da esfera judicial, amplia-se a possibilidade de otimização dos resultados, na busca da eficiência constitucionalmente imposta.

A doutrina nacional tem admitido a necessidade, ao menos em algum grau, daquilo que tem sido designado como ativismo judicial. Virgílio Afonso da Silva⁷⁵, por

⁷⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 166.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

exemplo, adverte que o ativismo possível é limitado por uma série de razões estruturais, as quais impõem alterações na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, isto de forma a viabilizar que as decisões envolvendo direitos sociais sejam tomadas de forma coletiva.

Daniel Sarmiento, em passagem já mencionada (nota 48), destaca que quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política (fenômeno que guarda íntima relação com ativismo judicial aqui focado) e da vida social no Brasil hoje é logo tachado de conservador.

O mesmo autor⁷⁶, contudo, produz severa e importante ponderação a respeito dos riscos de exagero. A ponderação merece referência e detida reflexão. Ressalta, de início, que ênfase excessiva no espaço judicial pode ensejar esquecimento de outras importantes arenas de participação democrática para a concretização da Constituição e realização dos direitos nela consagrados.

Acrescenta que a supervalorização do papel do juiz pode levar ao favorecimento de um governo a moda platônica, de sábios de toga, com a assunção, pelos juízes de posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada.

Destaca visões românticas e idealizadas da figura do juiz e adverte para os riscos que características tão próprias da sociedade brasileira, como a preferência pelo “jeitinho” e pelo patrimonialismo em detrimento do cumprimento impessoal das regras, representam em um contexto de metodologia jurídica aberta, onde prevalecem os princípios, e não as regras (circunstância que amplia o ônus argumentativo do julgador).

Repugna, de último, o que designou de “decisionismo” judicial, assim entendido o fenômeno que tem viabilizado decisões que, vestidas de um linguajar pomposo e com ares de politicamente corretas, traduzem-se, na prática, em substituição das valorações de outros agentes públicos pelas do próprio julgador.

Nenhuma das ponderações aludidas pode ser ignorada.

⁷⁶ Conferir íntegra do artigo O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho.** São Paulo: RT, 2009, especialmente fls. 36, 40, 42 e 43.

O reconhecimento de que a arena judicial é espaço indispensável à participação democrática, contribuindo para a busca de plena efetivação do Texto Constitucional, bem assim para a perseguição do ideal de eficiência constitucionalmente consagrado, não pode ser transformado em óbice à valorização de outros espaços e/ou arenas de participação democrática. Não se pode ignorar, por exemplo, a relevância social das práticas de construção de orçamento participativo, mesmo com todos os percalços verificados. A elaboração de orçamentos participativos será tanto mais eficiente se revigorado o instrumento orçamento público, com sua transformação de meramente autorizativo em deliberativo (e, portanto, de cumprimento cogente).

A prática judiciária cotidiana demonstra, de outra parte, que a utilização de metodologia jurídica aberta (onde prevalecem os princípios, os quais devem ser ponderados no caso de colisão e efetivados no maior grau possível, e não as regras, para as quais valem os critérios fixados pela hermenêutica tradicional, sendo que a aplicação de uma afasta a aplicação de outra) tem dado ensejo a autêntico “oba-oba” constitucional (para tomar emprestada a expressão do próprio Daniel Sarmiento, no texto em referência). Assim, algumas decisões invocam indiscriminadamente e inapropriadamente princípios constitucionais (como os da isonomia e o da proporcionalidade, por exemplo), utilizando-os como argumento para, na prática, afastarem a validade de escolhas políticas levadas a efeito na seara legislativa, sem que, em rigor, se possa cogitar de inconstitucionalidade delas. Tais princípios são usados como autênticos coringas, que a tudo justificam. São paradigmáticas, na seara do direito privado, as decisões que promovem revisões de taxas de juros de contratos bancários, por exemplo, sem que haja vedação constitucional ou legal aos valores contratualmente acertados. Igualmente merecem referência decisões que modificam remunerações de servidores, a pretexto de aplicação do princípio constitucional da isonomia, sem levar em conta a situação de fato substancialmente diversa entre uns (os que pretendem a alteração) e outros (os que servem de paradigma).

Pródigas, ademais, decisões que ignoram a respectiva repercussão para além dos autos, mormente aquelas relacionadas com a efetivação do direito constitucional à saúde. Referidas decisões, se examinadas do ponto de vista individual, são

aparentemente justas. Se analisadas em conjunto, contudo, evidenciam a injustiça decorrente da apropriação de parcela significativa dos recursos disponíveis por camadas sociais que não são exatamente as mais necessitadas. Decisões desta natureza são usualmente tomadas sob o influxo da urgência, própria do dia-a-dia forense, e, não raro, contagiadas pelo sentimentalismo que guia alguns julgadores, os quais preferem decidir com olhos postos no jeitinho ao qual aludiu o texto sob enfoque do que após cuidadosa e tecnicamente adequada ponderação dos valores constitucionais envolvidos.

Em situações de tal natureza, o julgador funciona como autêntico “Robin Hood”⁷⁷ às avessas, que tira os escassos recursos disponíveis dos pobres (aqueles a quem as políticas públicas voltadas ao resgate das desigualdades sociais deveriam ser preferencialmente destinadas) para dar aos ricos (ou, pelo menos, à classe média, na forma antes exposta).

Igualmente há o risco, sempre presente, do que aqui já referi como atuação judicial ideologicamente engajada. De fato, a possibilidade de que o Judiciário realize controle das políticas públicas não pode servir de instrumento para que o julgador faça substituir as vontades que saíram vencedoras no embate democrático da seara legislativa pela sua própria, guiada pelas convicções ideológicas que possui. O processo foi transformado em ambiente de participação democrática, nos moldes do que já se expôs. O julgador saiu da posição de neutralidade (não de imparcialidade, recorde-se), para assumir papel político, no sentido de conduzir controle e a formação das vontades públicas. Ocorre que a atuação do julgador deve fazer-se segundo a vontade constitucional, e não segundo a vontade dele próprio.

Há, por outra parte, dificuldades que se relacionam com a ausência de expertise dos juízes e com a falta de estrutura do Judiciário para planejar políticas públicas. A consagração constitucional da eficiência como condição de validade do ato administrativo (e qualquer política pública exterioriza-se por meio de um ou mais atos administrativos, como é óbvio) tornou vazia de sentido a restrição usualmente oposta à apreciação judicial do mérito administrativo. Se o Judiciário não deve, em princípio, avaliar conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário,

⁷⁷ Herói mítico inglês, que teria vivido nos tempos do Rei Ricardo Coração de Leão, no século XIII, e que tirava dos ricos para dar aos pobres.

tem de aferir, por conta do novo mandamento constitucional, sua eficiência. Ora, a avaliação da eficiência de uma dada política pública não prescinde da avaliação dos resultados até então colhidos e de juízo de prognose a respeito dos resultados futuros. Impõe, ademais, avaliação de planejamento dos gastos dos recursos existentes, escassos por natureza, e aferição das possibilidades de resultados que ainda podem ser obtidos pelo planejamento estabelecido. Como aferir eficiência, ou planejar ações eficientes, se os juízes não possuem, em regra, capacidade técnica para tanto e se inexistem serviços de apoio que pudessem subsidiar planejamento?

Não se pode ignorar que a maior parte das dificuldades antes apontadas possui relação direta com o déficit na formação dos operadores do direito em geral e, particularmente, na dos julgadores. Todos foram acostumados a pensar os conflitos individualmente, sem possibilidade de avaliação da repercussão das decisões para além os autos onde as mesmas são proferidas. Foram igualmente acostumados a resolver conflitos que já ocorreram, apontando a solução para a situação passada. Não foram acostumados a pensar para o futuro, adotando soluções que apontem na direção eficiente da diminuição de uma dada desigualdade social, por exemplo.

É exatamente neste ponto que se coloca o objetivo principal da presente dissertação, já aludido. Uma vez admitida, como premissa, a possibilidade do controle judicial das políticas públicas e que dito controle é meio de participação democrática, impende construir balizas que sirvam de parâmetro à atuação judicial, minando os riscos de desvios antes examinadas.

A construção de tais parâmetros não ignora e, ao reverso, reforça o papel que pode e deve ser desenvolvido pelas escolas de magistraturas na preparação dos magistrados, neófitos ou veteranos, para adequarem-se ao desempenho das novas funções que lhes são destinadas. O tema será retomado no Capítulo 4.

2.3. Limites ao controle jurisdicional das políticas públicas

Já restou anotado, em diversas passagens, que constitui objetivo do presente trabalho o estabelecimento de parâmetros que guiem a atuação do julgador ao realizar o necessário controle das políticas públicas.

Imperiosa nesta passagem, a abordagem de alguns limites usualmente opostos ao exercício do controle judicial. O exame de tais limites servirá à construção dos parâmetros muitas vezes referidos. Antes, foram enfrentados óbices usualmente levantados e opostos à possibilidade de controle judicial das vontades públicas. A argumentação construída demonstrou que aludidos óbices devem ser levados a sério, mas não impedem o exercício do controle que se sustentou ser possível.

Há pontos para além dos quais, no entanto, o Judiciário não pode, ao menos em princípio, seguir. A tanto se designa de limites ao controle judicial.

O primeiro de tais limites diz com a discricionariedade dos meios que podem ser eleitos pelo gestor público para alcançar meta constitucionalmente estabelecida.

Na busca de alcançar as metas estabelecidas constitucionalmente, o Estado elabora e executa políticas públicas. No exercício de tal obrigação, a escolha dos objetivos será tanto mais discricionária quanto mais abrangente for a meta a ser alcançada. Assim, por exemplo, é inviável que o Poder Judiciário estabeleça, com razoável grau de certeza, qual a melhor política para erradicar o câncer de mama no Brasil, ou se é mais premente uma política pública que combata o câncer de mama ou outra que promova saneamento básico. Se, no entanto, no exercício de programa destinado à distribuição de aparelhos de mamografia que possibilitam o diagnóstico precoce do câncer de mama, o governo pretere município com comprovação estatística de incidência da referida moléstia muito superior à média nacional, em benefício de outro, que sequer registrava número significativo de casos nos últimos anos, impõe-se o controle judicial.

Nas hipóteses iniciais, não se escolhe entre concretizar ou não concretizar um direito fundamental. Escolhe-se entre a concretização de um ou de outro direito

fundamental, ou muitas vezes, entre formas diversas de concretização do mesmo direito fundamental (tanto o combate ao câncer quanto o saneamento básico inserem-se, afinal de contas, no direito à saúde). Referidas escolhas são realizadas pelo gestor público, democraticamente eleito, sendo certo que, aí, não se pode, ao menos em princípio, cogitar de ofensa a direito fundamental algum.

As escolhas realizadas pelo poder público dizem a respeito à maneira como os direitos fundamentais serão concretizados. O conceito de discricionariedade dos meios encerra a ideia de que as questões a respeito do como fazer pra suprir a ofensa a direitos fundamentais incumbem ao poder público (Executivo e Legislativo). Ao Judiciário é dado controlar as políticas públicas, mas não pode, em princípio, eleger a maneira de concretizar o direito fundamental.

A discricionariedade dos meios, ainda que não seja absoluta, deve ser preservada tanto quando possível for, seja em homenagem ao princípio democrático, seja porque o Judiciário não dispõe, corriqueiramente, de meios que lhe permitam aferir se a política que está sendo executada alcança as metas para as quais foi estabelecida.

Em respeito à limitação imposta pela discricionariedade dos meios, Nagibe de Melo Jorge Neto⁷⁸ sugere que, constada ofensa a direito fundamental por determinada política pública, ou pela inexistência dela, o julgador atue como instrumento de promoção da mudança. Assim, sem impor solução para o administrador público responsável pela execução (ou inexecução) da medida, o julgador deverá impor que ele apresente plano de ação para sanar a ofensa, negociando com ele a solução mais adequada e a que acarrete menores prejuízos para as demais políticas públicas e programas em curso.

Sendo assim, ainda que o Poder Judiciário possa determinar a cessação de ofensa a direito fundamental mediante a execução de uma política pública, não poderá impor, ao menos em princípio, o meio pelo qual deverá ocorrer a implementação de aludido direito constitucional.

⁷⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 156.

Outros dois limites usualmente levantados quando se trata do controle judicial das políticas públicas relacionam-se com as possibilidades materiais do poder público e com a essencialidade da prestação estatal reclamada: reserva do possível e mínimo existencial.

O primeiro diz com a disponibilidade de recursos (fática ou orçamentária) que viabilize o exercício do controle judicial pretendido. O conceito remonta a decisão de 1972 do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, ao enfrentar questão relacionada com a constitucionalidade da limitação de vagas para ingresso em curso de medicina, estabeleceu que os direitos constitucionais individuais devem ser racionalmente limitados pelas possibilidades da coletividade.

A questão tem sido sistematicamente suscitada em praticamente todas as demandas judiciais que envolvem o controle judicial das políticas públicas, ainda mesmo que o Supremo Tribunal Federal já tenha afirmando (por exemplo, no julgamento do RE 410.715/SP⁷⁹, Relator Ministro Celso de Mello) que há direito

⁷⁹ Da ementa demasiado longa merece destaque o trecho inicial, cujo teor é o seguinte (destaque inovado):

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas

social, como a educação, que são se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Invariavelmente, o Poder Público tem ignorado que a alegação de que não há recurso disponível constitui, na sistemática processual vigente (artigo 333, II, do Código de Processo Civil), fato impeditivo do exercício do direito requerido pela parte autora, pelo que o ônus da comprovação da ausência de disponibilidade financeira é do próprio poder público. Usualmente não são juntados documentos que comprovem previsão ou inexistência de previsão orçamentária, arrecadação, execução parcial do orçamento, enfim, nada que pudesse comprovar a efetiva ausência de disponibilidade de recursos. Os recursos são escassos por definição, mas não se pode presumir, por conta de alegação simplória, inexistência de recursos disponíveis.

Vários autores⁸⁰ têm pugnando pelo resgate da importância do orçamento público, sustentando que tal é o meio mais democrático de assegurar correta redistribuição da renda, minorando desigualdades sociais. A circunstância de que o orçamento é meramente autorizativo, contudo, tem feito dele letra morta. A própria existência de vinculações obrigatórias⁸¹, inclusive constitucionalmente impostas, atesta a quase nenhuma serventia prática das previsões orçamentárias, ao menos na sistemática vigente.

De outro lado, há severa discussão a respeito da possibilidade de remanejamento judicial das disposições orçamentárias (verbas que seriam destinadas à publicidade são utilizadas para a efetivação do direito à saúde, por exemplo). A questão será retomada no Capítulo 4.

