

FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA

**LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL BRASILEIRO DE
POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

**VITÓRIA
2009**

PEDRO IVO DE SOUSA

**LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL BRASILEIRO DE
POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Dr. Geovany Cardoso Jeveaux.

**VITÓRIA
2009**

PEDRO IVO DE SOUSA

**LEGITIMIDADE NO CONTROLE JUDICIAL BRASILEIRO DE
POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória, visando à obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Componentes da Banca Examinadora:

Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux (Orientador)
Faculdade de Direito de Vitória

Professor Doutor Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Professor Doutor Manoel Messias Peixinho
Faculdade Cândido Mendes

*“A atitude do direito é construtiva:
sua finalidade, no espírito interpretativo,
é colocar o princípio acima da prática
para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor,
mantendo a boa-fé com relação ao passado.
É, por último, uma atitude fraterna,
uma expressão de como somos unidos pela comunidade
apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.
Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós:
para as pessoas que queremos ser e
para a comunidade que pretendemos ter.”*

Ronald Dworkin

*“A idéia do Estado de direito exige
que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado,
que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias,
não revistam apenas a forma do direito,
como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído.
Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder
político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído.
E, no nível pós-tradicional de justificação,
só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional
por parte de todos os membros do direito,
numa formação discursiva da opinião e da vontade”.*

Jürgen Habermas

A **Deus** que sempre foi capaz de fazer
infinitamente mais do que tudo o que pedi ou pensei,
a Ele seja a glória por todas as gerações,
para todo o sempre!
Amém!

A minha amada esposa **Mariana**,
responsável pelas minhas mais intensas reflexões e paixões,
co-autora de inúmeros projetos, pensamentos e sonhos,
a quem dedicarei o meu último suspiro de vida
como prova do meu amor eterno.
Que Deus nos abençoe!

AGRADECIMENTOS

Neste importante momento, reconhecer a extraordinária participação de pessoas tão especiais no desenvolvimento direto e indireto da presente pesquisa é conferir valor àqueles que, muitas vezes, foram os verdadeiros impulsionadores dos pensamentos adiante escritos. Sem eles, certamente, nem a metade do trabalho realizado seria possível.

Primeiro, agradecer, e sempre, a Deus pela dádiva da vida e pela salvação eterna fornecida pelo seu filho Jesus Cristo. Aquele que, nos meus momentos mais isolados e tristonhos, esteve sempre presente me consolando e me dando forças para continuar buscando o conhecimento. A ele toda honra, glória e louvor!

A minha amada esposa Mariana que soube entender os momentos de ausência, ouvir as contínuas reflexões nos instantes mais inusitados, posicionar-se diante das minhas falhas, apoiar-me nas horas de angústia e me amar incondicionalmente.

Grato profundamente também ao professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux, amigo, orientador e exemplo de mestre, que sempre esteve à disposição para a construção das idéias contidas neste estudo, a quem sempre tive como modelo de conduta no desempenho da profissão e que sempre guardarei nas minhas memórias pelas inúmeras contribuições no meu aprendizado e pela postura sempre equilibrada, coerente e ilibada.

Em especial, agradecer ao meu grande amigo professor Doutor Alexandre de Castro Coura, que se fez humilde em todos os nossos encontros acadêmicos e afins, demonstrando toda a sua sabedoria e sensibilidade no desempenhar das suas funções como verdadeiro mestre, que sabe entender as dificuldades de seu discípulo e encaminhá-lo para o caminho correto. Certamente, a amizade desenvolvida nestes anos de trabalho serviu não somente para demonstrar nossa identificação profissional e acadêmica, mas também para nos unir como irmãos em torno de ideais e projetos.

Ao professor Doutor Manoel Messias Peixinho que, gentilmente, acolheu o singelo convite de participar da avaliação da pesquisa realizada, que muito nos honra com a sua presença em razão do seu profundo conhecimento sobre a matéria pesquisada, na certeza de que contribuirá ricamente na evolução das conclusões.

Enfatizar também e agradecer os valiosos ensinamentos obtidos de pessoas especiais que contribuíram intensamente na produção final da pesquisa. Dentre eles não poderia deixar de destacar os aportes dos seguintes professores: Doutor Menelick de Carvalho Neto, Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Pós-Doutora Flaviane de Magalhães Barros, Doutor Alexandre Morais da Rosa, Doutor Hermes Zaneti Júnior, Mestre Américo Bedê Freire Júnior, Mestre Marcelo Zenkner e Mestre Gustavo Senna.

Enaltecer o espírito contributivo e participativo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa da Promotora de Justiça Paula da Silva Santos Volpe e do poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, através da Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges e de seu gabinete, que não mediram esforços em colaborar no desenvolvimento desta pesquisa enviando material que propiciou a reconstrução e a análise do caso Ponta Porã.

Ainda pontuar a importante participação dos vários colegas do curso de mestrado da Faculdade de Direito de Vitória, que, indubitavelmente, contribuíram significativamente com o desenrolar das atividades acadêmicas através de intensos debates que marcaram a minha formação. Destacar, notadamente, o incentivo dos colegas Isabel, Caleb, Pablo, Vitor, Natália, Alessandra, Marla, e do nosso famoso amigo e companheiro Dr. Hélio Gualberto.

Por todos os desafios e compreensões, louvar as colaborações obtidas junto ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, que soube entender as dificuldades do momento vivido, colocando-se sempre em condição de facilitador do processo. Sobretudo, agradecer ao Promotor de Justiça Fábio

Halmosy Ribeiro e as funcionárias da Promotoria de Justiça de Ibiráçu, Roberta, Suellen, Cleidiane, Larissa, Janaina, Fátima e Conceição.

Aos meus sogros Alcino e Cilda que me acolheram como filho em sua casa nos momentos mais complicados, cuidando dos mínimos detalhes para que o presente estudo fosse bem desenvolvido, sempre atentos para ouvirem minhas dúvidas e incertezas, numa atitude de apoio e colaboração para o êxito final da pesquisa, pessoas especiais que aprendi a admirar, assim como a minha cunhada Thais, minha revisora de idiomas, que muito me orgulha.

Por derradeiro, a toda a minha família, meus pais Eliezer e Terezinha, exemplos de vida e dedicação, meus amados, por quem nutro profundo carinho e admiração, meus irmãos, Sandro, Eliezer Jr., Paulliany, Eduardo e Thaiz, presenças constantes em minha vida, reflexos de amor e carinho, e minhas sobrinhas amadas, Bruna, Talya, Maria Eduarda e Rebeca.

RESUMO

A presente pesquisa foi desenvolvida baseada na análise do caso de segurança pública ocorrido no município de Ponta Porã/MS. A partir da reconstrução deste caso, que passou a se chamar caso Ponta Porã, pretende-se analisar as condições de realização do controle judicial de políticas públicas no sistema constitucional brasileiro. Para tanto, propõe-se a tecer observações sobre a democracia no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, a delimitar a noção de políticas públicas, relacionando-a com os padrões normativos existentes e a analisar o exercício da jurisdição constitucional no paradigma constitucional atual, aprofundando-se no estudo da teoria da separação de poderes e da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Procura analisar o controle judicial de políticas públicas na evolução dos paradigmas constitucionais estabelecendo uma relação com as perspectivas de atuação judicial formalista, substancialista e procedimentalista, identificando-as, respectivamente, com o paradigma constitucional do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito. Delimita o objeto da pesquisa no estudo do controle judicial de políticas públicas no Estado democrático de direito, procurando contribuir para a efetivação do direito fundamental à segurança pública. Neste sentido, busca, inicialmente, fixar uma definição democrática do direito fundamental à segurança pública no sistema constitucional brasileiro. Parte, posteriormente, para o exame do controle judicial de políticas de segurança pública no caso de omissão estatal, como forma de se efetivar o direito fundamental à segurança pública, investigando o limite de discricionariedade do administrador público para a materialização desse direito. Realiza uma análise do controle judicial de políticas públicas a partir do controle em abstrato e em concreto, do controle de direitos individuais, coletivos e difusos e do controle na formulação e na execução de políticas públicas, não deixando de analisar a possibilidade de aplicação das medidas assecuratórias para a efetivação de decisões judiciais que envolvam o controle de políticas públicas. Por fim, constrói uma análise crítica do caso Ponta Porã e seus julgados, analisando a importância da atuação do Ministério Público no controle de políticas públicas a ser desenvolvido em pleno paradigma do Estado democrático de direito.

PALAVRAS CHAVES: CONTROLE JUDICIAL – POLÍTICAS PÚBLICAS – DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – DEMOCRACIA – TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES – LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA – MINISTÉRIO PÚBLICO

ABSTRACT

The present research was developed based in the analysis of the case of public security occurred in the city of Ponta Porã/MS. From the reconstruction of this case, which was named Ponta Porã case, it is intended to analyze the conditions of accomplishment of the judicial control of public politics in the Brazilian constitutional system. To accomplish such goal, the author makes a deep analysis of the democracy in the constitutional paradigm of the democratic rule of law, to delimit the notion of public politics. In addition, the study relates the paradigm with the existing normative standards and also analyze the exercise of the constitutional jurisdiction in the current constitutional paradigm. This study also intends to make a deep analysis of the theory of the separation of powers and the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction. The present study intends to analyze the judicial control of public politics in the evolution of the paradigms constitutional, establishing a relation with the perspectives of judicial performance formalista, substancialista and procedimentalista, identifying them, respectively, with the constitutional paradigm of the liberal State, the social State and the democratic State of right. It delimits the object of the research in the study of the judicial control of public politics in the democratic State of right, looking for to contribute for the concretion of the basic right the public security. In this direction, it searches, initially, to fix a democratic definition of the basic right to the public security in the Brazilian constitutional system. Part, later, for the examination of the judicial control of politics of public security in the case of state omission, as form of if accomplishing the basic right to the public security, investigating the limit of freedom of the public administrator for the materialization of this right. It carries through an analysis of the judicial control of public politics from the control in abstract and concrete, of the control of individual, collective and diffuse rights and of the control in the formularization and the execution of public politics, not leaving to analyze the possibility of application of the assuring measures for the concretion of sentences that involve the control of public politics. Finally, it constructs to a critical analysis of the case Ponta Porã and its judgeships, analyzing the importance of the performance of the State Public Prosecutor service in the control of public politics to be developed in full paradigm of the

democratic State of right.

KEYWORDS: JUDICIAL CONTROL – POLICYS – RIGHT BASIC TO THE PUBLIC SECURITY – STATE DEMOCRATIC OF RIGHT – CONSTITUTIONAL JURISDICTION - DEMOCRACY – THEORY OF THE SEPARATION OF POWERS – DEMOCRATIC LEGITIMACY – STATE PUBLIC PROSECUTOR

SUMÁRIO

RESUMO	08
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – O CASO PONTA PORÃ	20
CAPÍTULO 2 – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	32
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ATUAL.....	35
2.2 DELIMITANDO A NOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	40
2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E NORMATIVIDADE.....	43
2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	48
2.4.1 Limitação de poderes: resgate e reconstrução da teoria da “separação de poderes”.....	50
2.4.2 Da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.....	60
CAPÍTULO 3 – O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS FORMAL, SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL	68
3.1 POR UMA CARACTERIZAÇÃO DA FASE FORMALISTA.....	70
3.2 A PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA DO ESTADO SOCIAL.....	77
3.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCEDIMENTALISMO....	97
CAPÍTULO 4 – O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONTRIBUIÇÕES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA	112
4.1 FIXANDO A DEFINIÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	117
4.2 O CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ESTATAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA: VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?.....	134
4.2.1 Da possibilidade do exercício do controle judicial de políticas públicas em abstrato e em concreto.....	142
4.2.2 Do controle judicial de políticas públicas que envolvam direitos individuais, coletivos e difusos.....	148
4.2.3 O controle judicial na formulação e na execução de políticas públicas.....	153
4.2.4 Das medidas assecuratórias para a efetivação das decisões judiciais envolvendo o controle de políticas públicas.....	182

CAPÍTULO 5 – UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO PONTA PORÃ E SUGESTÕES PARA EFETIVIDADE NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	191
5.1 POR UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO PONTA PORÃ.....	192
5.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL: UMA MISSÃO POSSÍVEL?.....	214
CONCLUSÕES.....	225
BIBLIOGRAFIA.....	240

INTRODUÇÃO

Dentre as mais diversas histórias existentes nas sagradas escrituras, uma em especial chama bastante atenção e possui uma estreita ligação com o tema a ser desenvolvido nesta pesquisa, que é a do rei Davi.

Nas histórias bíblicas, Davi foi um homem que andava nos caminhos de Deus. Ainda novo, quando os filisteus desafiaram os israelitas em Judá, Davi guerreou com o gigante Golias e, com cinco pedras e uma funda na mão, o derrotou, libertando os israelitas das ameaças de escravidão e de servidão.