O último dos limites ao controle judicial das políticas públicas diz com o conceito de mínimo existencial. O núcleo intangível dos direitos fundamentais é a

públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. [...] Decisão disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25/07/2010.

⁸⁰ Por exemplo, TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 e CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁸¹ Como no caso da educação, art. 212 da Constituição Federal de 1988.

dignidade da pessoa humana. A ideia de mínimo existencial está intimamente ligada à noção de dignidade humana e constitui-se em *topos* argumentativo, utilizado para assegurar intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, de forma a viabilizar adequada efetivação de cada uma delas.

Debalde as tentativas⁸², tem se mostrado impossível definir quais, afinal de contas, são as prestações mínimas aptas a ensejar uma condição de vida digna – vale dizer, em que consiste o mínimo existencial. Nagibe de Melo Jorge Neto adverte que o conceito acaba por se relativizar em função do contexto socioeconômico, político e até mesmo cultural. Somente é possível alcançá-lo e delimitá-lo no caso concreto, através de consenso construído no âmbito da argumentação que tem lugar no processo⁸³.

Como corolário lógico da transformação do processo em ambiente de participação democrática, a tensão permanente entre reserva do possível e mínimo existencial será harmonizada em uma medida de proporcionalidade, no caso concreto.

Referidos limites não podem ser ignorados no controle judicial das políticas públicas, auxiliando na construção dos parâmetros que constituem objetivo do presente trabalho.

2.4. O controle jurisdicional como instrumento de participação democrática

Desde o princípio, sustentou-se que o controle jurisdicional das políticas públicas, premissa à questão central por ser aqui desenvolvida, é meio de participação democrática.

⁸² Ana Paula de Barcellos, por exemplo, alude a quatro elementos, sendo três materiais (educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados) e um instrumental (acesso à Justiça). BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 154.

Destacou-se que a doutrina nacional passou a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais e a estudar as peculiaridades de sua aplicação. A análise dos enunciados normativos, própria da doutrina da efetividade, foi sucedida por discussão marcada pela preocupação com valores e democracia⁸⁴. A discussão a respeito da jurisdição constitucional – e nela se insere, por evidente, o controle judicial das políticas públicas, com vistas à efetivação das vontades constitucionais – abriu espaço para posições variadas, que envolvem matizes de procedimentalismo e substancialismo.

O procedimentalismo, identificado com as ideias de autores como Jürgen Habermas, sustenta que não ser papel da jurisdição constitucional tutelar valores substantivos, mas apenas proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Já o substancialismo, defendido por teóricos como Ronald Dworkin, reconhece a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia de valores substantivos presentes na Constituição. De tais correntes, a mais identificada com o neconstitucionalismo é a substancialista, com quem compartilha crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais⁸⁵.

As ideias que aqui são desenvolvidas, porém, filiam-se ao modelo cooperativo de democracia deliberativa, no sentido proposto por Cláudio Pereira de Souza Neto⁸⁶, incorporando elementos das duas correntes de pensamento antes referidas. A noção de democracia já não se pode restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. Envolve, por igual, a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões por serem decididas. A deliberação deve ser dar em contexto aberto, livre e igualitário, vale dizer, em um contexto em que todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Os pressupostos para a deliberação são institucionalizados através da noção de Estado de Direito.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 26.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 28.

⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio Janeiro: Renovar, 2006, p. 10-11.

Sendo assim, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais (nele inseridos, por evidente, os sociais). A efetivação dos direitos fundamentais pelo Judiciário, portanto, ainda mesmo contra a vontade da maioria ou diante de sua inércia, não viola o princípio democrático, mas estabelece as condições para a sua plena realização.

O mesmo autor⁸⁷ adverte, ao concluir a sua tese de doutoramento, que a visão do Judiciário como protagonista de transformação social gera não apenas decepções inevitáveis, mas também percepções elitistas de nossa estrutura institucional. A solução para os problemas da democracia, portanto, não pode ser senão o aprofundamento das próprias práticas democráticas, sem transferência do poder de decisão às elites, econômicas ou culturais (inclusive de toga). Tal não importa dizer que o Judiciário não tenha papel fundamental no regime democrático. Democracia se traduz não apenas na atribuição de poder decisório às maiorias, mas também na instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais. O Judiciário desempenha relevante papel exatamente na promoção de tal contexto e na garantia de efetivação de referidos direitos, contribuindo concretamente para o aprimoramento das práticas democráticas.

Resta reforçada, portanto, a ideia aqui já referida e repetida de que algum grau de ativismo judicial é necessário à plena efetivação das vontades constitucionais. Referida atuação é meio de participação democrática, na medida em que franqueia ao comum do povo, isoladamente ou por meio das tutelas coletivas previstas no ordenamento jurídico, interferir na atuação dos gestores públicos, guiando-a no sentido das aludidas vontades constitucionais. Afinal de contas, se não houver controle judicial das políticas públicas, não há meios de sindicatá-las observância do princípio da eficiência administrativa, constitucionalmente imposto⁸⁸.

⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

⁸⁸ No sentido, sustentando a possibilidade do controle judicial das políticas públicas como meio de aferir eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-*

A atuação não pode ocorrer, contudo, de forma voluntarista, quase irresponsável, daí a necessidade da construção de parâmetros que balizem a atuação judicial.

3 – O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

3.1. Os custos dos direitos e as escolhas trágicas

Ainda antes de buscar estabelecer parâmetros que balizem a atuação judicial no controle das políticas públicas, especialmente daquelas devotadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais (objeto específico do presente trabalho, a ser abordado no Capítulo 4), cumpre reexaminar, com maior vagar, a questão da escassez dos recursos disponíveis para o poder público e das escolhas trágicas dela decorrentes. O reexame se impõe como forma de introduzir a discussão a respeito das relações entre direito e economia, indispensável ao desiderato proposto. Explica-se. O que se pretende é que o instrumental fornecido pelos estudos de direito e economia seja utilizado naquilo que aqui se vai designar de ponderação econômica, método que auxiliará na construção de tais parâmetros.

Já restou anotado que os recursos são, por definição, escassos. A escassez, por evidente, não diz apenas com recursos financeiros, mas com toda ordem de bens que podem servir à satisfação de quem os deseja, ou deles necessita (assim, por exemplo, nem sempre existem órgãos disponíveis para transplante, hipótese de escassez para a qual a mera disponibilidade financeira, mesmo existente, não permite solução fácil).

Ao mesmo tempo, todos os direitos demandam custos, ainda que referidos custos estejam relacionados apenas com a manutenção de uma estrutura de fiscalização para a respectiva implementação⁸⁹. Repudia-se de logo, assim, a clássica distinção entre direitos positivos e negativos, usualmente utilizada para sustentar que apenas os primeiros ensejariam dispêndio de recursos.

⁸⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 39.

A efetivação dos direitos sociais demanda custos muitas vezes elevados, mesmo para o Poder Público (tome-se o direito à saúde como exemplo – a referência serve à discussão que se pretende estabelecer). A contraposição entre direitos que demandam custos e recursos escassos enseja “escolhas trágicas”⁹⁰, que importam em selecionar entre o que será possível realizar e o que não o será. A questão ganha contornos dramáticos quando se cuida de escolhas que devem ser realizadas pelo Poder Público em um estado como o brasileiro, voltado ao bem-estar social (**welfarista**, para, uma vez mais, tomar emprestado o neologismo de Luciano Benetti Timm⁹¹). Pior! Quanto mais reduzida for a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação. A questão remete à busca do aprimoramento de mecanismos de gestão democrática do orçamento público e do próprio processo de administração das políticas públicas em geral⁹², mormente quando o constituinte derivado brasileiro fez explicitar, por meio da introdução da Emenda Constitucional 19, de 1998, a necessidade de que os gestores públicos ajam com eficiência.

É em tal contexto que se põe o controle judicial que se sustentou possível nos capítulos precedentes. De fato, o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, eleito pelo constituinte de 1988, e o princípio constitucional da eficiência administrativa têm imposto aos julgadores nacionais a necessidade de, não raro, enfrentarem situações que compelem controle judicial de políticas públicas. Tal o meio único de tirar do papel os direitos inscritos no Texto Constitucional.

Aliás, não se pode deixar de anotar, na passagem, com Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁹³, que a maximização da eficácia e eficiência de todos

⁹⁰ A expressão foi cunhada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, para referir-se às difíceis opções alocativas que devem ser realizadas em um ambiente de escassez de recursos. A expressão deu título à obra de referidos autores: CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: Norton & Company, 1978.

⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano

os direitos fundamentais depende, em boa medida (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e, portanto, sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Como assentado na introdução, se levar os direitos a sério implica levar em conta os respectivos custos, levar a sério a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, seja pela visão do processo como instrumento de participação democrática, seja como meio único de assegurar plena efetivação dos direitos fundamentais, importa considerar a questão da eficiência constitucionalmente imposta à atuação dos gestores públicos. O controle das políticas públicas, portanto, somente pode ser levado a efeito com olhos postos no aludido preceito constitucional, impondo-se ao julgador, no ato de decidir, a realização de ponderação econômica, nos moldes do que será proposto.

O Judiciário brasileiro tem enfrentado, com frequência crescente, demandas de tal natureza. As decisões são adotadas sob o influxo da urgência e da cognição aligeirada e superficial própria das tutelas antecipatórias ou acautelatórias. Os juízes decidem com a metodologia aberta que a teoria dos princípios lhes permite, conscientes que decisões que acaso sejam tidas como restritivas de direitos fundamentais os exporão à crítica. Não raro, ignoram questões importantes, cujo debate é esquecido pela urgência e pelo volume de causas que são levadas à decisão.

Tome-se como exemplo, para rápida digressão, o direito à saúde. Decisões que compelem fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos médicos muitas vezes ignoram comprovação científica da eficácia dos mesmos, chegando a por em risco, em alguns casos, a própria vida do requerente. Pior! Muitas das decisões proferidas a tal respeito ignoram o problema ético que envolve pacientes, médicos, hospitais, planos de saúde e laboratórios farmacêuticos. Os primeiros buscam a cura a qualquer custo. Os segundos têm o dever ético (imposto pelo respectivo código de conduta profissional) de informar o paciente de todos os tratamentos acaso disponíveis, mesmo que com possibilidade mínima de sucesso, bem assim dos riscos inerentes. Ao mesmo tempo são empregados dos terceiros, remunerados

pelos quartos (quando eles próprios não são os proprietários, como no caso das cooperativas) e, algumas vezes, gratificados, mesmo que indiretamente (brindes, amostras grátis, viagens etc.) pelos últimos. Como supor completa isenção dos médicos se os mesmos ganham por cada procedimento realizado e/ou exame requisitado e, ao mesmo tempo, são admoestados pelos planos de saúde para não excederem cota máxima de solicitações mensais? Como supor isenção se o hospital que os emprega muitas vezes impõe condutas que multiplicam desnecessariamente procedimentos, internações e, portanto, ganhos do próprio hospital, com prejuízos para os planos de saúde?

Não menos complexas são as questões que envolvem internações em unidades de terapia intensiva de pacientes que, em rigor, já não demandariam tal conduta. Há pacientes que poderiam ser mantidos em casa, para aguardar com dignidade o falecimento (com todo o aparato necessário ao conforto possível e à manutenção da dignidade, por evidente) e, nada obstante, são mantidos artificialmente vivos apenas pela obsessão da família em não permitir a separação física. Não se está, neste último caso, sustentando ou sequer sugerindo a possibilidade de eutanásia. O raciocínio diz apenas com a reflexão que a conduta ensinaria e que, nada obstante, pelas circunstâncias já referidas, são negligenciadas no âmbito do processo onde é perseguida a internação, como decorrência do direito fundamental à saúde.

Tais questões não constituem objeto da presente dissertação. Não se pode ignorar, nada obstante, que as decisões de aludida estirpe, quando envolvem o poder público – existe, por evidente, a possibilidade de eficácia horizontal do direito à saúde, em demanda envolvendo exclusivamente particulares – ensejam custos ainda mais severos do que aqueles usualmente reclamados para a efetivação, judicial ou não, de outros direitos fundamentais.

As ponderações referidas não afastam a possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Ao reverso, recomendam a construção de parâmetros de sindicância dos direitos sociais prestacionais.

De mais a mais, arremata Flávio Galdino⁹⁴, o reconhecimento dos custos estimula que o exercício dos direitos pelas pessoas seja levado a efeito de forma mais responsável, já que a promessa de direitos absolutos, além de criar expectativas irrealizáveis, promove exercício irresponsável e abusivo dos mesmos. Estimula litigiosidade temerária e assoberba, ainda mais, o Judiciário.

De último, ressalte-se que a consciência e consideração dos custos dos direitos não diminuem o comprometimento com a respectiva proteção. Possibilitam, em verdade, melhores decisões a respeito do como e do onde gastar os escassos recursos públicos. Não se trata de restringir aplicação dos direitos fundamentais (sociais), mas de propor efetivação racional e criteriosa. Afinal de contas, adverte Ricardo Seibel de Freitas Lima⁹⁵, forte em José Carlos Vieira de Andrade, a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais é inflacioná-los a tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio conceito de direito fundamental.

3.2. O que é Análise Econômica do Direito?

A Análise Econômica do Direito tem origem no utilitarismo de Jeremy Bentham e ganha projeção a partir da Escola de Chicago e dos estudos de Richard Posner. Os indivíduos são vistos como maximizadores de seus próprios interesses ou utilidades, o que significa afirmar que suas escolhas estão vinculadas ao maior proveito individual que possam obter delas. Trata-se de conceito operacional, tendente a permitir a análise das relações econômicas numa dada sociedade. O homem é visto como animal econômico (*homo economicus*). Tenta-se elevar eficiência a critério de justiça. Busca-se a maior eficiência econômica possível nas alocações (destinações de gastos) sociais.

⁹⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 230.

⁹⁵LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 276.

A difusão dos postulados da Análise Econômica do Direito entre nós tem provocado severas discussões. Alguns ignoram a dimensão ética do Direito, para apontar que a solução para a sua decantada crise é a submissão aos interesses do mercado.

Ignorando a noção de Estado do Bem-Estar Social, consagrado pelo constituinte de 1988, Rachel Sztajn⁹⁶, por exemplo, afirma:

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição da riqueza deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver com estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral.

Outros, contudo, destacam a necessidade de compreendê-la e utilizá-la, como qualquer método. Paula A. Forgioni⁹⁷ ensina que a Análise Econômica do Direito pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas.