Muitos são os relatos que demonstram a bondade do coração de Davi e o seu compromisso com Deus em ter uma vida justa. Por isso mesmo, Deus o honrou e o fez rei de Israel. Através do seu reinado, o povo israelita pode desfrutar de inúmeros benefícios que não usufruíram no reinado anterior do rei Saul.

Entretanto, mesmo tendo desempenhado as suas funções reais focado nos valores mais sagrados, houve um fato praticado por Davi em Jerusalém que desagradou a Deus.

Durante uma das guerras travadas pelo seu povo, ao passear pelo seu palácio, Davi viu uma linda mulher tomando banho e a desejou, tendo, em seguida, mandado que a trouxessem a seu palácio, quando então se deitou com ela, que terminou engravidando de Davi.

Ocorre que esta mulher, de nome Bate-Seba, era casada com um dos soldados de Davi de nome Urias, sendo que, ao saber da gravidez desta mulher, Davi mandou chamar Urias do *front* da guerra e disse pessoalmente para o mesmo ir descansar em sua casa. Na verdade, ao contrário do que poderia parecer, Davi não queria realmente dar um alívio ao seu soldado, mas sim fazer com que ele se deitasse com Bate-Seba para que não desconfiasse do adultério cometido.

Entretanto, Urias não se sentiu bem em dormir em casa enquanto os demais soldados lutavam na guerra, tendo descansado no palácio junto com os demais guardas que ali se encontravam. No dia seguinte, após nova investida de Davi, a história se repetiu, razão pela qual Davi resolveu tomar uma atitude mais drástica.

Davi mandou então uma carta para o seu oficial imediato na guerra, Joabe, determinando que Urias fosse colocado na linha de frente, onde o combate estivesse mais violento, para que fosse ferido e morresse.

E assim se cumpriu a vontade de Davi, que terminou, inclusive, servindo de desculpa para um erro enorme de estratégia de guerra cometido por Joabe. Mas o que importava naquele momento era a morte de Urias.

Entretanto, por ter praticado tal atitude, Deus enviou a Davi o profeta Natã, que através de uma parábola abriu os seus olhos sobre o pecado praticado, e informou sobre a desgraça que se instalaria sobre a sua casa.

Verdade é que, a partir deste episódio, o reinado de Davi viveu um declínio até a sua morte, tendo a sua família sofrido com inúmeras desgraças que ocorreram em seu meio.

Esta simples história nos faz refletir sobre um ponto crucial do tema proposto para análise no presente estudo, que é o dos limites do homem, especialmente do governante. Como visto nesta história, Davi, mesmo tendo sido um homem segundo o coração de Deus, com inclinação para a prática da justiça, não conseguiu se controlar, praticando, através de suas mãos, barbáries inadmissíveis.

Além de praticar o adultério, de forçar uma mulher a se deitar com ele e de tentar enganar o seu marido, Davi foi ainda mais longe e determinou a sua

morte, em razão de seus desejos mesquinhos, tendo praticado um ato injustificável e, até mesmo, odioso¹.

Na história da humanidade, não é preciso muito esforço para se verificar os inúmeros exemplos de sofrimento humano praticados por pessoas que ocupavam posições situadas praticamente acima do bem ou do mal, decidindo a sorte da vida de seres humanos através de seus caprichos pessoais. Partindo do exemplo de Davi, se um homem tão especial foi capaz de praticar atos tão maléficos, o que dirá dos “normais”.

Um dos motivos da criação do constitucionalismo moderno foi justamente o de se buscar evitar que tais barbaridades continuassem ocorrendo na sociedade, desenvolvendo-se então a noção de limitação do exercício do poder pelos soberanos, com afirmação de alguns direitos ditos inegociáveis, que deveriam ser respeitados em qualquer situação: os direitos fundamentais.

Entretanto, se no início do constitucionalismo moderno estes direitos estavam focados principalmente numa ação de abstenção do Estado, que deveria respeitar as liberdades públicas dos cidadãos, atualmente este pensamento ganha requintes de sofisticação, considerando a evolução dos paradigmas constitucionais do Estado social e do Estado democrático de direito, que introduziram a noção da responsabilidade do Estado na execução de ações positivas para materialização dos direitos fundamentais.

De fato, com a evolução das idéias do constitucionalismo moderno, passou-se a entender, por exemplo, que não bastava somente impedir a ordem soberana de execução de morte para um indivíduo, sendo imperioso também que o Estado garantisse a este sujeito condições mínimas de vida que lhe possibilitasse viver dignamente.

¹ Ao contrário do que possa parecer, a narrativa desta história bíblica em nada diminui a importância dos escritos bíblicos e a grandeza do amor de Deus pela humanidade. Como todo e qualquer ser humano, Davi pecou, revelando a sua incapacidade humana. Nem por isso deixou de ser amado por Deus. Na verdade, Deus revela o seu amor pela humanidade capacitando os chamados, que são vitoriosos independentemente das suas próprias capacidades e virtudes. Pode-se assim afirmar que a dinâmica da ação divina ultrapassa a limitação humana de sucesso e felicidade, ressaltando o plano da vida eterna.

Assim, com a introdução do Estado social, pode-se verificar um realinhamento do Estado com as necessidades sociais, passando então a desenvolver ações tipicamente assistenciais, que visavam melhorar a situação social do povo. Nascia assim a noção de políticas públicas, que deveriam ser desempenhadas pelo Estado para atender as necessidades do povo. Entretanto, as decisões sobre o atendimento destas necessidades continuavam plenamente nas mãos do Estado e de seu gestor, que nem sempre se identificava com as ansiedades do povo.

Pode-se dizer que, apesar de ter havido uma evolução na forma de atuação do Estado durante a transição da fase liberal para a fase social, uma coisa não mudou, ou seja, a concentração na mão do poder público das decisões de gestão. É necessário entender que, com a permanência deste modelo de gestão concentrado, muito pouco se conseguia avançar no atendimento das necessidades sociais, vez que o administrador público se tornou, muitas vezes, um empecilho para a verdadeira materialização dessas necessidades.

A verdade é que, com o fortalecimento das atividades de poder Executivo, cresceu também a noção da discricionariedade de suas ações, o que por muito tempo serviu de empecilho para uma análise mais profunda de seus atos, até mesmo pelo fato de que não era possível rediscuti-los judicialmente.

Assim é que, muitas vezes, pode-se verificar uma condução da gestão pública do Estado muito parecida como a de um chefe de família irresponsável, que colocava todos os seus “entes queridos” em situação extrema de risco para poder atender aos seus sonhos mais esdrúxulos.

Ocorre que, aos poucos, na medida em que a humanidade foi se libertando de uma visão mais reducionista e se tornando mais plural, principalmente com o advento do paradigma constitucional do Estado democrático de direito, ganhou espaço a idéia de rediscussão dos atos praticados pelo Estado na realização de políticas públicas.

E não somente isto. O poder Judiciário passou a ser demandado freqüentemente sobre estes temas relacionados à vida política da sociedade, travando-se um intenso debate sobre a possibilidade de sua atuação no controle de atos políticos, especialmente o de políticas públicas.

Especialmente no caso da segurança pública no Brasil, o caos, o abandono, as falhas operacionais e as omissões estatais passaram a ser alvo de inúmeras ações que procuravam concretizar direitos garantidos na Constituição de 1988.

Entretanto, as decisões a serem tomadas pelo Judiciário não são as mais fáceis, pois os argumentos contrários e favoráveis à sua atuação na seara política são fortes e tendem a se situar em posições bastante extremas, não podendo se aceitar que a sua atuação ocorra de maneira desconforme com o paradigma atual do Estado democrático de direito.

Diante deste quadro é que se procurou examinar a temática proposta, cabendo assim explicar a dinâmica adotada, cabendo adiantar que a metodologia aplicada no desenvolvimento dos trabalhos foi a de estudo de caso.

Na verdade, o estudo começa a ser desenvolvido através de um esboço descritivo de um caso ocorrido na cidade de Ponta Porã/MS, razão pela qual o caso passou a ser denominado de caso Ponta Porã.

Após a análise descritiva do caso Ponta Porã, no capítulo seguinte, passará a se examinar a possibilidade de realização de um controle judicial de políticas públicas no sistema constitucional brasileiro, onde se procurará trabalhar os temas de democracia, de políticas públicas e sua normatividade e de jurisdição constitucional, quando se analisará a questão de teoria de separação de poderes e da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

O capítulo terceiro foi reservado para uma análise do controle judicial de políticas na evolução dos paradigmas constitucionais, numa busca pela identificação destes paradigmas com as perspectivas formal, substancial e procedimental de atuação judicial.

No capítulo quarto, de extrema centralidade, será abordada a possibilidade de exercício do controle judicial de políticas de segurança pública no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, onde se buscará apresentar contribuições para uma maior efetivação do direito fundamental à segurança pública.

Neste capítulo, inicialmente, será examinado o conceito democrático do direito fundamental à segurança pública no paradigma constitucional atual, sendo que, após, será analisada mais propriamente a questão envolvendo o controle judicial de políticas de segurança pública. Assim, passará a ser ponderado este controle em abstrato e em concreto, envolvendo direitos individuais, coletivos e difusos e na formulação e na execução de políticas públicas, quando então será abordado o tema das medidas assecuratórias de decisões judiciais que tratem de políticas públicas.

Por fim, o capítulo final trará ao centro das atenções novamente o caso Ponta Porã, que será desta vez analisado criticamente diante das construções teóricas formuladas no decorrer do estudo, sendo, em seguida, diante da apresentação do caso Jaguaré, analisado o papel constitucional reservado ao Ministério Público no controle de políticas públicas, de forma a contribuir com a concretização dos direitos fundamentais no paradigma atual do Estado democrático de direito.

CAPÍTULO 1 – O CASO PONTA PORÃ

O presente capítulo pretende fazer uma análise descritiva de um caso concreto ocorrido no município de Ponta Porã/MS, que envolve questão diretamente relacionada à segurança pública deste município.

Ainda que, durante o seu desenvolvimento, a temática do caso ganhe novos fundamentos, como o do princípio da dignidade da pessoa humana e a questão da saúde pública, é objetivo deste estudo focar as suas atenções para o problema característico da segurança pública, que permeia todo o caso, mesmo que em contato com as demais áreas.

O que se pretende afirmar é que este contato do fundamento da segurança pública com os demais embasamentos do caso não desnatura o dado característico que o identifica com a problemática da segurança pública, pois, na verdade, somente o complementa.

Como se sabe, a crise da superpopulação carcerária no Brasil tem servido para a proliferação da criminalidade no país, seja pela prática de crimes no interior dos presídios nacionais, seja também pela odiosa articulação de eventos criminosos de dentro destes estabelecimentos, envolvendo a segurança pública de toda a nação.

Não há como se fechar os olhos para as barbaridades cometidas dentro de presídios superlotados mal administrados, não sendo incomum presos serem encontrados brutalmente mortos por seus pares. Esta crise da superpopulação carcerária, indubitavelmente, impede que o Estado desempenhe satisfatoriamente a sua função de segurança dos que se encontram recolhidos em suas unidades de reclusão. Esta falha funcional do Estado transgride, absolutamente, o direito fundamental do preso de ter assegurado o respeito à sua integridade física e moral, conforme apregoa o art. 5º, XLIX, da CRFB/88, sendo esta, com certeza, uma parcela do direito fundamental à segurança pública.

Também não é raro ver ações criminosas serem planejadas e executadas através de ordens de pessoas que se encontram indistintamente recolhidas no sistema carcerário nacional, o que demonstra, por si só, a importância do sistema prisional na segurança pública nacional.

De toda forma, não há como se pensar um sistema de segurança pública eficiente onde não se tenha vaga para recolher adequadamente criminosos presos pelo Estado, que necessitam ser, cautelarmente ou definitivamente, encarcerados.

Talvez por estas razões, e outras tantas, é que o atual programa de segurança pública do Governo Federal, o PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, tenha estabelecido com um de seus principais projetos a criação de mais de 40 mil vagas no sistema penitenciário do país².

Assim, mesmo que durante o desenvolvimento do caso surjam fundamentações que envolvam o princípio da dignidade da pessoa humana e a questão da saúde pública, é necessário focar a atenção do estudo para a temática da segurança pública que o permeia amplamente.

O caso a ser analisado se refere a uma Ação Civil Pública proposta, no dia 19 de abril de 2005, pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul em face do Estado de Mato Grosso do Sul, por ser este o responsável pela administração do estabelecimento penal de Ponta Porã/MS, denominado Unidade Penal Ricardo Brandão (UPRB).