Fruto de contexto absolutamente liberal⁹⁸, a Análise Econômica do Direito parece sugerir que o Direito é vassalo dos determinismos econômicos. Nada obstante, o Direito também existe exatamente para subjugar tais determinismos (regras que seriam ineficientes do ponto de vista do mercado existem, valem e são eficientes, como aquelas respeitantes à função social da empresa, por exemplo). A transposição dos postulados da Análise Econômica do Direito para a realidade nacional, portanto, não pode perder de vista que ela oferece importante instrumental, apto a complementar a formação da convicção do julgador diante de conflitos concretos. Não pode, contudo, ser tomada como remédio capaz de solucionar todos os males⁹⁹.

⁹⁶ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 82.

⁹⁷ FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Direito e Economia (Revista de Direito Mercantil)**. Vol. 139, p. 242.

⁹⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240-243..

⁹⁹ Vide conclusões do artigo de FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Direito e Economia (Revista de Direito Mercantil)**. Vol. 139, p. 242-256.

Aliás, Guido Calabresi observou, há muito, que a hipótese de que a Análise Econômica do Direito possa dar respostas definitivas para os dilemas normativos é “ridícula”¹⁰⁰.

Ivo Gico Júnior¹⁰¹ explica que a comunidade jurídica moderna tem buscado apoio técnico em filósofos como Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e John Rawls para criação de critérios ideais que viabilizem proposições normativas e decisões judiciais racionais e justas. A prática cotidiana, contudo, apenas evidenciou ter sido completamente relativizada a vontade consubstanciada na lei positiva, sem o surgimento de critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do Direito.

O mesmo autor prossegue afirmando que o neoconstitucionalismo preocupou-se com valores, mas não se ocupou das reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Neste contexto, arremata, emerge a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão dos fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.

A Análise Econômica do Direito viabiliza juízos de diagnose e prognose, levantando e testando hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma ou decisão judicial (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual.

Não se pode, portanto, ignorar a relevância do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito, de forma a permitir, sobretudo, a construção de parâmetros que viabilizem a solução dos casos difíceis – como são, em regra, os que se relacionam com a efetivação de direitos sociais.

¹⁰⁰ CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economic. **Journal of Legal Education**, v. 33, 1983, p. 363. No mesmo sentido, SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Também disponível em <<http://www.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000405055.pdf>>. Acesso em 02/02/2010.

¹⁰¹ GICO Jr., Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, no. 1, p. 7-32, jan/jun, 2010 Disponível em <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em 25/07/2010.

3.3. Eficiência econômica, externalidades e eficiência jurídica

A Emenda Constitucional 19, de 1998, explicitou que a eficiência é um dos princípios que devem guiar a atuação do gestor público (ao lado da legalidade, da moralidade, da publicidade e da impessoalidade). Flávio Galdino¹⁰² sustenta que a introdução do paradigma da eficiência acarretou elevação da discricionariedade dos agentes públicos. Referida posição não merece apoio. Muito ao reverso, entendo que a imposição constitucional de que o gestor público atue de forma eficiente restringe as possibilidades de referido atuar, repudiando tudo aquilo que possa levar ao extremo oposto, vale dizer, à atuação que possa ser tida por ineficiente. Sendo assim, a imposição de eficiência representa, em verdade, restrição à discricionariedade dos agentes públicos. As escolhas de conveniência e oportunidade na adoção de condutas públicas não poderão, portanto, importar em atuar ineficiente, pena de que o ato eleito seja objeto de controle judicial, por meio da sociedade.

Importante recordar, de outra parte, que o presente trabalho sustenta a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, mormente daquelas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais. Tal posicionamento é posto como premissa à questão central por ser desenvolvida, vale dizer, o estabelecimento de parâmetros para a atuação judicial em demandas de tal natureza. Nestas condições, imperioso afirmar, como decorrência lógica de tudo quanto foi até aqui exposto, que o controle judicial acaso realizado não se pode descurar da regra constitucional da eficiência. Se o processo é visto como meio de participação democrática, franqueando a qualquer do povo, seja pessoalmente, seja por meio das demandas coletivas (associações de classe, Defensorias Públicas ou Ministério Público, na forma da lei), participação na formação das vontades públicas, conformando-as à vontade constitucional, tal controle se deve fazer na busca do maior grau de eficiência possível, de forma a abreviar e aperfeiçoar o atendimento da vontade constitucional.

¹⁰² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 258.

Necessário compreender, então, a noção de eficiência, tanto do ponto de vista econômico (afinal, o que se propõe é a utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito) quanto do jurídico.

A Economia tem como objeto todos os fenômenos sociais que envolvem escolhas sobre a utilização de recursos. Possui conceitos vagos, mas está desde sempre ligada à Política, buscando contribuir para melhorar a organização da sociedade. Nesta ordem de ideias, admitida, ao menos em algum grau, a judicialização da Política, razoável admitir, como corolário lógico, que o controle judicial realizado a tal propósito se sirva dos subsídios fornecidos pela Economia (pela Análise Econômica do Direito, em especial) como critério auxiliar de decisão.

É antes um método que uma ciência¹⁰³, obedecendo, em suma, a três princípios. O primeiro estabelece que os agentes econômicos (ou seja, as pessoas que realizam escolhas) atuam de forma racional. O segundo preceitua que os comportamentos coletivos podem ser deduzidos a partir das escolhas individuais, para o que recorre ao conceito de equilíbrio. O terceiro princípio, enfim, sustenta que a eficiência é, no plano normativo, o critério fundamental para avaliar a ação humana¹⁰⁴.

Na precisa lição de Raquel Sztajn¹⁰⁵, *“Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função.”* Luciano B. Timm¹⁰⁶ arremata: *“... é a busca pelo ótimo, evitando-se desperdício na utilização de recursos.”*

¹⁰³ A advertência é de Gary Becker, apud LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores, p. 15.

¹⁰⁴ A referência é de RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12. Vasco Rodrigues esclarece que os três princípios apresentados são preconizados pela chamada **Economia Neoclássica**, corrente dominante do pensamento econômico contemporâneo.

¹⁰⁵ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 83.

¹⁰⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

A economia utiliza tradicionalmente dois critérios para aferir se uma determinada situação é eficiente do ponto de vista econômico: os de Pareto e de Kaldor-Hicks¹⁰⁷.

De acordo com Pareto, uma situação é mais eficiente que outra se, na passagem de uma para outra, aumenta a utilidade de alguém, sem diminuir a de outrem. Tem-se, um Ótimo de Pareto, ou uma situação Pareto-eficiente, se não é possível que tal ocorra.

Já o critério de Kaldor-Hicks, em geral utilizado pela Análise Econômica do Direito, é menos exigente. De acordo com referido critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes econômicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização, mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados.

A utilização de tais paradigmas de aferição da eficiência pode contribuir para aprimoramento da atuação judicial, auxiliando na formação da convicção do julgador.

Outro conceito econômico indispensável para a construção de parâmetros que se pretende realizar é o de externalidades. Vasco Rodrigues¹⁰⁸ conceitua externalidades como custos ou benefícios que as atividades de algum agente impõem a terceiro que não por via do sistema de preços. As externalidades são importantes, segundo o mesmo autor, porque levam a que a defesa do interesse individual possa conduzir a decisões que, do ponto de vista coletivo, não são eficientes. Do ponto de vista econômico, portanto, a função fundamental do Direito é evitar que a existência de externalidades impeça a obtenção de resultados socialmente eficientes.

Neste ponto se impõe seja colacionada reflexão de Rogério Gesta Leal¹⁰⁹ que, como luva à mão, adéqua-se ao raciocínio aqui desenvolvido:

¹⁰⁷ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 39.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41-42.

¹⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores, p. 11.

E aqui se adentra um dos temas preferidos da ciência econômica que é o da eficiência – notadamente dos mercados. É possível avaliar a jurisdição enquanto espaço de efetivação de direitos e operacionalização dos sistemas normativos para além dos conceitos e critérios de justiça? Não é chegada a hora de se agregar a este parâmetro de justiça outros que possam ampliar o espectro de variáveis necessárias a serem consideradas nas deliberações do Estado-Juiz, em face da complexidade identificatória das relações sociais hodiernas?

Mais adiante, o mesmo autor¹¹⁰ acrescenta:

A questão é saber até que ponto as consequências/externalidades presentes em qualquer ato, fato ou negócio jurídico, devem ser relevadas para fins de demarcar medidas preventivas de potenciais violações de direitos – aliás, tema exigido do Judiciário pela Constituição de 1988, na medida em que o art. 5º, XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Podem as consequências de uma decisão judicial determiná-la? Em que medida?

É no sentido de ofertar respostas às indagações de Rogério Gesta Leal que se coloca a proposta da utilização da ponderação econômica como critério de decisão judicial.

Inexcedível, por outro lado, a advertência do próprio Rogério Gesta Leal¹¹¹, no sentido de que é necessário trabalhar um conceito de eficiência jurídica para além dos limites estritos postos pelo mercado. Não importa apenas aumentar a riqueza, mas ampliar equidade e distributividade, tudo no sentido de minimizar as desigualdades sociais.

Relevante anotar, de último, que a tentativa de implementação de padrões de eficiência não pode servir de causa para inviabilizar a administração pública¹¹². A

¹¹⁰ LEAL, Rogério Gesta **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores, p. 17.

¹¹¹ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores, p. 20.

¹¹² A advertência é de GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 265.

observação tem pertinência porquanto algumas vezes os vencidos na arena democrática têm batido às portas do Judiciário com o só propósito de inviabilizar a administração dos vencedores. A questão será abordada no Capítulo 4.

3.4. A construção de parâmetros para atuação judicial no controle das políticas públicas e a utilização da Análise Econômica do Direito para tal fim: ponderação econômica

A doutrina nacional disseminou a utilização da expressão ponderação de direitos para referir-se àquilo que Gustavo Amaral designou de conflito de demarcação¹¹³. Havendo colisão de direitos fundamentais, segundo o modelo proposto por Robert Alexy, o intérprete realiza ponderação e finda por estabelecer o direito fundamental que, na hipótese concreta, prevalecerá.

Ocorre que o modelo proposto vislumbra apenas conflitos entre direitos que demandam prestações negativas (liberdade de expressão e direito à honra e à imagem, por exemplo). Como anota Gustavo Amaral¹¹⁴, em casos tais, decidido o conflito, a solução é, tal qual ocorre nas ações demarcatórias, aplicada retroativamente. Tal importa dizer que, para o caso concreto, sempre houve o direito afirmado (à honra e à imagem, por exemplo), e nunca o direito negado (à informação, no exemplo referido).

O modelo de ponderação proposto, nada obstante, não oferta solução às situações que demandam prestações positivas, ainda mais quando tais prestações demandam recursos que, por definição, são escassos.

Uma coisa, como referido no exemplo anterior, é estabelecer se, no caso concreto, prevalecerá o direito à privacidade ou o direito à informação. Outra bem

¹¹³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 68.

¹¹⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 68.

diversa é decidir entre internar alguém que precisa de uma cirurgia e bancar o medicamento importando de outrem (conflito entre direito à vida e direito à vida), tudo diante de recursos escassos.

Criticando o modelo argumentativo proposto por Robert Alexy, Luciano Benetti Timm¹¹⁵ estabelece:

Esse conflito entre opções trágicas aparece na literatura jurídica constitucional sobre a conhecida “teoria da colisão de princípios ou direitos fundamentais”. Sem aprofundar demais a discussão, nessa linha de pensamento, a solução do problema jurídico em questão passa por uma ponderação de princípios diante do caso concreto, avaliando-se as circunstâncias e o peso de cada princípio em um processo argumentativo que acontecerá em um tribunal. Entretanto o método argumentativo proposto por esta escola é fundamentalmente retórico-discursivo e não oferece guias interpretativos, nem critérios desejáveis de previsibilidade e nem mesmo de precisão quanto ao melhor resultado à sociedade daquele debate que acontecerá no tribunal no caso concreto.

A possibilidade da utilização da ponderação econômica como critério de decisão põe-se exatamente para aquelas situações em que o modelo antes referido não oferta solução possível.

A utilização da ponderação econômica – vale dizer, da busca da solução capaz de produzir resultado/eficiência social mais abrangente – é que deve guiar o julgador em situações como tais. Se o julgador não se deve guiar por critérios exclusivamente econômicos (negar internação tão somente porque isto importaria em retirar recursos supostamente destinados a outro fim, ou deixar de impor fornecimento gratuito de medicamento indispensável à vida tão somente porque isto poderá levar a ganhos imprevistos e demasiados para o fabricante), não pode perder de vista a busca do resultado social o mais abrangente possível.

Isto importa dizer que o julgador deve levar em conta, no ato de decidir, a possibilidade de que aquela decisão seja reprisada em outras demandas, bem assim

¹¹⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

a possibilidade de que os recursos disponíveis sejam suficientes para tanto. De igual, deve buscar meios de propiciar ao Ente Público possibilidades de otimização dos gastos acaso realizados (como no exemplo já clássico de concessão de tratamento médico no exterior, com a recomendação de envio de profissional local para aprender a tecnologia e retransmiti-la aqui)¹¹⁶.

Supera-se, assim, a contradição entre micro e macrojustiça. A decisão que interessa não é mais apenas aquela mais adequada ao caso concreto, mas aquela mais apta a efetivar a vontade constitucional para o conjunto da sociedade.

O que se está a propor, então, é que o instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito subsidie a construção de paradigmas que guiem a atuação judicial no controle das políticas públicas.

Relevante anotar, com Flávio Galdino¹¹⁷, que os julgadores estão acostumados a olhar para o passado, avaliando, no ato de julgar, fatos ocorridos anteriormente, servindo-se, para tanto, de critérios puramente jurídicos, muitas vezes alheios à realidade e aos resultados alcançados pela aplicação das normas. Ocorre, ressalta o

¹¹⁶ Foi ajuizada ação civil pública contra a União, o Estado do Ceará e Município de Fortaleza, objetivando viabilizar operação em criança (Artur Bucar Lages Nogueira Santos) que padecia de maple syrup disease ((MSUD), ou “doença do xarope de bordo na urina” Trata-se de moléstia genética, rara e grave, que acomete 1 em cada 225.0000 nascidos vivos. Os sintomas incluem um odor de xarope na urina (daí a designação), recusa alimentar, letargia, coma e retardo mental. A morte normalmente ocorre nos três primeiros anos de vida. O tratamento possível, até pouco tempo atrás, consistia apenas no uso de fórmula medicamentosa especial, constituída por leucina, isoleucina e valina (MSUD Maxamaid). A fabricação ocorre apenas na Europa e cada lata, de 500g, custa aproximadamente R\$ 985,20, com duração máxima de três dias. O fornecimento de aludia fórmula pelo Município de Fortaleza, ordenada judicialmente, impunha custos elevados e (quase) infinitos. Surgiu a possibilidade de cura definitiva, por meio de transplante especial de fígado, realizado com protocolo igualmente especial, para o que o único programa habilitado no mundo é conduzido pelo Thomas E. Starzl Transplantation Institute, em Pittsburgh, Pensilvânia, EUA. Os custos do tratamento (internação, cirurgia e recuperação, incluindo transporte e estadia da criança e de acompanhante, foram estimadas em aproximadamente 200 mil dólares americanos. Ao enfrentar o pleito de tutela de urgência na aludida ação civil pública (Processo no. 2004.810020298-9, Seção Judiciária do Ceará), o juiz federal João Luis Nogueira Matias ponderou as consequências econômicas da decisão e determinou a realização da cirurgia, às expensas do Poder Público. Recomendou, no entanto, envio de equipe médica para aprendizado da tecnologia, evitando repetição de demandas similares. A possibilidade de economia para o futuro era evidente. A recomendação foi ignorada. A decisão restou, ao final, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Tutela Antecipada 36/CE, Rel. Min. Presidente Nélson Jobim, j. 21/09/2005, DJU 27/09/2005, p. 6, dados disponíveis no endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br>>. Há cuidadoso estudo de caso em MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 463-467, de onde foram colhidas várias das informações aqui lançadas.

¹¹⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 260-261.

mesmo autor, que o raciocínio da eficiência e de resultados é prospectivo, para o futuro. Tal é a mudança de paradigma que se impõe.

Rogério Gesta Leal¹¹⁸ adverte que o novo paradigma importa em sensibilização dos julgadores, os quais precisam tomar consciência de que suas deliberações produzem impactos econômicos, tanto endógenos quanto exógenos. Significa que as decisões produzem efeitos econômicos que afetam não apenas as partes envolvidas no processo posto à apreciação (particular que demanda fornecimento de medicamento pelo Estado; particular que busca revisão de contrato bancário, sob o alegar que a taxa de juros seria abusiva etc.), mas terceiros. As decisões reverberam para além dos autos e das partes envolvidas no processo quer pelo dispêndio imposto ao Erário, no caso de demandas por prestações positivas, quer, principalmente, pela possibilidade de reprodução de decisões semelhantes. Se as deliberações judiciais causam impactos econômicos, conclui o mesmo autor, os mesmos devem ser considerados no processo decisório. Quanto mais variáveis de aludida ordem estiverem presentes no processo de tomada de decisão, melhor será para todos os direta ou indiretamente envolvidos.

Frise-se que considerar custos dos direitos e impactos econômicos das decisões judiciais, mormente das decisões alocativas (assim entendidas como aquelas que importam em adjudicação de recurso ou de bem público em prol do demandante ou do conjunto da sociedade, se a demanda for coletiva), não compromete a proteção de tais direitos. Antes, possibilita melhores escolhas (**trade-off**).

Eficiência não é critério de justiça. No entanto, óbvia a noção de que ineficiência provoca desperdícios de recursos (escassos por definição). Haverá maior injustiça que a utilização dos escassos recursos de uma dada sociedade de forma a não maximizar a sua utilização social?¹¹⁹ Sendo assim, a preocupação com a eficiência – e, portanto, a utilização dos subsídios fornecidos pela Análise

¹¹⁸ LEAL, Rogério Gesta **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores, p.21.

¹¹⁹ No mesmo sentido, TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.57.

Econômica do Direito – não pode deixar de acudir o julgador, sobretudo quando realiza controle judicial de políticas públicas.

Deve-se anotar, com a ênfase necessária, que não se está a propor que os julgadores ocupem-se antes da eficiência do que da justiça, ainda mais quando se trata de efetivar direitos sociais (objeto da dissertação). Muito ao reverso, o que se sugere é que a primeira seja utilizado como instrumento de viabilização da segunda. Afinal de contas, o gasto com prioridades sociais que atenda um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa¹²⁰.

Relevante anotar, ainda, que a noção do homem como maximizador racional dos próprios interesses (o *homo economicus*), uma máquina de prazer, é evidentemente reducionista. O conceito é visto como único meio de racionalizar os modelos teóricos econômicos, ignorando variáveis axiológicas que influenciam as escolhas humanas e, no entanto, não podem ser quantificadas adequadamente (como beleza, solidariedade, deveres morais etc.). A simplificação exagerada da realidade compromete, em alguma medida, a análise e os resultados.

Também por dita razão a eficiência não pode ser transformada em critério de justiça. O que importa, em verdade, é utilizar os subsídios da Análise Econômica do Direito para viabilizar decisões socialmente mais eficientes (no sentido referido por Luciano Benetti Timm, na passagem por último referida¹²¹), isto é, que atendam um maior número de pessoas mais necessitadas, evitando o desperdício.

A consideração dos custos dos direitos não pode se traduzir em artifício ideológico para a denegação de direitos. Antes, deve reforçar o papel do Direito – e, portanto, do Estado-Juiz – de transformador da realidade social.

É em tal sentido que se põe a proposta de utilização da ponderação econômica como critério – não o único, nem o principal, mas critério auxiliar – de decisão judicial.

¹²⁰ A observação é de TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

¹²¹ Veja-se nota anterior, de número 120.

4 – CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA O BALIZAMENTO DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. A necessidade da construção de parâmetros de controle judicial das políticas públicas

Ao longo dos capítulos precedentes, sustentou-se a possibilidade de controle judicial das políticas públicas relacionadas com a efetivação dos direitos fundamentais (sociais), erigindo tal controle à condição de meio de participação democrática. Apontou-se que aludido controle deve fazer-se com olhos postos no princípio constitucional da eficiência, para o que é útil o instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito. Cumpre, agora, estabelecer os parâmetros que devem guiar a atuação judicial em tal situação.

A construção de tais parâmetros será realizada a partir do reexame das críticas usualmente opostas ao aludido controle.

Ainda antes de ir adiante, contudo, cumpre retomar advertência que não pode ser ignorada. No atual cenário nacional, há, por vezes, autêntico abuso do direito de demandar contra o Estado, utilizando de forma astuciosa e distorcida a ideia de plena efetividade do Texto Constitucional.

Abordando especificamente a questão do direito constitucional à saúde, mas desenvolvendo raciocínio que, em tudo e por tudo, pode ser estendido para os demais direitos sociais, Ricardo Seibel de Freitas Lima¹²² ratifica a advertência antes apregoada:

¹²² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 276.

De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações. Essa atuação transformadora do Poder Judiciário, que, como referido, teve grande mérito na concretização do direito à saúde, se levada ao extremo, sem a possibilidade de aplicação universal de forma racional, poderá ser entendida como voluntarismo irracional.

Como meio de afastar os riscos daquilo que designou de voluntarismo irracional (dos juízes, destaque-se), o mesmo autor¹²³ sustenta a necessidade de estabelecimento de padrões, rotinas e fundamentações das decisões judiciais, de forma a ensejar um mínimo de previsibilidade para os administradores públicos e para os indivíduos das prestações que possam ou devam ser concedidas pelo Poder Público.

Daniel Sarmento¹²⁴, por outra parte, defende que a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. Acrescenta que, vencida a etapa inicial, é chegado o momento de racionalização do processo de sindicância dos direitos prestacionais. A racionalização, conclui, passa por dois pontos principais, a saber, superação do que designou de “euforia justicialista” e o estabelecimento de parâmetros ético-jurídicos que guiem as intervenções judiciais nesta seara.

¹²³LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282.

¹²⁴SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 586. O autor acrescenta que a superação daquilo que designou de euforia justicialista ocorre com o reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância de suas funções, não é, nem pode ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação aos direitos sociais. Sustenta, por fim, que tal afirmação dependeria muito mais de políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e de mobilização da sociedade civil. A opinião não é conflitante com tudo o que foi até aqui exposto. Permaneço convicto de que incumbe preferencialmente ao Executivo e ao Legislativo formular e implementar políticas públicas. A omissão dos gestores públicos e, sobretudo, o desrespeito à regra constitucional da eficiência, porém, autorizam atuação judicial proativa, meio mais eficaz de garantir controle democrático e efetivação das vontades constitucionais.

Da mesma forma, Cláudio Pereira de Souza Neto¹²⁵ afirma: “*O grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização*”.

Gustavo Amaral¹²⁶, de outro lado, chama a atenção para o fato de que a linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal, especialmente aqueles da lavra do Ministro Celso de Mello, peca por deixar de reconhecer o princípio do uso racional dos recursos públicos, deixando de atentar para as peculiaridades de cada caso.

Clara está, portanto, a necessidade de construção de parâmetros que guiem a atuação judicial no controle das políticas públicas, notadamente daquelas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais. Tal é o objeto primordial do presente trabalho, como salientado.

Não se ignora – e a tanto já se fez referência – que nem sempre há tempo e espaço suficiente para que os julgadores ajam com a cautela e a serenidade que são exigíveis de um juiz social e economicamente responsável.

De fato, grande parte das decisões que envolvem direitos sociais – e tal é tanto mais grave e verdadeiro quando se cuida de direito à saúde – são tomadas sob o influxo da urgência, após cognição superficial e aligeirada, própria das demandas cautelares e antecipatórias. Para o juiz coloca-se, não raro, a disjunção entre assegurar ou não direito à vida, por exemplo. Em tais circunstâncias, o impulso natural do julgador será sempre o de assegurar sobrevivência, mesmo que a cognição não tenha exaurido adequadamente as circunstâncias e os fatos que ensejaram a demanda.

Há, ademais, certo patrulhamento ideológico das decisões judiciais. Qualquer decisão que ouse restringir, por qualquer razão, plena, irrestrita e (não raras vezes) irresponsável efetividade dos direitos sociais é logo tachada de ultrapassada, retrógrada, reacionária, neoliberal.

¹²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 527.

¹²⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 170.

Igualmente há leitura equivocada da regra constitucional que impôs duração razoável para o processo. O processo demanda tempo para acontecer. Em alguma medida, é bom que seja assim, de forma a possibilitar cognição plena e maturação da convicção do julgador. O processo não pode é estender-se para além do razoável – e necessário – à boa e efetiva prestação jurisdicional. A leitura equivocada supõe que o processo pode ignorar o tempo que lhe é imanente e, muitas vezes, tem ensejado decisões aligeiradas, nos moldes já aludidos.

Muitas das demandas instauradas são de caráter individual e, portanto, não permitem, pelas restrições que a sistemática processual impõe, plena investigação das eventuais consequências da decisão porventura adotada para além dos autos em que é lançada.

O crescimento descomunal da litigiosidade, a falta de estrutura crônica, especialmente nos juízos de primeiro grau e a desumana carga de trabalho muitas vezes têm impedido que os julgadores efetivamente possam realizar adequadamente a ponderação que cada caso difícil que lhes é apresentado exige.

Não se pode deixar de ressaltar, ademais, que o estabelecimento de metas anuais de julgamento pelo Conselho Nacional de Justiça possui algum mérito, qual o de efetivamente estimular preferência no destribe de demandas mais antigas. Nada obstante, a possibilidade de decisões adequadamente amadurecidas tem sido comprometida pela preocupação desmedida com números e estatísticas. Ao julgador muitas vezes importa mais julgar dezenas de ações simplórias, repetitivas, mas que resultam, no final do mês, em dados estatísticos que lhe viabilizem destaque pessoal e melhores possibilidades de progressão na carreira que uma ou outra demanda que, por envolverem controle de vontades públicas, demandem cognição complexa e decisão difícil.

De último, não se pode perder de vista a advertência de Gustavo Franco¹²⁷, para quem a possibilidade de controle judicial das políticas públicas tem permitido, na prática, que as escolhas feitas pelo eleitor quando da escolha dos membros do

¹²⁷ FRANCO, Gustavo H. B. Celebrando a convergência (apresentação da 1ª edição). In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17. Também disponível em <<http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/prefacioeconomia.htm>>, p. 04. Acesso em 02/02/2010.

Executivo e do Legislativo sejam levadas, por assim dizer, ao “tapetão” (para tomar emprestado o jargão futebolístico, tão próprio da nossa cultura), dando ensejo a perniciosa insegurança jurídica. O Judiciário é utilizado pelo vencido para criar embaraços às políticas do vencedor, procrastinando, denegrindo, constringendo e ignorando a diversidade, que é própria do ambiente democrático.

A situação descrita por Gustavo Franco constitui efeito colateral e anômalo da possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Não pode ser ignorada, mas não impede o exercício de tal controle, notadamente em decorrência dos benefícios que o mesmo pode ensejar, relacionados com a efetivação dos direitos fundamentais e com a ampliação das possibilidades de participação democrática, várias vezes referidos.

Todas estas circunstâncias comprometem atuação judicial social e economicamente responsável, reforçando a necessidade da construção de parâmetros que balizem a atuação do julgador, nos moldes já apontados. Não se busca impor limites à livre convicção do julgador. Muito ao reverso, o objetivo é facilitar – ou tornar menos complexos¹²⁸, como já se anotou – os julgamentos dos casos difíceis que envolvem controle de políticas públicas.

Acrescente-se, ademais, que a construção de tais parâmetros também visa qualificar o debate que tem lugar nas demandas que envolvem controle judicial de políticas públicas, ensejando decisões mais responsáveis. O cotidiano forense tem demonstrado que, na maioria das vezes, tais deliberações apenas tangenciam questões como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público, reserva do possível, mínimo existencial, sem, no entanto, aprofundá-las adequadamente. De fato, são demasiadamente comuns decisões que lançam autênticos axiomas (como, por exemplo, o de que os direitos que se inserem

¹²⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 174, chama a atenção para o fato de que os casos difíceis têm, muitas vezes, sido transformados em casos fáceis, pelo esvaziamento das questões na fase da tutela de urgência e pelo decurso de longo tempo até o julgamento final. Quando este finalmente chega, a demanda já perdeu o objeto (o paciente já faleceu, ou já está curado, a creche já foi construída, ou já não há necessidade dela etc.) e, assim, será extinta, sem julgamento de mérito. A proposta aqui é evidentemente diversa. Consiste em construir paradigmas que viabilizem julgamento de mérito mais ágil e mais qualificado, com efetiva solução dos casos difíceis.

no mínimo existencial não estariam sujeitos à reserva do possível), sem, no entanto, ocuparem-se de justificá-los adequadamente.

Destaque-se que tais parâmetros destinam-se ao controle das políticas públicas relacionadas com a efetivação de direitos sociais previstos na Constituição Federal na forma de princípios. Aqueles estabelecidos através de regras podem ser controlados diretamente pelo Judiciário, sem maiores indagações.