² Também considerando o sistema penitenciário como uma questão de segurança pública é que Luiz Eduardo Soares (2006, p. 116) afirma que: “o fato é que nossas instituições de segurança, polícias e sistemas penitenciários, estão isoladas e falidas”. E continua: “o sistema penitenciário, por sua vez, é o que se sabe: espaço de degradação, escola de crime e ressentimento, oficina do diabo, ambiente hostil a qualquer veleidade de aprimoramento humano [...] Os Estados não cumprem a Lei de Execuções Penais, promulgada em 1984. Esse descumprimento está na raiz das rebeliões e de tantos desdobramentos dramáticos. Se cumprissem, as unidades penitenciárias seriam pequenas, administradas com rigor, não haveria superlotação, as condições de salubridade e higiene seriam respeitadas, os presos seriam separados de acordo com o tipo de crime que tivessem cometido, educação e trabalho seriam oferecidos e a situação legal dos apenados seria acompanhada, para que os tempos da sentença e da progressão de regime fossem atendidos. Em ambiente regido pela legalidade haveria disciplina e controle, a corrupção dos agentes seria mínima e os presos não organizariam o crime no exterior da penitenciária. Haveria menos motivos para indignação e menos meios para que a revolta se transformasse em ação criminosa (SOARES, 2006, p. 120).

Na inicial o Ministério Público afirmou que, numa visita ministerial realizada neste estabelecimento penal no dia 16 de fevereiro de 2005, pode-se constatar a situação caótica do mesmo que recolhia, naquela época, número de presos duas vezes superior à capacidade máxima do estabelecimento, num total de 316 detentos onde só caberiam 105. Foram verificados ainda no UPRB outros problemas, tais como a falta de guaritas para vigilância e rachaduras no muro, o que comprometeria seriamente a segurança do local.

Disse ainda que, após ter sido oficiado por diversas Autoridades Policiais sobre a gravidade do problema e o risco iminente de rebelião, tentou resolver o problema administrativamente oficiando ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul em 28 de fevereiro de 2005. Entretanto, tal solução extra-judicial não foi possível diante da negativa do Estado.

Desta forma, após novo comunicado da direção da UPRB, no qual informava que a situação de superlotação havia se agravado ainda mais, com recolhimento de 17 a 18 presos por cela que, devido ao seu tamanho, cerca de 10 m², só poderia receber 5, o Ministério Público propôs a supracitada Ação Civil Pública, que recebeu o número 019.05.001226-4.

Nesta ação, o Ministério Público formulou pedido de antecipação de tutela para que fosse determinada ao requerido o cumprimento de *obrigação de fazer* no prazo de 07 (sete) dias. Este pedido consistia na transferência dos presos excedentes custodiados na UPRB, com estrita observância do limite máximo de 05 (cinco) internos por cela, com exceção da cela denominada correccional, que poderia, em virtude de sua maior dimensão, abrigar até 21 internos, e da cela maior da Galeria “C”, onde poderiam ser abrigados até 16 presos. Para tanto, requereu o Ministério Público fosse imposta pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ainda em sede de antecipação de tutela, foi postulada pelo Ministério Público uma *obrigação de não fazer* que consistia na abstenção do Requerido de, em caso de novas prisões durante o curso da ação, recolher os detidos na UPRB

em número de internos superiores ao referido acima, também sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por preso excedente.

A ação ministerial se fundamentou em dois argumentos: primeiro, o da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que a superlotação carcerária cria uma situação desumana para os presos, que, além da liberdade, acabam sendo vítimas exclusão de outros direitos inerentes à vida e à integridade física e moral; e segundo, e mais importante para o presente estudo, refere-se ao problema de faltas de vagas no sistema prisional, pois a ausência de política estatal capaz de equacionar o problema a curto prazo, implicaria em contínuo inchaço do efetivo carcerário, ante as novas prisões realizadas ininterruptamente.

O Ministério Público defendeu a sua legitimidade para a propositura da ação inicialmente na natureza coletiva dos direitos dos presos ao recebimento de um tratamento digno, compatível com a ordem constitucional vigente. Afirmou também ser sua atribuição a tutela da garantia da segurança pública e da implementação da política criminal imposta pela Lei de Execuções Penais, o que guarda relevância com o assunto principal a ser analisado. Por fim, baseou sua legitimidade no fato de ter a ação o escopo de resguardar, além dos direitos concedidos pelo ordenamento jurídico aos detentos, a segurança dos próprios servidores da unidade penal, bem como de toda a população, sujeitos às conseqüências nefastas de uma eventual rebelião ou fuga em massa, argumento também intimamente relacionado com o tema da segurança pública.

Ao final, após a defesa da competência do juízo cível da comarca de Ponta Porã para julgar a lide, o Ministério Público postulou a condenação³ definitiva do Estado de Mato Grosso do Sul nos termos dos pedidos de antecipação de

³ Mesmo não sendo objeto do presente uma análise processual do caso, é preciso esclarecer que, pela forma como foram elaborados os pedidos ministeriais no caso, o membro do Ministério Público parece ser filiado à corrente trinária de classificação das sentenças. Entretanto, diante do conteúdo dos pedidos formulados, adotando-se a classificação quinária das sentenças, conforme defendido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 418-427), melhor seria que os pedidos formulados estivessem vinculados às sentenças executivas. De se ressaltar, no entanto, que Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que, com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005, não há que se falar mais em classificação quinária (2008, p. 324).

tutela. Pediu, também, a condenação do requerido em obrigação de fazer, consistente em efetuar as obras necessárias para que fossem garantidas adequadas condições de higiene, aeração, saúde e segurança aos detentos e demais internos que se encontrassem encarcerados no estabelecimento prisional local. Para tanto, requereu a imposição de pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pediu, por fim, a condenação do requerido em outra obrigação de fazer, consistente em classificar e distribuir entre as celas os detentos da UPRB, obedecendo aos procedimentos e critérios regulados pela Lei n. 7.210/84, especialmente em seus artigos 5º a 9º.

Após o recebimento da inicial, não tendo os pedidos de antecipação de tutela sido apreciados pelo Judiciário por “prudência”, vez que tratam de matéria complexa, o requerido foi citado para oferecer sua contestação, o que já proporciona um questionamento, que seria o do fato de ser realmente necessário ao Judiciário ter um comportamento conservador diante de problemas mais complexos. Mas, isto será melhor analisado mais adiante quando se fará uma análise crítica do caso.

Em sua contestação, o requerido alegou algumas preliminares prejudiciais ao andamento da ação, que foram a da ilegitimidade passiva e a do litisconsórcio passivo necessário com a União. No mérito, em apertada síntese, o requerido argüiu a impossibilidade de ingerência do poder Judiciário no poder Executivo, no indevido controle de políticas públicas, na teoria da reserva do possível e na teoria do mínimo existencial, requerendo, ao final, o indeferimento dos pedidos liminares do Ministério Público, assim como o indeferimento do pedido final de condenação.

Designada a audiência de conciliação para o dia 08 de novembro de 2005, após o insucesso da medida, o Judiciário entendeu por bem, além de negar as preliminares do requerido, indeferir os pedidos de antecipação de tutela pretendidos pelo Ministério Público.

Neste momento, o Judiciário reconheceu a complexidade da demanda, afirmando que o “contexto geral nos quais estão inseridos os detentos é degradante: superpopulação; promiscuidade sexual; ociosidade; violência; baixa qualidade dos servidores penitenciários; arbitrariedades; inexistência do respeito ao princípio da individualização da pena; dentre outros fatores aviltantes”, tendo, mais adiante, declarado a falência do sistema carcerário, que não estaria preparado para suportar eficientemente a avassaladora demanda social.

Ocorre que, no desenvolvimento do seu pensamento, a juíza ergueu o problema da extrema carência de recursos financeiros do Estado brasileiro, o que “impossibilitaria ou dificultaria quaisquer pretensões básicas de assistência e de respeito à integridade do apenado”.

Conforme as palavras da magistrada, o julgador se depararia, neste caso, com o anseio social de um lado e com a falência de todo um sistema carcerário do outro. Num primeiro momento, o julgador poderia até atender a pretensão social. Mas, ele não poderia responder a tal demanda sem fazer uma análise razoável dos princípios que estariam em confronto.

Assim, entendeu a magistrada que não seria razoável determinar-se a transferência de presos pelo fato de que a medida simplesmente serviria para “criar mais entraves, sem obtenção de resultado eficiente”.

Esclareceu, ainda, após a formulação de alguns questionamentos que poderiam advir da concessão da liminar pleiteada pelo Ministério Público, que, “ainda que plausível o direito invocado, se inexistentes soluções para as conseqüências da postulação liminar, não há como deferi-la.”

Interessante, desde já observar, o que também será melhor analisado mais adiante, é que as conclusões feitas pela magistrada refletem uma visão limitada da efetividade dos direitos fundamentais. Será mesmo que os direitos fundamentais estão restritos aos argumentos apresentados pela juíza do caso?

E mais, quem deveria apresentar as soluções para o caso ajuizado pelo Ministério Público? Seria o Estado requerido, que se recusava a cumprir espontaneamente as regras e os princípios constitucionais? Por outro lado, seria o Ministério Público, responsável pela fiscalização do cumprimento das normas constitucionais e legais? Ou seria o Judiciário, que possui a obrigação de se fazer cumprir integralmente o sistema normativo brasileiro, podendo para tanto se utilizar da coercibilidade característica das normas do direito?

Outra questão a ser ponderada é o fato de que, embora a demanda ajuizada pelo Ministério Público envolvesse problema relacionado com a segurança pública, a magistrada parece ter desconsiderado totalmente a sua pertinência com o caso, desviando o foco de suas argumentações e decisões unicamente para o problema da dignidade humana dos presos. Qual seria a razão desta desconsideração judicial? Estaria esta decisão impregnada de circunstâncias que revelem uma forte relação da atuação judicial com algum paradigma constitucional?

Por fim, a magistrada destacou a competência do juízo da execução penal para a questão de transferência de presos, sendo que qualquer decisão a respeito de transferência de presos proferida no seu juízo extrapolaria os limites de sua competência, tendo assim indeferido os pedidos prejudiciais e de antecipação de tutela formulado pelas partes.

Irresignado com a decisão proferida pela magistrada, o Ministério Público interpôs recurso de agravo de instrumento sob a fundamentação de que o juízo cível seria competente para analisar as pretensões formuladas. Requereu a declaração do efeito ativo do recurso, conforme art. 527, III, do CPC, com conseqüente antecipação dos efeitos do recurso, deferindo os pedidos de antecipação de tutela formulados na inicial.

O agravo ministerial foi autuado no TJMS sob o nº 2005.017192, sendo que, no dia 21 de novembro de 2005, foi proferida decisão interlocutória que deferiu os pedidos de tutela antecipada formulados pelo Ministério Público.

Nesta decisão, que se fundamenta basicamente em fatos relacionados com a segurança pública, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação foi vislumbrado na situação de existirem 16 (dezesesseis) encarcerados em cela que suporta até 05 (cinco) detentos, o que comprovou, de plano, a superlotação do estabelecimento prisional de Ponta Porã. Tal fato, por si só, poderia ensejar receios de rebeliões, propagação de doenças e toda sorte de violências físicas e morais entre os detentos, sendo que deveria ser preservada a incolumidade física não só dos detentos, mas também dos funcionários que laboravam na referida unidade. O *periculum in mora* foi reconhecido, também, na possibilidade concreta de eclosão de manifestações violentas, em razão da superpopulação carcerária.

Por sua vez, declarou-se presente o *fumus boni juris* não só pela simples leitura dos direitos assegurados pela LEP, mas principalmente, pelo princípio e garantias constitucionais dos artigos 1º, III e 5º, III e XLIX.

Desta forma, foi deferido o efeito suspensivo ativo requerido pelo Ministério Público, deferindo-se as medidas pleiteadas antecipadamente na inicial da ação civil pública, com fixação de multas, nos dois casos, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e de prazo de 20 (vinte) dias para transferência do excesso de presos.

Um dado interessante desta decisão judicial se refere ao fato de que, muito embora o Ministério Público somente tenha utilizado o argumento da segurança dos funcionários da unidade penitenciária como forma de provar a sua legitimidade para a propositura da ação, este mesmo argumento foi utilizado pelo Judiciário para comprovar o *periculum in mora*, necessário para o deferimento dos pedidos antecipados formulados.

Também esta decisão judicial foi focada principalmente na garantia do direito fundamental à segurança pública, deixando de considerar conseqüências e entraves formulados pelo juízo “*a quo*”, revelando outro modo de atuação do Judiciário. Estaria este modo de atuação relacionado com algum outro paradigma constitucional?

De fato, ante o deferimento do efeito suspensivo ativo requerido pelo Ministério Público em sede de agravo de instrumento, o Estado do Mato Grosso do Sul ingressou no Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 12, § 1º, da Lei nº 7.347/92, 4º da Lei 8.437/92 e 1º da Lei nº 9.494/97, com pedido de suspensão de liminar, que foi autuado sob o nº 93-4.