4.2. Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas

O raciocínio até aqui desenvolvido buscou demonstrar, em primeiro lugar, a necessidade de controle judicial das políticas públicas, notadamente daquelas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais, sustentando que tal controle é ampliação das possibilidades de participação democrática na formação e execução das vontades públicas

Acrescentou-se que o controle referido deve fazer-se com olhos postos na regra constitucional da eficiência.

Anunciou-se que seriam ofertados parâmetros para balizar a atuação judicial no julgamento dos casos difíceis.

Pois bem, é chegado o momento de ofertar tais parâmetros.

O raciocínio por ser desenvolvido toma como referencial teórico o trabalho de Cláudio Pereira de Souza Neto, já referido, intitulado *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros* (artigo inserido na obra coletiva *Direitos Sociais - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*)¹²⁹. Aqui, como lá, os parâmetros ofertados são classificados em materiais e processuais. Os primeiros relacionam-se, por evidente, com a possibilidade de exercício de controle judicial das políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais, seja em decorrência

¹²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

dos limites que foram referidos no Capítulo 2, seja em decorrência da necessidade de observar a regra constitucional que impôs eficiência aos gestores públicos. Os demais dizem respeito às repercussões do exercício de aludido controle no fenômeno processual, impondo adequação do processo ao novo papel social que lhe é reservado.

4.2.1. Parâmetros materiais

4.2.1.1. Legitimidade da atuação judicial restrita aos hipossuficientes

Já restou anotado (Capítulo 1, Tópico 1.3) que o qualificativo direito social não está, na realidade brasileira, vinculado exclusivamente à atuação positiva do Estado, no sentido de promover compensação das desigualdades fáticas manifestas e assegurar patamar de condições mínimas para vida digna. Também são sociais, na realidade nacional, os direitos que asseguram ou protegem espaço de liberdade, ou ainda os que dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para certos segmentos sociais, justamente por sua maior vulnerabilidade frente ao poder estatal e, sobretudo, ao poder social e econômico, como é o caso dos direitos trabalhistas¹³⁰.

Ínsita à noção de direito social, portanto, a preocupação com o resgate das desigualdades sociais.

Neste contexto, a doutrina nacional¹³¹, de forma assente, tem fixado a hipossuficiência como parâmetro a ser considerado no controle judicial das políticas

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, especialmente p.218-220.

¹³¹ Neste sentido, não apenas Cláudio Pereira de Souza Neto, no trabalho apontado como referencial teórico, mas também, por exemplo, SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 577 e SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos

públicas. Se os recursos são escassos, deve-se priorizar atendimento, por evidente, para os mais pobres.

Deve-se aferir hipossuficiência, contudo, no caso concreto, sem que a mesma tenha, para os fins de ensejar controle judicial de política pública relacionada com direito social, qualquer vínculo com o conceito estampado na Lei 1.060/50, construído de forma a isentar de custas processuais quem não possa demandar em Juízo sem prejuízo do próprio sustento (ou de sua família). De fato, a apreciação deve levar em conta não apenas a aparente situação financeira do requerente, mas, sobretudo, a natureza e o custo da prestação pleiteada.

Assim, por exemplo, alguém pode não ser pobre, ao menos na forma prevista no aludido dispositivo legal e, no entanto, necessitar de prestação social que envolva tratamento médico de valor tão elevado que lhe é inatingível.

Frise-se que não se está discutindo, ao menos neste momento, a viabilidade de concessão de qualquer tratamento de saúde, por exemplo, independentemente dos custos. O que se argumenta é que a apreciação judicial não pode deixar de levar em consideração a situação financeira de quem pleiteia, sem tomar por critério – como equivocadamente acontece na prática forense – aquele referido na já mencionada Lei 1.060/50.

Saliento, ademais, que não pode ser ignorada a capacidade financeira dos familiares de quem pleiteia medidas de aludida estripe. O dever de solidariedade assim impõe, como meio de propiciar máximo aproveitamento dos escassos recursos disponíveis¹³².

fundamentais: seu conteúdo, eficácia efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 248.

¹³² A apreciação da situação familiar minimiza os riscos de apropriação indevida dos poucos recursos existentes por quem não se insere na camada mais necessitada da população. Considere-se o exemplo de filho da classe média que, conquanto não possua renda ou patrimônio próprio, tem situação familiar confortável e, nada obstante, pleiteia e obtém judicialmente do Poder Público o fornecimento de bomba de insulina. O valor não é irrisório, nem podia ser pago pelo próprio adquirente, mas podia sê-lo pela respectiva família, que o presenteou com carro, notebook, máquina de fotografia profissional etc.

Nesta ordem de ideias, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo¹³³ apontam primazia da auto-responsabilidade, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo próprio sustento e de sua família.

Em síntese, pois, o controle judicial das políticas públicas relacionadas com os direitos sociais deve considerar a hipossuficiência do pretendente à prestação, nos limites do que foi exposto.

4.2.1.2. Legitimidade de atuação restrita à esfera da fundamentalidade material

Cláudio Pereira de Souza Neto¹³⁴ propõe que a atuação judicial na concretização de direitos sociais deve se circunscrever à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).

Explica o mesmo autor¹³⁵ que o parâmetro proposto vai além daquele sustentado pelos defensores da tese do mínimo existencial. Acrescenta que não há sentido na cristalização minimalista provocada pelo conceito (mínimo existencial). Salaria que o Judiciário é legítimo para concretizar não apenas as condições mínimas, mas as condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva. Conclui afirmando que a fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não apenas os meios de subsistência, mas também a igualdade de meios para agir. Para permitir correta identificação dos conceitos, toma o exemplo das conseqüências das duas visões quanto ao direito à educação: para

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36.

¹³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 535.

¹³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 537.

os cultores da teoria do mínimo existencial, apenas poderia ser judicialmente pleiteado o direito à educação fundamental, ao passo que, para os cultores da teoria da fundamentalidade material, também haveria a possibilidade de postular acesso ao ensino médio. Entender de forma diversa, arremata, importaria em tolher reais oportunidades de quem ainda se encontra na adolescência e, portanto, não pode bancar os próprios estudos.

A aparente sutileza da diferença não pode ser ignorada. Desde o princípio sustentou-se que se impõe evolução da visão do processo, que passa a ser entendido como ampliação das oportunidades de participação democrática. A defesa aqui assumida da possibilidade de controle judicial das políticas fundou-se, sobretudo, no referido argumento. Sendo assim, imperioso reconhecer que eventual controle deve fazer-se não apenas no sentido de garantir sobrevivência, mas sobrevivência com reais possibilidades de intervenção e participação nas escolhas do país. Não há democracia possível se assim não for.

Referida posição importa em superação da ideia de que o controle judicial das políticas públicas deve se cingir à garantia do mínimo existencial. A teoria em alusão (do mínimo existencial), nas palavras de George Marmelstein¹³⁶, sustenta que apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares.

Nagibe de Melo Jorge Neto¹³⁷ aduz que a ideia de mínimo existencial relaciona-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido a núcleo intangível dos direitos fundamentais. Apresenta-se como *topos* argumentativo, sendo impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais mínimas. O consenso a respeito do que seja o mínimo existencial será determinado no âmbito de uma argumentação jurídica, somente podendo ser fixado (alcançado, delimitado) no caso concreto.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo anotam a impossibilidade de se estabelecer, pronta e taxativamente, um elenco dos elementos nucleares do

¹³⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 312.

¹³⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p 153-155.

mínimo existencial, pelo que a fixação do conteúdo do mínimo existencial – que não pode ser confundido com mínimo vital – reclama análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar¹³⁸.

A teoria do mínimo existencial tem sido sistematicamente utilizada assim pela doutrina como pela jurisprudência¹³⁹ para justificar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas (não se poderia, afinal de contas, cogitar de Estado voltado ao Bem-Estar Social se não for admitida a possibilidade de que seus cidadãos demandem dele, ao menos, o mínimo indispensável à respectiva sobrevivência). Mais! Muitos julgados¹⁴⁰ erigem à condição de autêntico dogma a afirmação de que as prestações inseridas no mínimo existencial não se sujeitariam à reserva do possível (o conceito será retomado adiante), omitindo-se de considerar as disponibilidades de recursos (reais e orçamentárias).

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴¹, ao revés, adverte que a noção de mínimo existencial contribui para a produtividade da reserva do possível. Daniel Sarmiento¹⁴² sustenta

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26.

¹³⁹ O próprio Supremo Tribunal Federal vem assim decidindo. Paradigmático a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello na APDF 45. Ainda que ali não tenha havido decisão de mérito, o Relator expressamente afirmou – em ato judicial que mais vale pela posição doutrinária que assume do que pelo dispositivo que contém – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, ainda mais quando se cuidar da implementação da garantia do mínimo existencial. Mais recentemente, o entendimento foi ratificado em julgado também da relatoria do Min. Celso de Mello (RE 436996/SP), reconhecendo direito subjetivo de acesso a uma vaga na rede pública para crianças de até seis anos de idade em creches e pré-escolas, igualmente sob a invocação da noção de mínimo existencial. Dados disponíveis no endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br>>. Também há referência em SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23.

¹⁴⁰ Diversos os precedentes, inclusive do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Assim, por exemplo: Agravo Regimental 3297184200980600001, Relatora Desembargadora Edite Bringel Holanda Alencar, j.15/04/2010; Apelação Cível 24091162200380600000, Relator Desembargador Francisco Sales Neto, j. 03/05/2010; Agravo de Instrumento c/ pedido de efeito suspensivo 648856200580600000, Relator Desembargador Rômulo Moreira de Deus, j. 22/02/2010; Embargos de Declaração 198113200980600001, Relatora Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, j. 10/12/2009; Mandado de Segurança 1679819200880600000, Relator Desembargador Celso de Albuquerque Macedo, j. 18/08/2009. Dados disponíveis (inclusive íntegra de ementas e acórdãos) no endereço eletrônico <<http://www.tjce.jus.br>>. Acesso em 09/07/2010.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 242.

que o mínimo existencial não pode ser assegurado judicialmente de forma incondicionada. Admite, porém, que quanto mais indispensável for uma determinada prestação para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Poder Público para afastar a possibilidade de obtenção da adjudicação pretendida.

De último, George Marmelstein¹⁴³ adverte que a teoria em referência não seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. É que a Constituição de 1988 não prevê que apenas um mínimo será protegido, havendo, ao revés, diretrizes que apontam no sentido diametralmente oposto (como na questão do direito à saúde, orientada pela universalidade do acesso e integralidade do atendimento). Referidas diretrizes restariam reforçadas pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em janeiro de 1992, que alude a um máximo dos recursos disponíveis para implementação dos direitos sociais – noção incompatível com uma ideia minimalista.

Irrelevante, para os fins do presente trabalho, firmar posição a respeito da compatibilidade da teoria do mínimo existencial com a Carta Política brasileira. O que importa, em verdade, é que referida teoria é insuficiente para autorizar controle judicial nas políticas públicas. A afirmação de que as prestações inseridas no conceito de mínimo existencial não se submetem à reserva do possível são ingênuas, quando pouco. É preciso ir além! É preciso considerar seriamente as disponibilidades fáticas e orçamentárias de recursos, de forma a permitir decisão econômica e socialmente responsável.

Tal consideração não pode ignorar a noção de reserva do possível, que será tratada adiante. Não pode, por outro lado, ser realizada senão através daquilo que se vai designar de ponderação econômica, com a utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito.

Recorde-se, como no início do tópico, que é indispensável assegurar aos cidadãos não apenas as condições para vida digna (aquelas que se inseririam no

¹⁴² SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 579.

¹⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 314.

conceito de mínimo existencial), mas também aquelas que viabilizam efetiva participação na formação das vontades públicas (educação para além da fundamental e acesso à Justiça, por exemplo).

A ponderação por ser realizada pelo julgador no caso concreto deve considerar todas estas circunstâncias, sendo certo, como salientado por Daniel Sarmento¹⁴⁴, que a eventual inserção da pretensão na noção de mínimo existencial – e, digo eu, na esfera da fundamentalidade material – amplia o ônus argumentativo do Poder Público.

Arremate-se, assim, que o controle judicial de políticas públicas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais precisa considerar se a prestação solicitada insere-se na esfera da fundamentalidade material do pretendente, na forma antes exposta. A constatação de que a prestação insere-se em tal conceito, contudo, não é suficiente para autorizar, por si só, intervenção judicial, posto que não pode ser ignorada a restrição de recursos, sem maiores considerações a respeito.

4.2.1.3. Novamente a questão dos custos dos direitos: a reserva do possível e a possibilidade de universalização da prestação

Já restou anotado que os recursos são, por definição, escassos e que as restrições de recursos (tanto fáticas quanto orçamentárias) precisam ser consideradas no ato de decidir (decisões alocativas, assim entendidas aquelas que importam na utilização de recursos públicos, dentre as quais se inserem, por evidente, aquelas exaradas no exercício do controle judicial das políticas públicas). Não podem, contudo, servir de parâmetro exclusivo para denegação de direitos assegurados no Texto Constitucional, relegando à irrelevância os mandamentos ali inseridos.

Destacou-se que a consciência e a consideração dos custos dos direitos não diminuem o comprometimento com a respectiva proteção. Possibilitam, em verdade,

¹⁴⁴ A passagem já foi aqui referida, na nota 142.

melhores decisões a respeito do como e do onde gastar os escassos recursos públicos. Não se trata de restringir aplicação dos direitos fundamentais (sociais), mas de propor efetivação racional e criteriosa.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁵ ensina que a crise de efetividade vivenciada com agudeza cada vez maior pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Quanto mais escassos forem os recursos, prossegue, tanto mais responsável deve ser a deliberação a respeito de sua destinação, o que remete à necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática dos orçamentos públicos e dos processos de administração das políticas públicas. Prossegue afirmando que os princípios da moralidade e da eficiência assumem papel de destaque na discussão, impondo a tarefa de maximizar os recursos e minimizar os efeitos da reserva do possível para todos os órgãos estatais e agentes políticos.

A noção de eficiência já foi referida no Capítulo 3 e será retomada adiante, como mais um dos parâmetros que o julgador deve observar quando do controle de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais.

A de reserva do possível é fruto de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do paradigmático caso *numerus clausus* das vagas em universidade. Referida decisão anotou que o direito à educação não implica o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos. Impõe, apenas, a obrigação de que o Poder Público demonstre estar dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis¹⁴⁶.

O conceito diz, pois, com a efetiva disponibilidade de recursos aptos para efetivação dos direitos sociais objeto da pretensão¹⁴⁷. Referida disponibilidade deve

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 239-241.