Numa análise preliminar, o então Ministro Nelson Jobim deferiu o pedido antecipatório requerido pelo Estado em razão do prazo exíguo para cumprimento da liminar, que seria de 20 (vinte dias) para transferência do excedente carcerário da UPRB, e da plausibilidade do direito invocado, com publicação no DJ em 01 de fevereiro de 2006.

Estranhamente, intimada a se manifestar no feito, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido, argumentando que:

[...]

11. Ante as peculiaridades do quadro acima exposto, conclui-se que, posto seja admissível a intervenção do Poder Judiciário na órbita do Poder Executivo, determinando o empreendimento de prestações positivas, que venham a atender as ânsias da sociedade, lastreadas em direitos subjetivos, essa interferência deve se circunscrever aos limites gizados pelo princípio da proporcionalidade.

12. Tal princípio, na hipótese em tela, se concretiza pela cláusula da reserva do possível, entendimento que tem sido perflhado, reiteradamente, por essa Suprema Corte.

[...]

15. Afigura-se claro que não consta do orçamento do estado-requerente montante apto a cumprir os ditames da decisão vergastada em vinte dias. A reconstrução do sistema prisional reclama grande dispêndio e esforço, devendo ser executada paulatinamente e de fora constante.

16. Logo, mostra-se patente a violação à economia pública, na medida em que impôs ao ente federado um gravame com o qual não está habilitado a arcar, sendo, ademais, fixada multa, que culminará em maior oneração desse.”

Importante esclarecer que, neste pedido de suspensão de liminar, o Estado de Mato Grosso do Sul se fundamentou nos argumentos de que a decisão proferida pelo TJMS produziria grave lesão à segurança pública, grave lesão à ordem administrativa estadual, grave lesão à ordem econômico-financeira e lesão à economia pública.

Segundo o Estado requerente, a grave lesão à segurança pública poderia ser verificada diante da impossibilidade de recolhimento de delinqüentes ao cárcere. Já a grave lesão à ordem administrativa estadual decorreria da ingerência do poder Judiciário em atribuição do poder Executivo e da impossibilidade de promoção da transferência dos presos excedentes em 20 (vinte) dias, vez que, ao contrário do pressuposto, não existiriam vagas para realização da transferência determinada. Poderia ser constatada a grave lesão à ordem econômico-financeira em razão da multa imposta por dia de atraso no cumprimento da decisão. Por fim, diante dos ditames contidos na Lei nº 8.666/93, haveria lesão à economia pública, por expressa exigência de dotação orçamentária para início de processo de concorrência pública objetivando a criação de novas vagas para presos no sistema carcerário do Estado requerente.

Em sua sinóptica análise, a Min. Relatora Ellen Gracie declarou “presente a possibilidade de grave lesão à segurança pública, uma vez que a decisão, cujos efeitos se pretendem suspender, impede o encaminhamento de novos presos ao estabelecimento penal, circunstância que poderá colocar em risco a integridade física e patrimonial dos cidadãos”.

Assim, na visão da Min. Ellen Gracie, a segurança pública dos munícipes de Ponta Porã estaria sendo violada com o impedimento imposto pelo TJMS de não recolhimento de novos presos acima da capacidade máxima do presídio, pois tal medida impediria o encaminhamento de novos presos, que ficariam sem ter para onde ir. Entretanto, é bom que se frise, desde já, que em momento algum a decisão proferida pelo TJMS determinou um impedimento absoluto de recolhimento ou algum tipo de justificativa para que o Estado não mais prendesse novos criminosos.

O que a decisão proferida pelo TJMS fez foi somente impedir o recolhimento de novos presos acima da capacidade mínima da UPRB, baseada no direito fundamental à segurança pública dos detentos, dos trabalhadores da unidade prisional e dos demais cidadãos daquela cidade. Não impediu o Estado de

exercer as suas atividades normais. Somente exigiu que o fizesse com eficiência e respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos daquele município.

Ainda acrescentou a Ministra que vislumbrava existente, também, a lesão à economia pública, pois a determinação do TJMS de transferência dos detentos exigiria um dispêndio financeiro imediato por parte do Estado, que, naquele momento, certamente, não teria previsão orçamentária, comprometendo a execução do próprio orçamento estadual.

Por estes motivos, baseada nos arts. 4º da Lei 8.437/92, 1º da Lei 9.494/97, 25 da Lei 8.038/90 e 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Min. Ellen Gracie confirmou a liminar e deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão preferida pelo TJMS que antecipou a tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.017192-6, publicando a sua decisão no DJ em 15 de maio de 2006.

Esta decisão foi devidamente comunicada ao TJMS no mesmo dia 15 de maio de 2006, tendo o TJMS passado a julgar o Agravo de Instrumento, no qual se entendeu carecedor de interesse processual, diante da determinação do Pretório Excelso, o que tornaria o recurso prejudicado. Desta forma, negou-se seguimento ao agravo, lastreado no art. 557, *caput*, do CPCB, com decisão publicada no DJ em 08 de março de 2007.

Após o proferimento da decisão do TJMS no Agravo de Instrumento, em 22 de março de 2007, foi juntado aos autos originais do processo que trata da ação civil pública uma manifestação do Ministério Público. Nesta manifestação, o Ministério Público requereu a transferência de todos os detentos e a interdição imediata da UPRB por, conforme alegado, encontrar-se praticamente inabitável, o que não foi sequer apreciado pelo juízo nas decisões subseqüentes.

A instrução processual foi prolongada por mais de 01 (um) ano pelo requerimento do Estado de ouvir uma única testemunha, o que ao final não se conseguiu fazer. Assim, o juízo abriu vistas às partes para apresentação de

alegações finais, tendo o processo sido preparado em cartório para conclusão do dia 14 de maio ao dia 05 de agosto de 2008, quando então foi concluso para o juízo proferir a competente e esperada sentença, o que, infelizmente, não o fez até a presente data.

O caso em tela demonstra a imprescindível necessidade de se analisar as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado no tocante à segurança pública, numa perspectiva da tutela dos direitos fundamentais, o que exige um controle eficiente das atividades realizadas pelos poderes Executivo e Legislativo.

A simples constatação de que o problema identificado pelo Ministério Público no início do ano de 2005 ainda se arrasta pelo plano fático e jurídico sem uma solução eficaz demonstra que ainda há muito para se fazer para a concretização dos direitos fundamentais.

Isto é o que se pretende realizar nos próximos capítulos, focalizando o estudo principalmente no papel de participação do poder Judiciário na concretização de políticas públicas, especialmente que tratam da temática da segurança pública.

A questão a ser enfrentada no capítulo seguinte é a do controle judicial de políticas públicas no sistema constitucional brasileiro, numa análise que perpassa a noção de democracia no paradigma constitucional atual, a própria noção e normatização das políticas públicas e a jurisdição constitucional democrática.

Adianta-se neste momento que, após a realização do estudo proposto sobre a função do Judiciário no controle de políticas públicas, já no capítulo final, será realizada uma análise prescritiva e crítica do caso Ponta Porã, sob a perspectiva de tutela dos direitos fundamentais no paradigma constitucional do Estado democrático de direito. Neste capítulo, pretende-se identificar os diversos equívocos que envolvem as decisões e posicionamentos proferidos no caso Ponta Porã.

CAPÍTULO 2 – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Um dos grandes temas do constitucionalismo contemporâneo é o que disserta sobre a possibilidade do poder Judiciário efetuar um controle efetivo sobre as atividades desenvolvidas pelos demais poderes institucionalizados, em especial sobre as políticas públicas realizadas por estes poderes.

Com a criação do Estado moderno, deixou-se para trás a idéia e a prática política do absolutismo⁴. Identificou-se⁵, também, três distintas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) que deveriam ser exercidas de forma independente e coordenadas, num claro objetivo de se evitar a concentração de poder na mão de uma única pessoa ou grupo social, buscando-se com isso a efetivação dos direitos tidos por fundamentais, ainda que num primeiro momento puramente liberais.

Pretendia-se, ainda, obter uma especialização das atividades públicas desenvolvidas pelo Estado, de forma a conferir direitos necessários à sociedade para que, naquele momento, a mesma pudesse se desenvolver, tratando-se, essencialmente, dos direitos às liberdades clássicas.

A efetividade dos direitos fundamentais dependia, assim, para os modernos, de um maior controle de atuação daqueles que exerciam funções especiais no Estado. Entendia-se que o homem precisaria de limites, sob pena de abusar do poder^{6 7}, sofisticando-se a própria noção hobbesiana do “homem como lobo do

⁴ Importa destacar que alguns dos pensamentos que serão adiante apresentados já foram de alguma forma desenvolvidos em artigo publicado, conforme COURA, Alexandre de Castro; SOUSA, Pedro Ivo de. Controle judicial de políticas públicas. In: *XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador-BA*. XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, p. 4051-4070.

⁵ Muito embora alguns apontem Locke como o responsável pela formulação inicial da teoria da separação de poderes, pode-se afirmar que foi em Montesquieu que tal teoria ganhou a sua sistematização devida, com o reconhecimento da existência dos poderes legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e o executivo das coisas que dependem do direito civil (judiciário) (MONTESQUIEU, 2000, p. 167)

⁶ Para o Barão de Montesquieu: “A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. (2000, p. 166)

próprio homem”⁸, vez que ultrapassada a visão do estado absolutista, que concentrava na figura do rei o responsável pelo equilíbrio social.

Se no terreno das idéias tal pensamento encontrou forte amparo na criação e administração dos Estados modernos, pode-se afirmar, entretanto, que no campo fático este controle se constituiu em tímidas atuações que, longe disto, não conseguiram exterminar a forte concentração de poder nas mãos daqueles que o detém. Pode-se identificar agora que, ao contrário da legitimidade divina do momento histórico-político anterior, esta concentração se encontra camuflada no discurso opressor legalista-liberal, que nega, contraditoriamente, a concessão dos direitos almejados pela sociedade.

Esta circunstância se agrava diante da constatação de que, se num primeiro momento o Estado moderno foi criado sob forte influência do idealismo liberal, com prevalência da não ação estatal e império da lei, atualmente, tendo vivido a experiência social, constituiu-se o Estado democrático de direito, que não convive com as idéias do “*non facere*” e da concentração de poder. Neste modelo de Estado moderno, impera maior participação social, maior racionalidade nas atuações administrativas e, também, maior controle dos poderes instituídos, de forma a se garantir a concretude dos direitos fundamentais.

Tal pensamento oxigenou ainda mais as formas de controle dos poderes públicos, que foram ganhando novos contornos, num aprimoramento que encontrou respaldo na própria sociedade, que já não se contentava somente com o mero controle formal dos atos praticados pelos administradores públicos ou com o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

⁷ Pontua-se a partir deste instante que a utilização dos autores datados se justifica pela própria noção da história como um movimento contínuo de entrelaçamento de conhecimentos, não linear ou circular. Assim, imprescindíveis as análises destes pensamentos para o adequado entendimento do constitucionalismo atual.

⁸ Hobbes defendeu a criação de um estado absolutista sob a justificação de que o homem, no estado de natureza, seria capaz de vitimar outro homem, razão pela qual seria necessária a criação de um estado organizado na figura de um rei para estabilizar as expectativas básicas do homem. Para maiores reflexões, imprescindível a leitura de HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

Para esta sociedade, com as promessas advindas do “Estado providência”, era preciso haver mais vigilância sobre as políticas desenvolvidas pelos administradores públicos, de forma a se atender não só ao princípio da legalidade, mas também aos princípios administrativos consagrados da eficiência, moralidade, publicidade e impessoalidade.

Deste modo, no caso do constitucionalismo brasileiro, principalmente com o término da ditadura militar, onde não se cogitava a discussão das decisões tomadas pelos superiores hierárquicos da nação, também conhecidos como “profetas bélicos”, começou a ganhar fôlego, na prática, a idéia do controle independente das políticas públicas desenvolvidas pelos “chefes” dos poderes Executivos e Legislativos. Pode-se, seguramente, afirmar que esta idéia se tratava de mais uma tentativa de se efetivar tudo aquilo que estava claramente garantido no texto constitucional do país, ou seja, os direitos fundamentais.

Entretanto, no estágio do constitucionalismo vigente, não há como separar a atuação de qualquer dos poderes institucionalizados da noção de democracia⁹. Desta forma, não se pode cogitar a hipótese de exercício de nenhum poder, mesmo de controle, que não esteja em consonância com as aspirações democráticas atuais, sob pena de se correr o risco de se legitimar um Estado autoritário, descompromissado com os anseios e as necessidades do seu povo.

Por esta mesma razão, é mister que se faça uma abordagem inicial sobre a importância da democracia no atual sistema constitucional e seu entrelaçamento com o direito fundamental à segurança pública. Para tanto, propõe-se o presente a fazer uma análise inicial histórica, buscando identificar o atual significado da democracia na estrutura do sistema jurídico.

⁹ Destaca-se que o ideal de democracia sempre esteve presente nos sistemas político-jurídicos pretéritos da humanidade. Entretanto, não há como negar a evolução do seu sentido, que decorre de um processo social contínuo. A acentuação de sua importância se deve ao paradigma constitucional atual, que exige, intransigentemente, a participação democrática como fonte legitimadora da atuação do Estado.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Talvez nada na história do direito e da política tenha evoluído tanto e conquistado tamanha importância como a democracia nos tempos modernos. Atualmente, não há como negar a necessidade e a importância do seu estudo, principalmente em decorrência do pluralismo típico do momento hodierno, por ser essencial à própria forma de organização do Estado, tornando-se uma garantia fundamental do exercício do direito político celular de cada cidadão.

Tal importância pode ser medida pela afirmação de Bruce Ackerman (2000, p. 688), para quem, dentre os principais temas do constitucionalismo moderno, a democracia deve ser apontada como a primeira grande questão. Endossando estima à democracia, e também aos direitos fundamentais, no atual sistema constitucional, Binjenbojm eleva a democracia ao *status* de moralidade política quando afirma que “as idéias de *direitos fundamentais e democracia* representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos”.¹⁰

Fazendo uma breve análise histórica, pode-se dizer que, a partir do séc. VI antes da nossa era, na Grécia antiga, em Mileto, Megara, Samos e Atenas, surgiu uma noção para a palavra democracia que significava “o poder do povo” (*demos, kratos*)¹¹. Relatando a discussão entre três reis persas – Otanes, Megabises e Dario – sobre as formas de governo, Heródoto, em sua *História*, transcreve o discurso de Otanes, que pode ser tido como umas das primeiras defesas da democracia, a saber:

Não se dá o mesmo com o governo democrático [vícios do governo monárquico], que chamamos de isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos

¹⁰ Ainda completa: “Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem da autoridade* do Estado e do direito convergem, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática”. (BINENBOJM, 2006, p. 49)

¹¹ Ver GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Trad. de Claudia Berliner. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2003, p. 9.

inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e torna-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo. (2001, p. 376-377)¹²

Desde então, poucos foram os exemplos de regimes democráticos existentes antes do século XX, podendo ser mencionadas a democracia ateniense, a república romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, sendo que, somente após a 2ª Guerra Mundial, é que se pode verificar um movimento crescente de recepção das idéias democráticas (MORO, 2004, p. 112), ainda que devidamente adaptadas às realidades histórico-culturais de cada país.

Atualmente, constitui-se uma tarefa árdua definir a democracia¹³, vez que a mesma vem ganhando diversos enfoques, de acordo com as mais variadas perspectivas, o que pode trazer à tona, até mesmo, a discussão sobre as chamadas “democracia dos antigos” e “democracia dos modernos”¹⁴. É certo que boa parte dos pensadores não concebe a democracia sem um teor substancial, que pode estar ligado ao princípio da igualdade¹⁵ ou aos direitos fundamentais¹⁶.

A reflexão sobre a definição de democracia como “o poder do povo” implica, na atualidade, a noção de que esta autogestão coletiva deve ser realizada por meio do povo que deve ser visto não só como seu destinatário, mas também

¹² Cabe registrar que existem autores que questionam a originalidade dos relatos de Heródoto, como, por exemplo, Goyard-Fabre, que afirma que: “Seu relato da discussão que ocorreu entre eles é de autenticidade duvidosa” (2003, p. 16).

¹³ Sobre o tema, ver DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven & London, Yale Nova Bene, Yale University Press, 1998, cap. 1.

¹⁴ Sobre o tema, leciona Goyard-Fabre que “não existe ponto de ruptura entre o modelo democrático antigo e a idéia democrática dos modernos: mais ou menos nítidos, mais ou menos imperiosos, são os mesmos parâmetros institucionais, as mesmas exigências existenciais que estão em ação agora e no passado” (2003, p. 4). Discordando da autora estão, dentre outros, Robert Dahl (1998, p. 102) e Norberto Bobbio (*Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Editora Campus, 2000, p. 371).

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000 e DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven & London: Yale University, 1998.

¹⁶ Binenbojm afirma que: “Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de *interdependência* ou *reciprocidade*.” (2006, p.50). Ainda neste sentido, TORRAINE, Alain. *O que é a democracia?* Petrópolis: Vozes, 1996, p. 42-46.

como protagonista na criação do ordenamento jurídico e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Neste sentido, explica Binbenbojm (2006, p. 50) que:

Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como *agentes morais emancipados* e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transsubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.

Esta reflexão também provoca a conclusão de que, na atual crise da representação política, especialmente a brasileira, não se deve reduzir o sentido da democracia a uma mera descrição fática da relação existente, ou não, das vontades do representante com a dos representados. Muito além, adquire pertinência e validade quando tratada como um ideal almejado, voltado para a sua essência de respeito às vontades dos cidadãos, que devem ser reconhecidos como autores e beneficiários de todo o sistema democrático, com direito a uma ampla participação nas decisões políticas (DAHL, 1998, p. 37).

A idealização da democracia proporciona a mutação do foco da discussão do plano abstrato para um ponto de vista mais pragmático, que possibilita analisar e enumerar quais são as instituições exigidas pela democracia. Nesta perspectiva, Robert Dahl (1998, p. 85) identifica que as democracias modernas necessitariam das seguintes instituições: oficiais eleitos; eleições livres, justas e periódicas; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; liberdade de associação e cidadania inclusiva.

Levando em consideração que o Estado democrático de direito é uma “ordem de domínio legitimada pelo povo” (CANOTILHO, 1999, p. 29), é de se reconhecer que a democracia desenvolve um papel fundamental nesta legitimação do poder estatal, não se fundindo com essa própria legitimação, sob pena do império da maioria¹⁷, que se utilizaria sempre deste procedimento

¹⁷ Neste sentido, André Ramos Tavares (1998, p. 84) afirma que: “Sinteticamente, pode-se dizer que a Democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e

para a definição das atividades desenvolvidas pelo Estado. Isto, entretanto, não retira a função vital da democracia na criação, preservação e oxigenação das instituições públicas.

Assim, não se pode tomar a democracia como uma forma absoluta de gestão, pois mesmos as decisões tomadas democraticamente pela sociedade podem ser limitadas em nome de um valor gravado numa norma constitucional que, na análise do caso concreto, pode ter certa preponderância existencial, fortalecendo a soberania popular da criação do texto constitucional. Isto se torna necessário, até mesmo, para se impedir a formação de elites e impérios que possam ser intitulados como detentores da vontade geral, ao arrepio de valores e direitos humanitários¹⁸.

Entretanto, com Habermas (2003a, p. 158), pode-se identificar a democracia como “núcleo de um *sistema* de direitos”, que resulta da interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica, conferindo força legitimadora ao processo de normatização.

Ainda para Habermas (2003a, p. 158), “as normas jurídicas devem *poder* ser seguidas com discernimento”, o que inviabiliza a idéia de autolegislação de cidadãos pela dedução da autolegislação moral de pessoas singulares.

Neste processo de formação do direito a ser normatizado, há uma gênese lógica, que Habermas assim reconstrói:

Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um

do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após um longa evolução histórica.”

¹⁸ O papel de destaque da democracia no cenário constitucional pode ser conferido nas lições de Paulo Bonavides, para quem a democracia é um direito de quarta geração, profundamente relacionado com o gênero humano (BONAVIDES, 2004, p. 16-17).

processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (HABERMAS, 2003a, p. 158)

Neste sentido, o substrato real do sentido do direito a ser normatizado é obtido através de um processo democrático que se inicia através do princípio do discurso, que confere força legitimadora a este processo normativo.

Assim, pode-se afirmar que existe uma forte e imprescindível coesão interna entre os direitos e a democracia, especialmente entre os direitos fundamentais, tão caros ao constitucionalismo moderno. A noção de real significação desses direitos só pode ser obtida através de um processo democrático, que é construído co-originariamente com o próprio código do direito.

Se, por um lado, pode-se afirmar que a democracia não pode ser mal utilizada ao ponto de negar direitos essenciais a um indivíduo ou a uma coletividade de pessoas, também não se pode negar, pelas idéias habermasianas, que a democracia é, ela própria, um direito vital da sociedade hodierna, que possibilita a sua assunção aos papéis de autora e de destinatária de suas próprias normas, construídas através de um processo discursivo.

É através deste processo democrático que se poderá obter o real significado do direito fundamental à segurança pública em determinada sociedade, composta de suas próprias peculiaridades e complexidades, razão pela qual a democracia se torna tão indispensável ao presente estudo.

Diante de tal quadro, o questionamento que ecoa no ar trata da real necessidade e utilidade da jurisdição constitucional na afirmação da democracia e dos direitos fundamentais. Em especial, sobre o papel democrático da jurisdição constitucional no controle de políticas públicas que, porventura, estejam em desacordo com as normas constitucionais.

Antes, porém, do enfrentamento desta questão, é mister que se faça uma abordagem preliminar sobre a conceituação do termo políticas públicas e sobre o entendimento de sua normatividade na atual fase do constitucionalismo.

2.2 DELIMITANDO A NOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A inicial estruturação do Estado moderno, como se sabe, não teve outra finalidade senão a de promover as liberdades clássicas da sociedade, que não tolerava mais a intromissão devassa do soberano sobre suas vidas privadas e públicas.

Assim, pode-se dizer que, primitivamente, o modelo constitucional de Estado não se voltava para a realização de atividades político-sociais, mas tão-somente para a garantia das liberdades dos cidadãos, que era planejada e executada através de um governo liberal, que se utilizava do império das leis para a consecução destes fins.

Ocorre que, com a superação do modelo do Estado liberal e o surgimento do Estado social, cada vez mais foi exigido do Estado uma atuação que propiciasse uma diminuição das desigualdades sociais, beneficiando não só uma classe dominante, na época a burguesia, mas também o restante da população, especialmente a mais desassistida.¹⁹

Pode-se afirmar, então, que as políticas públicas representam os aparelhos de ação dos governos, através de uma substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*), imposta pela própria superação do dogma do Estado liberal pelo Estado social, que é o fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas, através do implemento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público (BUCCI, 2006, p. 252).

¹⁹ De se atentar que, em sua obra magistral, Paulo Bonavides fala em "transformação" do Estado liberal para o Estado social (BONAVIDES, 2004, p. 37), sendo a sua leitura imprescindível para um maior aprofundamento do tema.

Mas, sem correr o risco da famigerada limitação interpretativa equivocada, como podem ser definidas estas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado contemporâneo? Quem são os responsáveis pelo planejamento e pela execução destas políticas? Estariam elas limitadas a simples criação de uma norma ou de um ato jurídico?

Primeiramente, imprescindível pontuar o entendimento de que, conforme as lições do professor Comparato, as políticas públicas não se resumem a norma e nem a ato jurídico, que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio. Entretanto, os engloba como seus componentes, num plano de ação superior e mais amplo, por ser a política, antes de tudo, uma “*atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1998, p. 44 e 45).

Pensando nas políticas públicas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição, é que Maria Paula Dallari Bucci definiu políticas públicas como sendo "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2006, p. 241).

Percebe-se que, na dinâmica proposta por Fábio Konder Comparato, e reafirmada por Maria Paula Dallari Bucci, a validade de uma política pública, ao contrário da validade das normas e dos atos jurídicos, está umbilicalmente relacionada com os fins a que se destina, ultrapassando a finitude dos atos normativos (COMPARATO, 1998, p. 45). Há, desta forma, uma conexão de meios e fins, que pode ser verificada na idéia do princípio da razoabilidade e da racionalidade dos atos públicos.

Devidamente sintonizada com o seu *telos*, resta saber, no atual paradigma do Estado democrático de direito, quem seriam os responsáveis pela formulação e pela execução destas políticas públicas.

Neste sentido, destaca Eros Grau (2005, p. 25) que: “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade”, o que terminou por influenciar também o significado dado por Américo Bedê ao conceito de políticas públicas, no que se refere ao agente realizador das mesmas, quando afirmou que “pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito” (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 47).

Também Maria Goretti Dal Bosco afirma que:

Política pública, assim, pode ser considerada como o resultado de uma atividade de autoridade regularmente investida de poder público e de legitimidade governamental, ou como um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou de vários atores públicos. Ao mesmo tempo, pode ser uma decisão política, um programa de ação, os métodos e meios apropriados ou uma mobilização de atores e de instituições para a consecução de objetivos mais ou menos definidos. Do ponto de vista da sociologia e da ciência política, pode-se afirmar que política pública, enquanto atividade do poder público, apresenta algumas características principais: conteúdo, programa, orientação normativa, fator de coerção e competência social. (DAL BOSCO, 2008, p. 245).