¹⁴⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318.

¹⁴⁷ O próprio STF já afirmou a utilidade do conceito. Veja-se, por exemplo Recurso Extraordinário 436996/SP, Relator Min. Celso de Mello, j. 26/10/2005. Dados disponíveis no endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09/07/2010.

ser tanto orçamentária (previsão orçamentária de recursos destinados àquele fim) quanto fática (efetiva existência de recursos no caixa estatal). Nesta ordem de ideias, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁴⁸ sustentam que a noção de reserva do possível apresenta tríplice dimensão, a saber: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica (tanto de recursos materiais quanto humanos), o que guarda conexão com distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e c) sob o ponto de vista de eventual titular de direito a prestações sociais, envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Importa frisar, nestas condições, que o conceito de reserva do possível não pode ser alçado à condição de argumento impeditivo de intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais¹⁴⁹.

De fato, o que se tem verificado, com irritante frequência, é a invocação descuidada da teoria pelos poderes públicos, sempre com o intuito de inviabilizar controle judicial das políticas públicas, mormente daquelas voltadas à efetivação de direitos sociais. Desconheço qualquer caso em que o Poder Público tenha feito correta demonstração da indisponibilidade de recursos, juntando documentos que comprovem não apenas as próprias deliberações orçamentárias, mas também o grau de efetiva execução das mesmas. Muito menos há demonstração de recursos disponíveis nos caixas do ente estatal em face do qual é formulada a pretensão, para quaisquer fins.

Destaque-se, neste ponto, que o espaço para intervenção judicial será tanto mais restrito quanto maior a vinculação entre as disposições orçamentárias e as vontades constitucionais. A questão será retomada quando for abordada a questão da eficiência como parâmetro para intervenção judicial.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

¹⁴⁹ A advertência é de SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

Da mesma forma, a possibilidade de intervenção judicial é inversamente proporcional ao grau de execução do orçamento público. Assim, por exemplo, a constatação de que, no mês de setembro, o poder público ainda não executou sequer 1/3 das previsões orçamentárias para a área de saúde autoriza maior grau de intervenção que a constatação de que a execução ocorreu na mesma proporção do tempo decorrido desde o início do ano.

O ônus de comprovar a indisponibilidade de recursos é, reiterar-se, do poder público, como será ratificado adiante.

Importante doutrina nacional tem sustentado que a melhor forma de subsidiar políticas públicas devotadas aos direitos sociais (redistributivas) é por meio da tributação¹⁵⁰, alçando o orçamento público à condição de instrumento jurídico ideal para tal fim¹⁵¹.

Não se rejeita a relevância do orçamento. Muito ao reverso, já se referiu, no presente trabalho, à necessidade de aprimoramento do instituto, com ampliação das possibilidades de participação democrática na respectiva construção (experiências de orçamento participativo) e fiscalização, bem assim com a transformação de sua natureza, de meramente autorizativo para vinculante.

O que não se pode, no contexto atual, é hipertrofiar a importância do orçamento, ignorando não apenas a maneira como o instrumento é construído – com frequente apartação dos verdadeiros interesses públicos e da vontade constitucional. Não se pode ignorar, ademais, que a própria introdução de destinações orçamentárias obrigatórias (para a educação fundamental, por exemplo) reforça a ideia de que, na realidade brasileira, as disposições orçamentárias constituem pouco mais que figuras de retórica¹⁵².

¹⁵⁰ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68.

¹⁵¹ AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 107.

¹⁵² Gustavo Amaral e Danielle Mello citam justificativa de proposta de mudança constitucional atribuída ao então Deputado Federal Gustavo Krause, onde restou anotado: *a vinculação de receitas era como que uma confissão antecipada de incapacidade política de dar ao orçamento as finalidades*

É de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo ¹⁵³ a advertência de que:

[...] o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais.

Os mesmos autores ¹⁵⁴ arrematam, citando Eros Roberto Grau, que quem governa, pelo menos em um Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se dever de fidelidade às opções do legislador constituinte.

Assim, a noção da reserva do possível não impede, por si só, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Muito ao reverso, referido controle se impõe, quer como meio de sindicar a adequação das disposições orçamentárias à vontade constitucional, quer como instrumento para ensejar fiscalização popular sobre a correta execução do orçamento.

De outra parte, a consideração dos custos demandados pela prestação solicitada não pode passar ao largo da averiguação da possibilidade de universalização da medida solicitada, bem assim da consideração do sistema de direitos sociais em sua unidade, no sentido proposto por Cláudio Pereira de Souza Neto ¹⁵⁵.

públicas que ele deveria ter. AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 108.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34-35.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

¹⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540-541.

A doutrina¹⁵⁶ tem apontado, com frequência, que somente é possível cogitar de controle judicial para compelir outorga de prestação estatal se a medida puder ser estendida para todos quantos dela necessitem (universalização da medida). A verificação da insuficiência de recursos públicos deve considerar não o caso concreto, mas a totalidade dos casos semelhantes¹⁵⁷.

Observe-se a necessidade de considerar não o universo de pessoas hipossuficientes, mas o universo de potenciais beneficiários de prestações semelhantes.

Assim, ao menos na realidade atual, beiraria o ridículo, pela absoluta impossibilidade material, ordem judicial que compelisse o Poder Público a fornecer moradia em condições razoáveis para todos quantos delas necessitem. De igual modo, censuráveis as decisões judiciais que, de algum modo, têm imposto atendimento médico ótimo em quaisquer circunstâncias, interpretando da forma mais abrangente possível o direito à saúde.

Uma dada prestação concreta, contudo, não pode ser rejeitada somente porque, individualmente, gera custos elevados. Tome-se a referência de Gustavo Amaral¹⁵⁸, para justificar o raciocínio:

Há casos de doenças raras que, talvez porque raras, têm tratamento muito elevado, em alguns casos ao limite de colocar em risco o equilíbrio de pequenos e médios planos de saúde. Todavia, porque raras, isto é, de baixíssima incidência no universo populacional, dada uma larga base de contribuintes – em sentido estrito quando se fala de prestação estatal, em sentido lato quando se fala de planos de saúde –, o custo efetivo, o montante a arcar não seja inviável. O incremento decorrente de um novo tratamento ou medicamento que em termos unitários não pareça elevado, porque relativo a doença abrangente, pode ser, ao final, muito mais relevante do que o da outra mudança. Assim, pode ser que o incremento de

¹⁵⁶ Além de Cláudio Pereira de Souza Neto, no texto já referido, conferir, por exemplo, SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 572 e AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010.

¹⁵⁷ Neste sentido, TJ/RJ, Apelação Cível 1994.001, Relator Desembargador Carpena Amorim, j. 20/09/1994. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 02/08/2010.

¹⁵⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 172.

mais R\$ 5 mil/mês em um tratamento seja, em concreto, um desafio muito maior para as finanças públicas do que um desafio de R\$ 100 mil/mês posto por uma criança com síndrome de Kabuki, mal genético que em abril de 2003 afetava cem crianças no mundo.

O exemplo evidencia, repita-se, que o que importa considerar é o universo de potenciais beneficiários de prestação estatal idêntica àquela que é demandada no caso concreto.

Na passagem, anote-se que o que se tem sustentado, desde o início, é a possibilidade de controle judicial das políticas públicas como meio de participação democrática, influenciando e conformando as mesmas. Nesta ordem de ideias, na contramão de decisões que solenemente ignoram os custos das prestações estatais, há surgido decisões que buscam sugestão de meios alternativos de minimização dos respectivos impactos, não apenas para o caso concreto, mas sobretudo para o universo potencial de demais situações semelhantes. Paradigmática a decisão que determinou realização de operação médica no exterior, por ausência de profissional habilitado no Brasil, mas recomendou à União, após contato com o centro médico onde a mesma seria realizada, remessa de profissionais nacionais para acompanharem o procedimento e aprenderem a técnica, de forma que pudessem atender demandas posteriores da mesma natureza¹⁵⁹.

Não se pode perder de vista, de último, a severa advertência de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁰. A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie. O que importa é a garantia de vida digna, ainda que não seja viável, em um dado momento, o atendimento ótimo de todas as prestações sociais.

A advertência é indispensável para impedir que ocorram distorções como aquelas que se verificam, por exemplo, no que diz respeito ao direito à saúde. No

¹⁵⁹ A hipótese diz com demanda aqui já referida, nota 116, que ensejou tratamento de criança que padecia de doença congênita vulgarmente conhecida por “doença do xarope de bordo na urina” (MSUD).

¹⁶⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 541.

Estado do Rio Grande do Sul, foi tal o manejo judicial de verbas orçamentárias que houve a necessidade da criação de grupo envolvendo a Procuradoria Geral do Estado, Associação de Juízes, Escola de Magistratura, Centros de Estudo do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Defensoria Pública, Conselho Regional de Medicina e Associação de Médicos para ensejar melhor compreensão das circunstâncias de fato das demandas que envolvem fornecimento de medicamentos e prestações de saúde, as quais abocanham boa parte das disponibilidades orçamentárias, inviabilizando, na prática, planejamento adequado e execução de outras políticas públicas¹⁶¹.

Em suma, o controle judicial das políticas públicas não pode deixar de ter em conta as restrições impostas pela crônica escassez de recursos. A invocação panfletária e incomprovada da reserva do possível não impede aludido controle. O exame do caso concreto não pode ignorar as possibilidades de universalização da pretensão para todos os potenciais interessados, nem tampouco deixar de considerar a universalidade dos direitos sociais.

4.2.1.4. O princípio da subsidiariedade da intervenção judicial e a discricionariedade dos meios

Anotou-se, no Capítulo 2, que constitui crítica usual à possibilidade de controle judicial das políticas públicas o déficit de democracia dos julgadores, que não passaram pelo crivo do voto popular.

A objeção foi superada com a noção de que o processo é meio de participação democrática, franqueando a qualquer do povo, seja individualmente, seja por meio das associações de classe, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, velar pelo atendimento das vontades expressadas nos princípios constitucionais, cuja plena normatividade foi reconhecida.

¹⁶¹ Exemplo colhido de AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 108.

Na mesma ordem de ideias, a crítica à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos (e as políticas públicas realizam-se por meio de um ou de vários atos administrativos, como é evidente) restou superada pelo reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, aos quais está vinculada a atuação discricionária da Administração Pública¹⁶². Delineia-se, então, doutrina que admite esfera de discricionariedade (administrativa) justificável¹⁶³. Assim, já não há falar na clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Em decorrência, adverte Gustavo Bienbojm¹⁶⁴:

[...] naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade de controle deverá ser tendencialmente menor.

Claro está, portanto, que é possível o controle judicial das políticas públicas, mas que referido controle não se pode fazer de qualquer forma. Referido controle deve submeter-se ao princípio da subsidiariedade, Como salienta George Marmelstein¹⁶⁵, o ideal democrático quer que os órgãos do Executivo e do Legislativo se encarreguem de implementar políticas públicas, e que o façam de forma constitucionalmente adequada. O Judiciário, arremata o mesmo autor, somente deve agir quando os demais poderes agirem mal (não agirem quando deveriam agir ou agirem de forma insuficiente e equivocada, devidamente demonstrada judicialmente).

Outra questão relevante, no estabelecimento dos parâmetros para a atuação judicial, diz com a questão da discricionariedade dos meios, conceito ao qual se aludiu no Capítulo 2.

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 208.

¹⁶³ Expressão discricionariedade justificável é de MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 34..

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 227.

¹⁶⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 315-316.

Ali restou assentado que o Poder Público realiza escolhas que dizem com a maneira como os direitos fundamentais serão concretizados. O conceito de discricionariedade dos meios encerra a ideia de que referidas escolhas – como fazer para suprir a ofensa a direitos fundamentais – incumbem ao poder público (Executivo e Legislativo). Ao Judiciário é dado controlar as políticas públicas, mas não pode, em princípio, eleger a maneira de concretizar o direito fundamental.

A discricionariedade dos meios, ainda que não seja absoluta, deve ser preservada tanto quando possível for, seja em homenagem ao princípio democrático, seja porque o Judiciário não dispõe, ao menos ordinariamente, de meios que lhe permitam aferir se a política que está sendo executada alcança as metas para as quais foi estabelecida.

Foi por respeito à limitação imposta pela discricionariedade dos meios que Nagibe de Melo Jorge Neto¹⁶⁶ sugeriu, como já referido no mencionado Capítulo 2, que, constatada ofensa a direito fundamental por determinada política pública, ou pela inexistência dela, o julgador atue como instrumento de promoção da mudança. Assim, sem impor solução para o administrador público responsável pela execução (ou inexecução) da medida, o julgador deverá impor que ele apresente plano de ação para sanar a ofensa, negociando com ele a solução mais adequada e a que acarrete menores prejuízos para as demais políticas públicas e programas em curso.

Sendo assim, ainda que o Poder Judiciário possa determinar a cessação de ofensa a direito fundamental mediante a execução de uma política pública, não poderá impor, ao menos em princípio, o meio pelo qual deverá ocorrer a efetivação de aludido direito constitucional. É em tal contexto que se coloca a possibilidade de utilização dos parâmetros fornecidos pela Análise Econômica do Direito para subsidiarem o julgador nas deliberações a respeito de controles das políticas públicas.

¹⁶⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 156.

É igualmente em tal contexto que se coloca a proposta de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁷, no sentido de que o Judiciário, no controle das políticas públicas, amplie o diálogo institucional com as instâncias de execução das políticas públicas.

Em suma, pois, o controle judicial das políticas públicas deve obedecer ao princípio da subsidiariedade, isto é, somente deve ser levado a efeito quando os Poderes Executivo e Legislativo deixarem, por ação ou omissão, de atentar para as vontades constitucionais. Deve ser respeitada, de igual, a discricionariedade dos meios eleitos pelas instâncias de execução das políticas públicas. O controle deve ser feito preferencialmente pela imposição de plano de ação, com negociação da solução mais adequada a que acarrete menores prejuízos para as demais políticas públicas e programas em curso, por meio de demandas coletivas.

A opção preferencial pelas demandas coletivas, que adiante será reafirmada, relaciona-se exatamente com as possibilidades que elas oferecem de ampliação do diálogo institucional com as instâncias de execução das políticas públicas.

Situações excepcionais, contudo, ensejam demandas individuais, como também será demonstrado adiante.

4.2.1.5. Prioridade para a opção técnica da Administração Pública

Objeção à possibilidade de controle judicial das políticas públicas aqui também já referida diz com a ausência de expertise dos julgadores, que não dispõem de formação, nem de apoio institucional, para planejamento e execução de políticas públicas.