Ocorre que, no atual Estado democrático de direito, não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, como se idealizava no Estado social, pois a sociedade civil é chamada, cada vez mais, para exercer a sua cidadania através de construções dialogadas. Assim, a sociedade civil deixa de ocupar um papel estagnado e limitado de destinatária de políticas públicas, para exercer uma função de autora na formulação destas políticas, o que lhe fornece uma emancipação nas suas escolhas (HABERMAS, 2003a, p. 159).

Isto pode ser verificado em alguns espaços comunicativos existentes hoje no Estado brasileiro, seja na deliberação de políticas públicas, como acontece, por exemplo, nos Conselhos Municipais de Criança e de Adolescente, seja na execução destas políticas, com as ONG's que possuem grande participação na efetivação, principalmente, dos direitos sociais, ou até mesmo na consulta popular que ocorre, por exemplo, com os “orçamentos participativos”.

Assim, pode-se buscar definir políticas públicas como sendo aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado democrático de direito.

Neste sentido, é que pode se falar, também, em qualidade na prestação de serviços públicos, vez que os autores/destinatários são ouvidos e participam ativamente das escolhas das políticas públicas que serão implementadas e executadas pelo Estado, devendo esta aproximação da administração pública com os cidadãos, nos dizeres de Dal Bosco, “ser o objetivo fundamental das estruturas de governo” (DAL BOSCO, 2008, p. 252).

É importante esclarecer que as políticas públicas, muito embora não se confundam com os princípios, são, geralmente, estabelecidas através de normas-princípios, que irão orientar as escolhas dos meios e instrumentos para a consecução dos fins públicos, devendo-se, por isso, buscar definir o seu papel normativo no paradigma constitucional atual.

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E NORMATIVIDADE

Na evolução do conceito de política pública, deve-se à Ronald Dworkin as formulações científicas básicas delineadoras do sentido adequado da *policy*, que para este autor se associa à idéia de diretrizes da Administração Pública, ou seja, de metas, objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado providência, atrelado à idéia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Buscando afastar o pensamento positivista dominante, Dworkin (2007a, p. 35) desenvolve um sistema onde o direito é constituído por padrões normativos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas, o que, por si só, já refuta a crença do positivismo nas regras.

Na construção deste sistema, Dworkin (2007a, p. 36) conclui que o positivismo pode até ser uma explicação plausível quanto às normas de padrão regras - que seria para ele parte do conjunto normativo, mas nunca uma teoria geral, por não compreender os demais padrões normativos, ou seja, os princípios e as políticas.

Para o professor estadunidense, os princípios se constituem em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem: “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36), identificados, assim, pelo seu conteúdo, que vinculam exigências relacionadas aos valores morais da justiça e da equidade, e não pela autoridade ou pelo procedimento que originou esta autoridade.

Buscando estabelecer melhor as diferenças existentes entre os padrões regras e princípios, Dworkin admite que a formulação das regras está mais atrelada ao papel do Estado, sendo que, no caso da criação e definição dos princípios, a comunidade exerceria uma função muito mais relevante, por meio da moralidade pública, que permitiria uma simbiose maior dos valores presentes na sociedade, que se sofisticam através dos princípios, adquirindo um patamar de coerção estatal.

Também no caso de conflitos internos destes padrões, verifica-se que as regras apresentam solução na forma de eliminação de uma delas, do tipo “tudo-ou-nada”, enquanto que a colisão entre princípios aparentemente conflituosos é resolvida através de um critério de ponderação da relevância²⁰.

Percebe-se que Dworkin está especialmente preocupado em rediscutir, no âmbito do pensamento jurídico, o conteúdo das normas jurídicas, limitadas, até então, ao âmbito das regras, desconstruindo a suposta pureza do pensamento positivista, de forma a oferecer uma alternativa à tese liberal do monopólio

²⁰ Sobre o tema, embora apresentando substancial diferença em relação à aplicação dos princípios no caso de aparente conflito, com predomínio da ponderação da otimização em relação à ponderação de relevância, ver também: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

estatal quanto à produção de normas, completando o sistema jurídico com os valores, introduzidos através dos princípios.

Tal discussão aponta para um redirecionamento do dogma liberal de que os poderes instituídos esgotam a produção do direito, aceitando-se o pensamento de que a comunidade, nos moldes do pluralismo Rawlsiano, através das relações cotidianas complexas, promove também a construção de padrões de comportamento, que não podem ser desconsiderados na aplicação do direito.²¹

Dworkin, apesar de empregar bastantes esforços na definição dos padrões regras e princípios, também reconheceu a existência dos padrões normativos das políticas quando afirmou que, muitas vezes, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007a, p. 36).

Assim, o autor norte-americano considera que as políticas são capazes de viabilizar argumentos jurídicos persuasivos para solução de *hard cases*, uma vez que integram o sistema jurídico. Ele conceitua a *policy*²² como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36), diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo.

²¹ Este pensamento é reforçado por Peter Häberle, embora numa perspectiva diferente, em sua obra *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.

²² Segundo o *The Oxford English* a expressão *policy*, em inglês, significa a elaboração de um plano articulado de ação objetivando o alcance de determinados resultados (*The Oxford English*. Oxford: Oxford University Press, 1995). Para J.A. González Casanova, é preciso diferenciar os termos *policy*, que se relacionaria à “acción humana de relación social que aspira a um fin”, *politics*, “conjunto de políticas concretas (*policies*), que se influyen entre sí y que forman una trama o estructura compleja”, e *polity*, que seria o “resultado – através de las <<policies>> que forman el processo de la <<politics>> – de la tendencia de los individuos a participar en una unidad común ideal” (CASANOVA, 2000, p. 5-6). Por fim, Yves Meny e Jean-Claude Thoenig relatam que os ingleses utilizam o termo *policy* como uma baliza de orientação de uma ação, programa ou uma perspectiva de atividade. A política pública seria visualizada, assim, na afirmação de que um governo tem uma política econômica ou quando escolhe uma área peculiar de ação, no intuito de desempenhar certo programa de ingerências (MENY; THOENIG, 1992, p. 89).

Partindo da noção de que a formulação de políticas pressupõe uma regulação jurídica apta a torná-las efetivas, Dworkin percebe que as políticas dependem, para a sua concretização, da adoção de um padrão jurídico que vai introduzir na atmosfera social um conjunto de metas, na pretensão de se instituir camadas de interação social, que passarão a ser processados no âmbito jurídico.

Apesar de Dworkin ter abordado as políticas como padrão normativo, pode-se observar que este autor não tece maiores comentários sobre os elementos essenciais do seu conceito, que podem ser definidos como a sua fonte de produção e a identificação e realização de seus objetivos.

Assim é que Jean Carlos Dias, analisando essa questão, destaca que “de início, para que uma política possa ser considerada pública e, assim, corroborar a conceituação de Dworkin, deve-se atribuir sua elaboração ao Estado” (DIAS, 2007, p. 42). Afirma este autor que também fica claro que “não se pode, no pensamento de Dworkin, afirmar que os objetivos devam ser considerados de modo neutro no que se refere à violação dos direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 48).

Com esta nova roupagem dada por Dworkin às *policies*, o poder Judiciário assume um papel de igualdade e independência com os demais poderes, sendo também responsável direto pela concretização dos direitos elencados nos textos constitucionais dos Estados contemporâneos.

Se no Estado liberal o poder Judiciário exercia o papel montesquiano de mera “boca da lei”, sendo o poder Legislativo o principal mentor e responsável pela elaboração e execução das políticas públicas, que em sua maioria eram negativas, é certo que, com o advento do Estado social, o poder Executivo foi quem alçou novos ares, diante da necessidade de prestações positivas por parte do Estado, que dependia da maior atuação do poder Executivo, tendo o poder Judiciário começado a se libertar do modelo fechado de regras do paradigma liberal, dando início à utilização de princípios gerais do direito e de

outros meios que possibilitavam uma suave abertura ao sistema jurídico do Estado social²³.

A partir do advento do Estado democrático de direito, verifica-se uma maior atuação do poder Judiciário, que passa a se utilizar de mecanismos que conferem ao sistema jurídico uma maior abertura, ganhando o poder Judiciário uma igualdade frente aos demais poderes na materialização dos direitos esculpidos na Carta Magna, podendo, agora, como poder co-responsável, ainda que não seja a sua função primordial, velar para a efetivação destes direitos constitucionais, fato que gera certa tensão na harmonia entre os poderes, não acostumados com a divisão da responsabilidade de organização do Estado, ainda que por motivos não confessáveis.

Diante da elevação da política ao *status* normativo, podendo, por isso, ser acionado o poder Judiciário para a tutela dos fins a que se destina, deixando de ser um campo obscuro de atuação judicial, cabe refletir em que medida esta atuação judicial pode ser realizada de maneira a consagrar o espírito democrático do constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, deve ser analisada a teoria da “separação de poderes” neste atual contexto, buscando identificar a sua autêntica aplicação neste novo cenário.

É esta evolução normativa da política pública que permite a análise proposta do caso Ponta Porã. Se no panorama paradigmático constitucional do Estado liberal não havia uma previsão, ou melhor, permissão para um questionamento judicial sobre o desenvolvimento de políticas públicas no âmbito da sociedade, o advento do atual paradigma constitucional proporcionou um giro de atuação do Judiciário.

Entretanto, este controle judicial não pode ser ilimitado, devendo se ater ao papel reservado ao Judiciário pelo constitucionalismo vigente, sob pena de ser criada uma nova ditadura, a do Judiciário, que pode apresentar conseqüências indesejáveis no seio da sociedade.

²³ Sobre o tema ver GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já visto, com a chegada do Estado democrático de direito, o poder Judiciário assumiu um novo papel no equilíbrio de forças entre os poderes. O protagonismo do Judiciário reflete o anseio da sociedade pela abertura da condução do processo de definição das opções políticas do Estado, no qual a mesma não aceita mais ser uma simples destinatária do processo político, mas deseja participar mais ativamente das próprias escolhas que demarcarão a atividade do próprio Estado.

Tal anseio se deve a algumas razões, dentre as quais se pode citar a crescente, mas não absoluta, falta de identificação das decisões dos representados políticos com a de seus representantes, o aumento vertiginoso da corrupção no seio dos poderes Legislativo e Executivo e a possibilidade do poder Judiciário conceder, especialmente no caso concreto, um novo colorido à dimensão do direito definido abstratamente pelos demais poderes.

Especificamente na formulação e execução de políticas públicas, esta crise se torna muito maior diante do crescente abandono, pelos representantes eleitos, do contrato celebrado com os eleitores de representação de suas vontades, passando a agir, muitas vezes, segundo a lógica da vantagem pessoal, fortemente influenciada pelas necessidades dos fortes grupos econômicos, tendo Dal Bosco afirmado que:

A crise de participação popular das decisões que definem políticas públicas está presente na grande maioria dos países, os quais prevêm, em suas Constituições, basicamente, um modelo de democracia procedimental, ou conjunto de regras para a formação e renovação de governos representativos. Os representantes eleitos, mesmo nos sistemas em que o mandato não é livre, ou seja, pertence ao partido pelo qual se elegeu, conseguem desvincular-se do “contrato implícito” que celebram com seus eleitores, e passam a defender políticas muito diversas e até contraditórias àquelas prometidas ao momento da eleição. E, quando os governos detêm maioria nos parlamentos, o poder legislativo acaba exercendo o papel de mero espectador das apostas governamentais, sem contar que, em muitos casos, o Parlamento é ignorado pelo Executivo em questões fundamentais, como o controle de execução orçamentária, ou a aprovação do envolvimento do país em operações militares. (DAL BOSCO, 2008, p. 250)

É o que Gerardo Pisarello (2003, p. 129-131) denominou de “democracia elitista”. Para o autor espanhol, o argumento utilizado pelo Estado nos anos 70 para garantir a “governabilidade” reduziu a democracia, que agora se pretende manter limitada através de uma ideologia hegemônica neoliberal, de âmbito internacional, que utiliza a democracia como regime desejável, até o ponto que consiga manter a “governabilidade” da economia capitalista. Para tanto, deve-se conter a participação da sociedade na construção política do Estado, que só se torna esperada na época eleitoral, quando, através de grandes campanhas midiáticas financiadas por fortes grupos econômicos, a opinião pública é profundamente influenciada, realimentando todo o processo castrador.

Esta atuação judicial, por certo, provoca zonas de tensão com os demais poderes, sendo, freqüentemente, invocados argumentos contrários a atuação judicial no âmbito político. É que se entende, muitas vezes, ser este um local impróprio para a atuação judicial, o que se pretende confrontar neste presente estudo, pois não há mais como manter o direito e a política em compartimentos estanques, sendo exigido pelo Estado de direito um entrelaçamento de legitimidade (HABERMAS, 2003a, p. 169 e ss.).

Os críticos da atuação judicial no campo político fundamentam a sua objeção na falta de sustentação constitucional, na feição contra-majoritária e antipopular, que se revelaria pela falta de legitimidade democrática do poder Judiciário neste tipo de atuação, e pela inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados (SAMPAIO, 2002, p. 60 e 61)²⁴.

O próprio José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 61 e ss.) é quem enumera e analisa os 11 (onze) argumentos apresentados pelos defensores dos tribunais da jurisdição constitucional e de seu papel de garante de Constituição que seriam:

²⁴ Também Ana Paula de Barcellos (2008, p. 118-128) procurou apresentar e analisar as críticas à atuação do Poder Judiciário no controle de atividade política, no caso de políticas públicas, sendo por ela sistematizado como crítica da teoria da Constituição, crítica filosófica e crítica operacional.

“a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no *welfare state* (1) e de compensar o déficit de legitimidade da prática política (2), por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além do seu controle pelo Legislativo (4); o respeito das regras do jogo democrático (5); a promoção dos direitos fundamentais (6); a posição privilegiada do juiz constitucional (7); a argumentação como legitimidade (8); a legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos pelas decisões (9); as justificativas deontológicas (10) e dogmáticas (11).

Não desconsiderando qualquer argumento, mas buscando adotar uma estratégia para o desenvolvimento deste estudo, até mesmo em razão das constatações de Dworkin (2007a, p. IX) e de Habermas (2003a, p. 298), pretende-se focar sua análise nos argumentos da aparente violação da “separação de poderes” e da falta de legitimidade democrática do poder Judiciário, tidos como vitais para a atuação de uma jurisdição constitucional que esteja vinculada com os seus propósitos de proteção e realização dos direitos fundamentais.

Assim, o exame que se passa agora a fazer pretende estabelecer um diálogo e uma relação de finalidade entre os argumentos da aparente violação da “separação de poderes” e da falta de legitimidade do poder Judiciário com a concretização dos direitos fundamentais.

2.4.1 Limitação de poderes: resgate e reconstrução da teoria da “separação de poderes”

Inicialmente, ao se falar em teoria, ou princípio, da “separação de poderes”, é preciso esclarecer que, na verdade, não existe uma “separação de poderes” do Estado, mas sim uma divisão funcional do seu poder, podendo ser encontrado em Nuno Piçarra (1989, p. 13) os ensinamentos iniciais sobre este princípio, que para ele:

[...] pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a

controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual.²⁵

Na análise histórica da criação deste princípio, pode-se dizer que o que se pretendia desde o início com a sua idéia era impedir a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de um grupo restrito, criando-se um controle eficiente que viesse garantir as liberdades individuais do cidadão.

Não adentrando no movediço terreno da autoria deste princípio, o que pode nos remeter até mesmo a Aristóteles²⁶, mas sabendo que esta “não é, porém, a primeira realização histórica de divisão do poder” (MIRANDA, 2004, p. 374), é preciso entender que tal teoria ganhou notoriedade, nos séculos XVII e XVIII, com John Locke e, mais precisamente, com Montesquieu, tendo J. W. Gough (1992, p. 183) afirmado que:

A invenção da doutrina da separação de poderes foi freqüentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernst Jarcke, descobriu em Locke o criador da doutrina da separação e equilíbrio de poderes, e, considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-se como “o criador da falsa teoria do estado inglês”.

De se observar que, naquela época, o mundo passava por grandes mudanças, tendo o período do Medievo se encerrado, com posterior inauguração do Estado Moderno, que teve início com o Estado absoluto, concentrado nas mãos do Rei, o que contrariava o interesse de uma classe, a burguesia, que crescia em influência, poder e riqueza, e que necessitava garantir a sua

²⁵ Neste mesmo sentido até mesmo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 130) quando afirma que “essencialmente, a “separação de poderes” consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente.”

²⁶ Em sua obra *Política*, Aristóteles divide as funções do Estado em *deliberante* (que consistia na tomada de decisões fundamentais), *executiva* (referente à aplicação pelos magistrados dessas decisões) e *judiciária* (consistente em fazer justiça), não tendo, porém, apresentado o exercício de tais funções por órgãos independentes e especializados, o que o diferencia essencialmente do pensamento atual.

liberdade para continuar se expandindo, não encontrando mais espaço, portanto, o controle estatal sobre as suas atividades²⁷.

Esta concentração axial de poder na figura de um único homem, ou grupo, não se encaixava nos propósitos da burguesia, que lutou, através das revoluções iluministas, por maiores conquistas, determinando o fim de uma era, a dos Estados absolutos, e a inauguração de uma nova, a do Estado liberal. Este Estado foi erguido sob a égide do culto à racionalidade, tendo alguns pressupostos fundantes, como a separação de poderes e o princípio da legalidade.

Tanto para John Locke quanto para Montesquieu (2000, p.166), a idéia norteadora era a de que o poder tende a se corromper onde não encontra limites. Tal idéia se expandiu por toda a Europa, tendo, posteriormente, encontrado campo fértil também nos Estados Unidos da América e em todo o ocidente.

Os pensamentos de John Locke²⁸, fortemente influenciados pelos ares políticos ingleses da época, concentravam-se na concepção de que os poderes deveriam atuar segundo a lei (*rule of law*), necessitando haver uma separação de poderes para que se pudesse resguardar a liberdade. Por isso mesmo, o poder Legislativo seria o poder mais elevado, por fazer as leis, através de representantes eleitos, o que não ocorria com o poder Executivo, entregue nas mãos do monarca, que, por isso mesmo, deveria ser controlado. Na idéia de Locke, o poder Judiciário seria um órgão pertencente ao poder Executivo, não possuindo independência, razão pela qual a sua separação de poderes se restringia ao poder Executivo e ao poder Legislativo.

Importante registrar que, mesmo fornecendo argumentos científicos políticos para o fortalecimento da burguesia/poder Legislativo em desfavor do rei/poder

²⁷ Jorge Miranda (2004, p. 374) esclarece que “a idéia de separação de poderes vem, desde os séculos VXII e XVIII, em reacção contra o absolutismo monárquico e associada à filosofia política iluminista e liberal”.

²⁸ O conceito de Locke sobre a “separação de poderes” se encontra inserida na sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil*.

Executivo, John Locke (2003, p. 181) atribuiu a este um poder denominado de “*prerrogativa*”. Conforme Oswaldo Palu (2004, p. 45), esta “*prerrogativa*” seria “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”, inclusive se opondo as leis existentes, justificado pela necessidade de agilidade nas atitudes que deveriam ser tomadas pelo poder Executivo.

Para Locke (2006, p. 185):

No domínio da prerrogativa surge sempre a velha pergunta: quem julgará se este poder está sendo usado de modo legítimo? Responderei: entre um Poder Executivo permanentemente possuindo semelhante prerrogativa e um Legislativo que depende da vontade dele para reunir-se, não pode haver juiz na terra; como também não pode existir nenhum entre o Legislativo e o povo, se o Executivo ou o Legislativo, quando uma vez obtiverem o poder, proponham-se a escravizá-lo ou destruí-lo ou passem a fazê-lo. Nisso o povo não tem outro remédio, como em outros casos em que não há juiz na terra, senão apelar para o céu”.

Num estágio mais avançado da teoria, Montesquieu desenvolve suas idéias pensando na liberdade proporcionada aos cidadãos, sendo motivo de menção na obra do prof. Jorge Miranda (1997, p. 162-163), que assinala que “MONTESQUIEU constrói a sua doutrina pensando na liberdade; a separação de poderes é uma garantia da liberdade, porque, contra o poder só o poder”.

Uma das grandes distinções do pensamento de Locke e do pensamento de Montesquieu é o reconhecimento da existência independente do poder Judiciário²⁹, sendo que a idéia da separação de poderes seria necessária para manter o equilíbrio entre os poderes legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e o executivo das coisas que dependem do direito civil (judiciário). O pensamento era de evitar a corrupção e a dominação e assegurar a liberdade, que estaria diretamente ligada à legalidade, pois, segundo Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

²⁹ Eros Grau afirma que: “O alinhamento procedido, das colocações de Locke e de Montesquieu, permite-nos verificar que o primeiro propõe uma *separação dual* entre três poderes – o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro – e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o *equilíbrio* entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (GRAU, 2005, p. 233)

Entretanto, de se registrar que, para Montesquieu (2000, p. 169), o poder de julgar era nulo, por ser o mais débil dos três poderes, uma vez que a lei feita pelo poder Legislativo seria sempre justa, na esteira da idéia do *rule of law*, e de que o juiz seria a mera boca da lei, não podendo lhe conferir interpretação própria, sendo que o poder de controle sobre a lei seria exercido pela parte dos nobres que compunham o poder Legislativo.

Muito embora Montesquieu falasse em separação de poderes, é preciso ter em mente que: primeiro, quando falava em separação de poderes, dizia na verdade sobre *separação de funções*, por ser o poder uno³⁰ e; segundo, não queria, certamente, estabelecer uma separação total de poderes, mas uma *coordenação de poderes*, no sentido de que os mesmos exerceriam suas funções em conjunto, equilibrando-se para garantirem a liberdade dos cidadãos. Isto é demonstrado pela própria disposição do capítulo VI, do Livro XI, da obra de Montesquieu, quando dos 77 parágrafos ali existentes, somente 06 (seis) tratam da separação de poderes, versando os demais sobre a sua descrição da coordenação de poderes (PALU, 2004, p. 49).

A idéia política de Locke e de Montesquieu ganhou força nos países europeus, firmando-se como um dos mais importantes pilares do Estado liberal e do constitucionalismo moderno (MIRANDA, 2004, p. 375), tendo surgido a expressão “separação de poderes” com a Constituição Francesa de 1791 e com a Declaração de Direitos de 1789, que diz em seu artigo 16 que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

Foram os Estados Unidos, num momento mais avançado de aplicação da teoria da separação de poderes, baseados em sua própria experiência histórica, que chegaram definitivamente ao “*judicial review of legislation*”, sendo o poder Judiciário inserido no papel de “controlador” do poder Legislativo e do

³⁰ Mesmo Manoel Gonçalves Ferreira Filho já disse que: “Não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno.” (FERREIRA FILHO, 2007, p.133)

poder Executivo, na guarda e defesa da Constituição, aprimorando-se o sistema de freios e contrapesos.

Nos dizeres do Prof. Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 184-185):

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Estado Democrático e, deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. [...] Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

É preciso compreender que o conteúdo da teoria da separação de poderes evoluiu desde a sua sistematização, ganhando contornos mais específicos em cada sociedade onde é aplicada³¹, fortalecendo a idéia do princípio como meio e não como fim, mas não de modo a desfigurá-lo, não retirando aquilo que lhe é essencial, sendo esta a observação de Ferraz (1994, p.16):

É certo que a doutrina da separação de poderes, na sua interpretação e aplicação, evoluiu desde os dois séculos de sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros. É certo, também, que mesmo na perspectiva de Montesquieu, a teoria da separação de poderes já vinha claramente interpretada em sentido evolutivo. A separação de poderes não era um fim em si mesmo, mas uma receita política que propugnava impor limitações ao poder. [...] Ora, se o princípio sobrevive no texto constitucional, e é proclamado enfaticamente, deve ser preservado em sua essência, ainda que no particular venha a ser adaptado às circunstâncias históricas do momento.

Para esta autora, que afirma que as cláusulas-parâmetros da teoria da separação de poderes nas constituições presidencialistas são a independência e a harmonia entre poderes, a indelegabilidade e a inacumulabilidade, ainda

³¹ Sobre o tema, de se registrar que o ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence proferiu voto esclarecedor na ADI 183/MT, DJ 31/10/1997, p. 55-540.

que houvesse a evolução e a adaptação da teoria da separação de poderes em cada contexto histórico, a utilização desta teoria só seria válida caso se mantivesse a limitação do poder e a garantia das liberdades como fim último por ela visado (FERRAZ, 1994, p. 17).

A análise da evolução da teoria da separação de poderes proposta por Ferraz (1994, p. 17-18) apresenta três etapas:

Assim, passados mais de dois séculos desde a sua formulação, a doutrina de Montesquieu ainda se apresenta válida no seu essencial, mas num contexto e espaço completamente outros. De uma estrita separação de poderes, a receita política de Montesquieu evolui, numa segunda fase, para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos, desembocando numa terceira fase de interferências, mais ou menos acentuadas mas sempre limitadas, entre poderes.