A execução de políticas públicas demanda a realização de escolhas que, não raras vezes, demandam conhecimentos específicos que, por evidente, transcendem a capacidade técnica ordinária dos juizes. Assim, em princípio, o julgador não tem

¹⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 546.

meios de estabelecer qual o medicamento ou qual o procedimento médico mais adequado para tratar determinado tipo de moléstia, qual a espécie de vacina mais adequada para prevenir endemia, ou qual a estratégia de alfabetização que permitirá aceleração do processo de aprendizagem, ensejando que crianças e adolescentes fora de faixa etária aprendam mais rápido a ler e escrever, por exemplo.

Muitas destas questões, sobretudo aquelas relacionadas com a efetivação do direito constitucional à saúde, têm sido submetidas ao Poder Judiciário. Várias das demandas propostas põem em xeque, muitas vezes com falácias, decisões técnicas construídas adequadamente no âmbito da Administração Pública. Tome-se como referência, para raciocinar, os protocolos de atendimento médico. Algumas de tais demandas envolvem problemas éticos bem mais complexos, que transcendem o plano jurídico. Assim, por exemplo, protocolos médicos são questionados, propondo tratamentos (ou medicamentos) experimentais que, muitas vezes, colocam em risco a dignidade e a própria vida do requerente, isto para não falar da complexa relação médico/paciente/planos de saúde/hospitais/poder público, já referida no presente trabalho, muitas vezes originando pretensões que, no final das contas, traduzem-se em mero interesse comercial de uma ou outra marca de equipamentos hospitalares, em detrimento de outras (a referência a equipamentos hospitalares não passa, por evidente, de exemplo).

Sustentou-se, desde o princípio, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, passando o processo a ser entendido como ampliação das possibilidades de participação democrática. Pois bem! Como os juízes não são semideuses¹⁶⁸, a modificação do perfil e a crescente complexidade das questões que lhes são propostas impõem atualização na respectiva formação. Já não é suficiente ao juiz contemporâneo o conhecimento de textos legais e de precedentes jurisprudenciais. O conhecimento demandado é multidisciplinar. O enfrentamento das graves incumbências que lhe são impostas demanda capacidade de decifrar relatórios técnicos, interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos. Dele se exige, sobretudo, que aprofunde o diálogo com a sociedade e com as demais

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p 38.

instituições, evitando restrição às partes formalmente legitimadas (as partes que integram o processo, no modelo tradicional) ¹⁶⁹.

Já a Administração Pública, ao menos como regra, dispõe de pessoal e instrumental necessário ao planejamento e à execução de políticas públicas, podendo aferir possibilidades e riscos de cada estratégia e eleger aquela que mais se adéqua às vontades constitucionais.

É evidente que tal nem sempre ocorre, o que finda por ensejar a possibilidade de controle judicial, ainda mais em contexto no qual se exige do gestor público, por imposição do Texto Constitucional, eficiência. O controle acaso realizado, contudo, não pode perder de vista que a prioridade é para a opção técnica da administração. A destruição da argumentação que ensejou a adoção de referida política é ônus do interessado.

Contudo, uma vez demonstrada, com robustas provas técnica (e, neste particular, avulta a importância da figura do *amicus curiae*), a imprestabilidade da política adotada (ou a ausência de política pública em determinada situação, se for o caso), o controle jurisdicional tem lugar, para inspirar formatação ou reforma da política pública necessária. Afinal, adverte Cláudio Pereira de Souza Neto ¹⁷⁰: “... *Uma decisão judicial debatida, que seja o resultado de múltiplas informações e influências, é preferível a uma decisão que, embora se apresente como técnica, seja incapaz de se justificar publicamente.*”

¹⁶⁹ No mesmo sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.531.

¹⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 530.

4.2.1.6. Prioridade para a solução mais econômica

Já se ressaltou que os recursos públicos são, por definição, escassos. As necessidades, sobretudo as necessidades por prestações sociais, ainda mais em país com tão marcantes desigualdades sociais, são infinitas.

Neste contexto – e tal é o mais evidente dos parâmetros propostos –, havendo a possibilidade de duas prestações sociais igualmente eficientes, a opção deve ser sempre pela mais econômica (a menos dispendiosa). Assim, por exemplo, não há razões para impor fornecimento de medicamento de marca se o poder público vem fornecendo o genérico, sabidamente mais barato, e o interessado não logrou demonstrar a ineficiência (vale dizer, a menor aptidão para produzir resultados concretos) do outro.

4.2.2. Parâmetros processuais

4.2.2.1. Prioridade para as ações coletivas

Sustenta-se, no presente trabalho, a necessidade do controle judicial das políticas públicas, quer como meio de aferir observância do critério constitucional da eficiência pelos gestores públicos, quer, principalmente, como meio de ampliar as possibilidades de participação democrática. Contribuem para tanto a capilaridade do Poder Judiciário, presente em quase todos os rincões do país, e a crescente (embora ainda distante do ideal) facilidade de acesso à Justiça, permitindo a qualquer do povo, seja individualmente, seja por meio das associações de classe, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, realizarem aludido controle.

A Constituição de 1988, ademais, erigiu direitos difusos e coletivos a direitos constitucionalmente exigíveis, isto na medida em que deu assento constitucional

(art. 129, III) ao principal instrumento de proteção de tais direitos, qual seja, a ação civil pública (Lei 7.347/85).

O controle judicial de políticas públicas demanda instrução que, nas mais das vezes, o particular não possui condições financeiras de viabilizar. O debate travado em demandas individuais, por outro lado, restringe-se ordinariamente aos interesses pontuais das partes, diminuindo as possibilidades de investigação e deliberação a respeito de cada um dos aspectos que ensejaram os parâmetros materiais antes estabelecidos.

De mais a mais, as decisões coletivas ensejam universalização da pretensão, com melhores possibilidades de adequação e execução pelos poderes públicos das deliberações judiciais. A noção de macrojustiça não é relegada.

Acresça-se que, em ações individuais, as decisões não poderão afastar-se por conta do princípio dispositivo, do padrão tradicional – conceder ou não conceder a pretensão social pleiteada em Juízo.

A opção preferencial pelas demandas coletivas, ao revés, permite que se cogite da construção de soluções consensuais, com a participação efetiva dos órgãos da Administração Pública e de toda a sociedade. Por igual, permite a adoção de soluções inovadoras, como a imposição para o poder público da apresentação de plano de ação, destinado a sanar ofensa a direito fundamental, com detalhamento das possibilidades materiais e do tempo de execução (como sugere Nagibe de Melo Jorge Neto¹⁷¹) ou imposição de inclusão de meta no plano de execução orçamentária superveniente, com caráter vinculante (como propõe Ana Paula de Barcellos¹⁷²).

A discussão em derredor dos meios de efetivação de tais disposições inovadoras (como a possibilidade de imposição de multa pessoal ao gestor público

¹⁷¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 159.

¹⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 129.

omisso, com força na regra do art. 14 do CPC e a caracterização de aludida omissão como improbidade administrativa, por exemplo) foge ao âmbito do presente trabalho.

De qualquer sorte, cumpre reafirmar que o controle judicial das políticas públicas deve fazer-se, quando necessário, preferencialmente pela via das ações coletivas. Como sustenta Gustavo Amaral¹⁷³, “... é preciso criar o espaço para que um processo público, aberto, de escolhas públicas, com forte justificação técnica, surja.” Tal espaço bem pode ser o das ações coletivas.

O controle por meio de demanda individual deve ser excepcional, como se verá.

4.2.2.2. Possibilidade de controle judicial por meio de ação individual apenas nos casos de dano irreversível ou de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído

Daniel Sarmento¹⁷⁴ sustenta que a preferência para o controle das políticas públicas deve ser para as ações coletivas, reservando-se a possibilidade de utilização de demandas individuais apenas para aquelas hipóteses absolutamente singulares, que não se enquadram no perfil de ação coletiva. Tais situações não podem ser ignoradas pelo Judiciário, e as demandas individuais são o meio adequado para trazê-las ao conhecimento dos tribunais.

Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁷⁵, por sua parte, alude a duas situações concretas, às quais expressamente adiro. A primeira coincide com a de Daniel Sarmento, apontando as hipóteses de risco de dano irreversível, as quais não podem ser ignoradas pelo Judiciário. A segunda, diz com hipóteses em que, mesmo

¹⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 181.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 585.

¹⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 545.

não havendo risco de dano irreversível, o administrador deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações a que se comprometeu em seus próprios programas (como no caso de medicamentos que deixam abruptamente de ser disponibilizados para a população, embora a entrega estivesse prevista em lei ou em programa previamente estabelecido ou na hipótese de negativa de vaga em escola pública para uma dada criança, apesar de existirem escola em funcionamento e vagas disponíveis).

4.2.2.3. O ônus da prova quanto à inexistência de recursos e quanto à legitimidade democrática das deliberações inseridas no orçamento público

Há parâmetro ao qual já aludi, ainda que de passagem. O ônus de comprovar eventual inexistência de recursos disponíveis para a efetivação de um dado direito social (a tese da reserva do possível, já comentada), é do Poder Público.

A doutrina, inclusive Cláudio Pereira de Souza Neto, trata da questão como inversão do ônus da prova. Reitero, contudo, que normalmente é o Poder Público quem contrapõe aos pedidos de controle judicial de políticas públicas a tese da reserva do possível. Trata-se, então, de fato impeditivo do exercício do direito do autor, pelo que a regra aplicável é aquela prevista no art. 333, II, do Código de Processo Civil, independentemente de qualquer construção doutrinária.

Também incumbe ao Poder Público demonstrar a legitimidade democrática das escolhas estampadas no orçamento público, uma vez que referidas escolhas contribuem para as limitações dos recursos.

Não se pode deixar de anotar que o controle judicial das políticas públicas que aqui se defende ser possível põe-se na linha da proposta de Gustavo Amaral¹⁷⁶, de controle do discurso, controle da justificação feita pelo Legislativo e pelo Executivo na alocação dos recursos necessários à satisfação das pretensões positivas.

¹⁷⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010, p. 178.

Indispensável recordar, na passagem, que há decisões judiciais manipulando explícita e diretamente orçamentos, ordenando, por exemplo, que os valores destinados a propaganda institucional sejam utilizados para a efetivação do direito à saúde.

Pelas razões já expostas, tenho que o Judiciário pode sindicat as escolhas que resultaram no orçamento público. As possibilidades de ingerência, contudo, são limitadas pelo espaço de participação democrática que tiver sido disponibilizado na construção de tal orçamento. Quanto maior a legitimidade democrática do orçamento, tanto menor será a possibilidade de intervenção judicial. Por outra parte, tanto mais legítima será a decisão judicial que imponha modificação nas deliberações orçamentárias quanto mais amplo for o embate democrático que se travar no processo que a ela der ensejo.

O ônus da demonstração das restrições de recursos (fáticas ou orçamentárias, sendo que, quanto a estas, importa averiguar a legitimidade democráticas das escolhas) é, portanto, do Poder Público.

4.3. Um passo adiante: a utilização da Análise Econômica do Direito na aferição das condições que ensejam o controle judicial das políticas públicas – a ponderação econômica

Nagibe de Melo Jorge Neto¹⁷⁷ adverte que, mesmo tendo sido constatada a violação de direito fundamental, ainda não está o julgador autorizado a promover a intervenção judicial. Deve verificar se a intervenção é possível, necessária e, além disto, se a intervenção resultará mais benefícios que prejuízos ao conjunto dos interessados e a toda a sociedade.

Tal o mote para a utilização, proposta desde o início, da ponderação econômica como critério de decisão judicial em tais situações. O instrumental

¹⁷⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 147.

fornecido pela Análise Econômica do Direito, com juízos de diagnose e prognose, ensinará ao julgador, ao menos, a possibilidade de vislumbrar resultados prováveis da intervenção pretendida, podendo, então, deliberar adequadamente a respeito de sua efetivação.

A introdução do paradigma constitucional da eficiência se impõe não apenas ao administrador público, mas de um modo geral, a todos os operados do sistema jurídico¹⁷⁸.

Já se destacou no presente trabalho que os juízes estão acostumados a decidir com olhos postos no passado, apreciando fatos que ocorreram anteriormente. O raciocínio da eficiência e de resultados, agora imposto pelo novo paradigma constitucional, é prospectivo, para o futuro.

É exatamente neste contexto que se coloca a utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito.

Ana Paula de Barcellos¹⁷⁹ ensina que “... a *ecomicidade*, isto é, a *relação custo/benefício sob uma perspectiva financeira* – será sempre um aspecto *importantíssimo a ser examinado no contexto da eficiência*.”

Não se pretende sustentar que a eficiência seja transformada em critério de justiça.

Contundente, no particular, a advertência de Jayme Weingartner Neto e Vinicius Diniz Vizzotto¹⁸⁰:

[...] Bem assentado, porém, que a propalada eficiência, um dos conceitos fundantes da economia, deve ser pautada pelo respeito aos direitos fundamentais; não pode ela se configurar como valor primordial e único do

¹⁷⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 258.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137

¹⁸⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme e VIZZOTTO NETO, Vinicius. Ministério Público, ética, boa governança e mercado: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 286.

sistema jurídico, mas sim como instrumento de efetivação de outros valores e direitos.

Nada obstante, sustenta-se que o referido instrumental pode ser útil na verificação do preenchimento dos parâmetros antes estabelecidos de atuação judicial.

Assim, sustentou-se, por exemplo, que não é possível defender que qualquer prestação inserida no conceito de fundamentalidade material sobrepõe-se às disponibilidades orçamentárias. Do mesmo modo, afirmou-se que o argumento da reserva do possível não pode, por si só, obstar efetivação de direito fundamental. Impõe-se, então, realização de ponderação que somente pode ser feita em cada caso concreto, de forma a ensejar deliberação social e economicamente responsável.

Aliás, tratando exatamente da contraposição entre os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, Daniel Sarmiento¹⁸¹ destaca: “*Na minha opinião, o ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso.*”

Também se argumentou que as deliberações que envolvem controle judicial de políticas públicas relacionadas com a efetivação de direitos sociais devem, ao menos em princípio, respeitar a opção técnica da administração pública e a discricionariedade dos meios eleitos para a efetivação de um dado direito fundamental. No primeiro caso, a demonstração, com robusta prova técnica, pode inspirar formatação ou reforma da política pública tida por imprestável. No segundo, o controle deve ser feito preferencialmente pela imposição de plano de ação, com negociação da solução mais adequada a que acarrete menores prejuízos para as demais políticas públicas e programas em curso. Como admitir controles de tal estirpe, com juízos de prognose, sem a utilização da Análise Econômica do Direito?

Indispensável ao adequado controle que se sustentou possível, portanto, a utilização da ponderação econômica.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 579.

4.4. Ativismo judicial despreparado e o papel das escolas de magistratura

Já restou destacado que um dos óbices opostos ao controle judicial das políticas públicas diz com a falta de educação jurídica adequada, o quem tem ensejado atitude proativa de juízes não preparados para fazê-lo¹⁸².

Tanto mais grave a situação do despreparo quando se sustenta a utilização de instrumentos tão novos quanto aqueles fornecidos pela Análise Econômica do Direito. Malgrado seja assim, já se encontra em gestação, pela ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, programa de curso por ser oferecido pelas escolas de magistratura para todos os que nela ingressarem, em qualquer de suas esferas (federal, estadual ou do trabalho), Pelo projeto, haverá módulos de conteúdo obrigatório e módulos cujo conteúdo será fixado pela respectiva escola de magistratura. Um dos módulos obrigatórios sugeridos diz com Análise Econômica do Direito e ponderação econômica.

Aludida atitude da ENFAM demonstra a preocupação na formação dos novos quadros, os quais já seriam treinados para lidar com tais instrumentos.

Vital o papel que vem sendo exercido pelas escolas de magistratura, ofertando cursos de formação e fomentando fóruns de discussão a respeito das relações entre Direito e Economia e, assim, contribuindo para a adequada preparação daqueles que já se encontram no exercício da judicatura.

¹⁸² Virgílio Afonso da Silva, como destacado, refere-se a ativismo judicial despreparado. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595-596.

CONCLUSÕES

O reconhecimento de plena normatividade do texto constitucional, o destaque da importância dos princípios nele inseridos, o estudo das peculiaridades de aplicação de tais princípios, a influência, enfim, das correntes neoconstitucionalistas dentre nós erigiram o Poder Judiciário a situação de proeminência.

A prodigalidade da Constituição Federal de 1988 em termos de direitos fundamentais (especialmente sociais) impõe atuação proativa do julgador moderno, no sentido de tudo fazer para efetivar o ideal de Estado do Bem-Estar Social constitucionalmente delineado.

Tendo em conta que os direitos fundamentais efetivam-se por meio de políticas públicas, a questão que se põe diz com a possibilidade de controle judicial na adoção e execução de tais políticas. Referida discussão contrapõe os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da separação de poderes e da democracia representativa, o primeiro a demandar atuação proativa do Judiciário, os demais pressupondo respeito às escolhas públicas realizadas por representantes eleitos democraticamente pelo povo.

O dilema há de ser superado em prol da afirmação da possibilidade do exercício de tal controle. A atuação do Judiciário, no particular, deve ser entendida como ampliação das possibilidades de participação democrática. O processo já não é mais apenas instrumento de pacificação de conflitos interpessoais, senão meio de ensejar a qualquer do povo, individualmente, por meio de associações, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, sindicando as escolhas públicas.

Impõe-se, pois, releitura do dogma da separação de poderes.

A atuação do Poder Judiciário, sindicando as escolhas públicas, ademais, é decorrência necessária da consagração do paradigma da eficiência pela Constituição de 1988 (Emenda Constitucional 19, de 1998). Como assegurar observância sem que haja meios de controlar a atuação dos gestores públicos?

O controle judicial de políticas públicas desafia óbices que não podem ser ignorados, para além da separação de poderes e do suposto déficit de democracia de que padeceriam os juízes, por não terem passado pelo crivo do voto popular. Referidos óbices relacionam-se com a questão dos custos dos direitos e com a falta de expertise dos juízes para planejar, formatar, reformar políticas públicas. A questão é ainda mais grave porquanto o Judiciário não dispõe, como regra, do aparato técnico (corpo de técnicos, peritos, pessoal de apoio) capaz de subsidiar o julgador na formação de sua convicção.

Os juízes foram acostumados a decidir com olhos voltados para o passado, estabelecendo soluções para situações que ocorreram anteriormente, ditando a norma apta a solucionar o caso concreto. O novo papel social que se impõe ao juiz demanda perspectiva nova. O juiz passa a ter de decidir com os olhos voltados para o futuro, realizando juízos de diagnose e de prognose, estimando os impactos possíveis de suas deliberações, inclusive para além dos autos onde elas são exaradas e, assim, contribuindo para plena efetivação das vontades constitucionais.

Busca-se, então, estabelecer parâmetros que possam subsidiar o julgador na apreciação de demandas que envolvam controle de políticas públicas. O foco principal diz com os direitos sociais porquanto são eles que, de forma mais frequente, têm ensejado demandas de aludida espécie.

Todas as prestações sociais demandam custos. Os recursos indispensáveis para a satisfação das necessidades sociais são, por definição, escassos. A escassez é não apenas fática, mas também orçamentária, vale dizer, a utilização dos recursos acaso disponíveis deve, ao menos em princípio, obedecer às disposições inseridas no orçamento público.

O instrumental teórico disponibilizado pela teoria dos princípios e a noção de plena normatividade do Texto Constitucional têm ensejado crescente litigiosidade envolvendo controle judicial de políticas públicas, impondo aos julgadores deliberações que envolvem escolhas trágicas, assim entendidas deliberações sobre quem atender e quem não atender (que direitos sociais serão efetivados e quais não serão), ante a impossibilidade material de atender a todas as pretensões.

O modelo de ponderação proposto por Robert Alexy, utilizado frequentemente pela hermenêutica dos direitos fundamentais, não oferta solução possível para tais questões. Ali, o conflito é de demarcação, no sentido que o julgador decide, no caso concreto, qual direito fundamental irá prevalecer (o direito à informação ou o direito à privacidade, por exemplo). Ao afirmar que, no caso concreto, um dado direito fundamental prevalecerá (o direito à informação, por exemplo), a decisão retroage ao início do litígio, para assentar que, naquela situação, jamais poderia ter havido limitação (fundada no direito à intimidade, no exemplo ofertado).

É necessário avançar! É neste sentido que se sugere a utilização da ponderação econômica como critério de decisão judicial. Por ponderação econômica quer-se designar a utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito pelo julgador, de forma a verificar a possibilidade e a necessidade de controle judicial de uma dada política pública, sempre com olhos voltados para o paradigma da eficiência, constitucionalmente imposto. Eficiência não é critério de justiça. O conceito, no entanto, é útil à formação da convicção do julgador, mormente quando se cuida de controle de políticas públicas.

O novo papel social do julgador é, com muita frequência, incompreendido. Atuações que aqui foram designadas de politicamente engajadas pretendem, algumas vezes, sobrepor a vontade do julgador àquelas que saíram vencedoras na arena democrática.

O poderoso arsenal teórico fornecido pela teoria dos princípios, ademais, tem permitido decisões que beiram a irresponsabilidade, sindicando, controlando, formatando políticas públicas sem critérios firmes, não raras vezes afetando planejamentos e inviabilizando, de alguma forma, as administrações públicas. Os vencidos no jogo político, ademais, algumas vezes têm tentado se valer do Judiciário para inviabilizar administrações eleitas, com autêntica blitz sobre todas as deliberações públicas, engessando a administração.

Neste contexto, vislumbrou-se a necessidade de construir a noção de julgador moderno, social e economicamente responsável. O juiz que o tempo presente requer compreende adequadamente o novo papel social que lhe é imposto, voltado à plena efetivação do Texto Constitucional e, portanto, ao menos na nossa realidade, ao

resgate das desigualdades sociais. A atuação, contudo, deve ser responsável, guiada pela compreensão de que o papel do juiz é apenas o de ampliar as possibilidades de intervenção popular na formação e controle das vontades públicas. Não pode ser ideologicamente engajada. Não pode ser voluntarista. Não pode ser irresponsável.

Para balizar a atuação do julgador social e economicamente responsável no controle das políticas públicas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais, foram propostos, no presente trabalho, parâmetros de atuação. Tais parâmetros foram divididos em materiais e processuais. Os primeiros relacionam-se com a possibilidade de exercício de aludido controle, seja em decorrência dos limites que foram referidos no Capítulo 2 (conceitos de mínimo existencial, de reserva do possível e de discricionariedade dos meios), seja em decorrência da necessidade de observar a regra constitucional que impõe eficiência aos gestores públicos. Os demais dizem respeito às repercussões do exercício de aludido controle no fenômeno processual, impondo adequação do processo ao novo papel social que lhe é reservado.

Anotou-se, a pretexto de estabelecer parâmetros materiais, que a legitimidade da atuação judicial seja (1) restrita aos hipossuficientes e (2) à esfera da fundamentalidade material (conceito que transcende o de mínimo existencial, para englobar prestações relacionadas com possibilidade de realizar projeto de vida razoável e de participar do processo de formação da vontade coletiva).

Acrescentou-se que (3) a intervenção judicial deve se submeter ao princípio da subsidiariedade, devendo respeitar a discricionariedade dos meios escolhidos pela Administração Pública. Somente deve ser levada a efeito quando os Poderes Executivo e Legislativo deixarem, por ação ou omissão, de atentar para as vontades constitucionais. O controle deve ser feito preferencialmente pela imposição de plano de ação, com negociação da solução mais adequada e que acarrete menores prejuízos para as demais políticas públicas e programas em curso, por meio de demandas coletivas.

Advertiu-se que deve ser (4) priorizada a opção técnica da administração. Referida opção somente pode ser rechaçada por robusta prova técnica da

imprestabilidade da política adotada (ou da ausência de política pública em determinada situação, se for o caso).

Destacou-se (5) que a questão dos custos dos direitos não pode ser ignorada, salientando, porém, que a invocação panfletária e incomprovada da reserva do possível não impede aludido controle. O exame do caso concreto não pode ignorar as possibilidades de universalização da pretensão para todos os potenciais interessados, nem tampouco deixar de considerar a universalidade dos direitos sociais

Apontou-se, de último, que (6) deve ser priorizada a decisão mais econômica.

Com o propósito de fixar parâmetros também processuais, sustentou-se (1) que devem ser priorizadas as demandas coletivas. A premissa inicial do trabalho é a de que o processo passou a ter novo papel social, servindo de instrumento de ampliação das oportunidades de participação democrática. Ora, são exatamente as demandas coletivas que melhor propiciam participação popular. Ensejam, ademais, produção de provas ampla, participação de terceiros, mesmo sem vínculo direto com a demanda (*amicus curiae*) e ensejam decisões que tendem à universalização. Propiciam investigação prospectiva e melhor consideração dos impactos das decisões, sobretudo econômicos, contribuindo para não desestruturar a Administração Pública.

Destacou-se que (2) demandas individuais somente podem sindicat políticas públicas quando houver risco de dano irreversível ou inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído.

Por fim, arrematou-se (3) ser ônus da Administração a comprovação da ausência de disponibilidade de recursos públicos e da legitimidade democrática das deliberações inseridas no orçamento público.

A fixação de tais parâmetros não buscou impor limites à livre convicção do julgador. Muito ao reverso, o objetivo foi facilitar – ou tornar menos complexos – os julgamentos dos casos difíceis que envolvem controle de políticas públicas. A construção de tais parâmetros também visou qualificar o debate que tem lugar nas

demandas que envolvem controle judicial de políticas públicas, ensejando decisões mais responsáveis.

Sustentou-se, em suma, que a modernidade impõe ao julgador atuação social e economicamente responsável.

Afinal de contas, se levar os direitos a sério implica levar em conta os respectivos custos, levar a sério a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, seja pela visão do processo como instrumento de participação democrática, seja como meio único de assegurar plena efetivação dos direitos fundamentais, importa considerar a questão da eficiência constitucionalmente imposta à atuação dos gestores públicos. O controle das políticas públicas, portanto, somente pode ser levado a efeito com olhos postos no aludido preceito constitucional.

Já restou anotado que eficiência não é critério de justiça. O juiz social e economicamente responsável, contudo, não pode prescindir do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito na aferição dos parâmetros antes propostos. A construção do ideal de justiça, no final das contas, pode se beneficiar de discussão de prós e contras, custos e benefícios.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: RT, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. A proteção dos Direitos pelas Políticas. **Direitos Humanos Fundamentais (Revista do Mestrado em Direito)**. Osasco: Editora do Centro Universitário UNIFIEO, ano 7, vol. 2, 2007, p. 27-43.

BARROSSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional – ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, no. 240 (abril/junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. In: LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed; São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O direito à paz como direito fundamental de quinta geração. In: **Revista Interesse Público**, v. 8, n. 40, nov/dez, 2006.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Custos dos Direitos e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2008.

CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: Norton & Company, 1978.

CALABRESI, Guido. **Thoughts on the Future of Economic**. *Journal of Legal Education* v. 33, 1983.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merli; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre C. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Estado Social e Princípio da Solidariedade. In: **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 26, p. 171-184, jan/jun, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Direito e Economia (Revista de Direito Mercantil)**. Vol. 139, p. 242-256.

FRANCO, Gustavo H. B. Celebrando a convergência (apresentação da 1ª edição). In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Também disponível em <<http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/prefacioeconomia.htm>>. Acesso em 02/02/2010.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GICO Jr., Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, no. 1, p. 7-32, jan/jun, 2010. Também disponível no endereço eletrônico <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em 25/07/2010

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008.

KLUGER, Viviana. **Análisis Económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta: 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial No Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais.** Apostila da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), Curso de Formação de Multiplicadores

LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Constituição e Efetividade Constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2008.

LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho.** São Paulo: RT, 2009.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 2005. 257 f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In; SARLET, Ingo Wolfgang. e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MALLOY, Robin P. **Derecho y economia de mercado**. Madrid: Marcial Poons, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATIAS, João Luís Nogueira (Org.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional Como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organização e revisão técnica de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle Judicial da Segurança Pública**. São Paulo: RT, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Também disponível no endereço eletrônico <<http://www.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000405055.pdf>>. Acesso em 02/02/2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia efetividade no atual mundo jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

_____. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização de Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Justicialidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

STARCK, Christian (trad. Gustavo Fossati e Fabiana Okchstein Kelbert). Direitos Sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In; SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANA, Emilio de Medeiros. Políticas Públicas de Combate à Violência Urbana, Direito à Segurança Pública e a Possibilidade de Controle Judicial. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Org.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Poder Judiciário e Políticas Públicas: a Ponderação Econômica Como Critério de Decisão Judicial.** XVIII Congresso Nacional do CONPEDI – São Paulo. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI – São Paulo. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2009

WEINGARTNER NETO, Jayme e VIZZOTTO NETO, Vinicius. Ministério Público, ética, boa governança e mercado: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZYLBERSTAJN, Décio e STZYAJN, Rachel. **Direito e Economia – análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)