Este progresso no conteúdo desta teoria perpassa pela própria idéia da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, numa percepção de Estado democrático de direito, e não mais como meramente Estado de direito, no sentido de ser essa teoria instrumento³² para a concretização de todos os direitos fundamentais³³. Impede-se, com isto, a sua visualização limitada de mera garantidora dos direitos de 1ª dimensão, que tratavam, como se sabe, daqueles direitos referentes à liberdade dos cidadãos, que, por razões históricas (feudalismo, absolutismo), queriam que o Estado tivesse uma atuação bem restrita, de modo a não interferir na maior parte das questões particulares dos indivíduos.

É nesse sentido que Jean Carlos Dias (2007, p. 91) afirmou que:

A separação de poderes está duplamente comprometida com a formação de um mecanismo de autocontrole político e também para

³² Segundo observação de Cláudio Ari Mello (2001, p. 274): “De fato, a separação de poderes e os demais elementos constitutivos da organização estatal somente têm sentido enquanto peças – fundamentais, é verdade – do sistema de proteção dos direitos fundamentais assegurados na Constituição; a divisão não tem um fim em si ou tampouco pode autorizar a invocação da comodidade do exercício das funções governamentais contra o objetivo da garantia dos direitos”.

³³ O prof. Américo Bedê Freire Júnior já afirmou (2005, p. 38): “Nesse diapasão, deve ser frisado que não apenas os direitos da primeira geração devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as gerações dos direitos fundamentais, já que uma das características dos direitos fundamentais é a sua indivisibilidade. Todas as dimensões dos direitos fundamentais, portanto, podem (devem) ser protegidas pelo princípio em comento”.

possibilitar uma ampla especialização dos ramos estatais, a fim de promover a devida resposta estatal às demandas sociais.

Pode-se dizer que a Constituição brasileira de 1988 teve forte influência do modelo americano de separação de poderes, com freios e contrapesos, estando presente no seu art. 2º o princípio fundamental da separação de poderes, que se tornou cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, encontrando-se o Brasil, atualmente, na terceira fase da evolução da teoria de interferências.

Ocorre que, mesmo tendo a teoria da separação de poderes alcançado aceitação na grande maioria dos países ocidentais do globo, não se pode deixar de registrar que a mesma tem sido objeto de inúmeras críticas³⁴, chegando alguns até mesmo a afirmar que o dogma de tripartição de poderes se encontra superado³⁵, uma vez que o momento político atual clama por novas funções do Estado e reavaliação daquelas já existentes.

De todas as críticas já feitas a esta teoria³⁶, a principal a ser analisada atualmente é aquela afirmada pela profª. Vera de Araujo Grillo (1994, p. 119) de “que, se a separação dos poderes, como teoria e como prática, tem permanecido nas Constituições de vários Estados como aval da democracia e das liberdades individuais, nem sempre tem conseguido impedir que surja a concentração de poderes”, sendo esta uma violação séria ao seu núcleo ideal, que almeja o banimento desta centralização de funções, motivando, inclusive, importantes pensadores brasileiros a defenderem o sistema de governo parlamentarista como solução para a concentração indesejada³⁷.

³⁴ Estas críticas estão bem detalhadas na obra de José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 425-431), para quem: “Essas críticas todas, associadas à inquestionabilidade de um esquema tripartido que obscurece o sentido funcional de uma teoria que visa, a um só tempo, promover a ascensão de uma nova classe ao poder, garantir a eficiência, técnica e política, do governo, a limitação de seus poderes e, com isso, proteger a liberdade dos cidadãos, notadamente a salvaguarda da esfera de autonomia privada ou do livre desenvolvimento de sua personalidade, revelam bem o lado mítico do princípio da divisão dos poderes”.

³⁵ Sobre o assunto, TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, out./dez. 1999, ano 7, p. 66-71 e MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 380-386.

³⁶ Sobre essas críticas, salutar a leitura de Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 185-187).

³⁷ Paulo Bonavides (2004, p. 86) defende que: “o sistema parlamentarista contemporâneo, que remove a pretensa incomunicabilidade dos poderes, que impõe a supremacia do Legislativo e constitui ordem qualitativamente superior de organização política do Estado, é o sistema que mais se compadece com a moderna proteção constitucional da liberdade, proteção que deixa

Em razão dessa crise é que tem se reavaliado o papel do poder Judiciário, não de forma a invadir atribuições dos demais poderes, mas de cumprir com o seu papel constitucional de velar pelos direitos consagrados na Constituição de 1988, num processo natural de amadurecimento democrático do poder político do Estado³⁸.

Se, na formação desta teoria, o Barão francês via o poder Judiciário como um poder estéril, mero reproduzidor das regras anteriormente ditadas, hoje esta não pode mais ser a interpretação da função desse poder. Ainda mais considerando o *status* constitucional alcançado no controle exercido pelo STF sobre os demais poderes, principalmente no controle de constitucionalidade dos atos normativos, sendo este Tribunal, inclusive, elevado, por alguns, à categoria de novo poder³⁹.

É certo que a reavaliação dessa atuação do poder Judiciário, em consonância com os ditames constitucionais, poderá causar algumas zonas de tensão, porém o que precisa ser ressaltado é aquilo que o prof. Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 37-38) afirmou com maestria, quando disse que:

Há, portanto, em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os “poderes” estão abaixo da Constituição. [...] Constatamos, assim, ser um arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes.

de ser preponderantemente jurídica (democracia presidencialista) para se tornar política, dissolvendo, contudo, a antinomia Estado-indivíduo”.

³⁸ Jorge MIRANDA (2004, p. 384-385) destaca em sua obra os motivos pelos quais a teoria da separação de poderes continua a ser exigida pelo Estado de Direito, não mais como no liberalismo, mas por razões de independência dos tribunais e de criação de mecanismos de fiscalização ou de controle interorgânico (e intraorgânico), dentre outros. Afirma que “o princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização ótima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão”. Sobre o tema, ver ainda a análise da autofagia entre os poderes em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³⁹ “A idéia de um Tribunal Constitucional e suas decorrências, especialmente as funções que este assume no contexto contemporâneo do Estado Constitucional, impede que se possa manter a estrutura clássica da tripartição de poderes. [...] O Tribunal Constitucional é um “poder” ao qual se reconhecem, atualmente, amplas funções, [...] como a de governo e a legislativa”. (TAVARES, 2005 p. 174-175)

Porém, não se deve falar que o controle judicial de atos dos demais poderes poderia vir a quebrar a harmonia entre os poderes, pois conforme afirmado por Valter Santin (2004, p. 223):

A harmonia entre os Poderes ou órgãos públicos não fica afetada pelo controle judicial, porque o Judiciário está em consonância com a primazia do direito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) e cumprindo integralmente com a sua função jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso à Justiça.

A participação direta do poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais violados, de qualquer forma, pelos demais poderes é condição vital para a sobrevivência do Estado democrático de direito⁴⁰, não podendo mais se ter uma atuação destes poderes sem o devido controle exigido pelo próprio princípio da “separação de poderes” e pela Constituição.⁴¹

Especialmente em temas envolvendo políticas públicas, a teoria da “separação de poderes” deve ser devidamente compreendida, para que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos, havendo, no sistema constitucional brasileiro, uma grande miscigenação das funções dos poderes, o que demonstra que as atividades desenvolvidas por um não lhe pertencem absolutamente, sendo esta a manifestação de Rodolfo de Camargo Mancuso, a saber:

"No modelo jurídico-político brasileiro isso é bem evidente, bastando considerar que o Legislativo ... *julga* o presidente, o vice-presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II); que o Judiciário ... *administra*, quando promove a organização de seus serviços (CF, art. 96 e incisos e art. 125); que o

⁴⁰ Com Habermas (2003, p. 216) entendemos que “a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos”.

⁴¹ Nuno Piçarra (1989, p. 262) bem esclarece a importância do atual conteúdo do princípio da separação de poderes ao afirmar que “ganha progressiva importância na actualidade o entendimento do princípio da separação dos poderes como princípio de organização óptima das funções estaduais, cujo contributo tem sido significativo para a determinação do seu valor normativo. Ele vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão e o instituto dos assentos”.

Executivo ... *legisla*, quando edita medidas provisórias (CF, art. 59, V, e art. 62). Essa evidente interação e complementaridade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas" (MANCUSO, 2002, p. 777)

Esta releitura da teoria da separação de poderes trata de necessário avanço para os problemas do Estado contemporâneo, que clama por maiores, e melhores, sistemas de controle dos poderes (funções) públicos, diante, até mesmo, da multifuncionalidade adquirida por este Estado. Almeja-se, assim, preservar a força normativa⁴² do instrumento político maior do Estado, ou seja, a sua Constituição, com afastamento da idéia da "folha de papel" alertada por Lassale⁴³.

2.4.2 Da legitimidade democrática da jurisdição constitucional

Na medida em que o poder Judiciário passou a desempenhar atividades que antes lhe eram inconcebíveis, libertando-se das amarras do paradigma do constitucionalismo liberal, com atuação em áreas sensíveis, como a de controle de constitucionalidade das leis e a de controle das próprias políticas públicas, pode-se verificar o crescimento vertiginoso de rejeição deste novo posicionamento, sendo que a carência de legitimidade democrática seria um dos principais motivos para essa rejeição.

Freqüentemente, o argumento da legitimidade democrática é levantado como óbice de atuação da jurisdição constitucional⁴⁴, sob a alegação de que os juízes careceriam do manto popular eletivo para o desempenho desta nova competência. Cabe analisar, assim, a pertinência da atividade desenvolvida pelo poder Judiciário no âmbito da jurisdição constitucional, confrontando-a

⁴² Sobre o tema, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

⁴³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

⁴⁴ Neste ponto, importante esclarecer que se adota neste trabalho o conceito sincrético proposto por José Adércio Leite Sampaio para quem a jurisdição constitucional seria identificada como "uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da "atividade do poder do ponto de vista da Constituição", com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais" (SAMPAIO, 2002, p. 23).

com o paradigma do Estado democrático de direito, sob a perspectiva, principalmente, da efetividade dos direitos fundamentais. Esta tensão gerada entre a atividade judicial constitucional e a democracia é bem observada por Cláudio Pereira de Souza Neto ao constatar a necessidade de uma intrincada justificação, afirmando que:

Tem sido bastante discutida, como se sabe, a relação entre democracia e constitucionalismo. A possibilidade de o judiciário substituir, na produção de normatividade, o legislativo e o executivo, legitimados pelo voto popular, exige, efetivamente, uma justificação complexa. (SOUZA NETO, 2003, p. 1)

É possível constatar, já em Rosseau, a tensão causada pela possibilidade de desempenho de certas atividades pelo poder Judiciário, quando este filósofo se mostrava preocupado com uma espécie de tirania, a dos juízes, tendo afirmado que uma das maiores ameaças à soberania popular decorreria da incessante ação dos magistrados (governo), que, com suas vontades particulares, comprometeriam a vontade geral (ROSSEAU, 2002, p.91-92).

A idéia de carência de representação popular para o exercício de atividades afetas diretamente aos demais poderes, somada a de falta de preparo técnico específico para o desempenho de tais funções, sempre foram fortes argumentos obstaculizadores de uma atividade judicial mais comprometida com a efetividade das promessas constitucionais.

Por desempenhar a sua função num sistema de “diplomação” diferenciada, à margem do processo político eleitoral, submetido ao império da ideologia liberal de mera declaração da vontade da lei, o poder Judiciário ficou, por um longo período, restrito a uma atuação secundária no constitucionalismo moderno.

Não que isso, por de tudo, tenha lhe sido imposto contra a sua própria vontade. Ainda hoje, pode-se encontrar, dentro do próprio corpo de magistrados brasileiros, um núcleo duro de profissionais que refutam tenazmente a idéia de uma atuação mais construtiva, sob a alegação, até mesmo, de despreparo e de impossibilidade de realização das atividades afetas aos demais poderes.

Entretanto, negar o *status* constitucional adquirido pelo poder Judiciário no atual paradigma do Estado democrático de direito é um retrocesso que não encontra respaldo no processo evolutivo social do discurso racional. Não há como negar, na esteira dos ensinamentos de Gisele Citadino (2003, p. 17), que o poder Judiciário se tornou, no atual paradigma constitucional, “um tipo inédito de espaço público”.⁴⁵

Na evolução constitucional das funções exercidas pelo poder Judiciário, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional adquire contornos dinâmicos, que não podem ser restringidas à idéia estática da decisão tomada pela maioria democrática num momento presencial único, sendo necessário compreender o real papel desta atividade, pois, do contrário, “a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada instituição democrática” (MORO, 2004, p. 115). É importante que se diga que isto não enfraquece a democracia, mas, sim, a fortalece.

Necessário, assim, entender que todas as decisões populares, sejam elas democráticas ou não, se submetem à Constituição, que é fruto de um processo democrático qualificado. A defesa dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, mesmo por uma instituição pública que não seja eleita diretamente pelo povo, não pode, por isso, ser tomada como anti-democrática.

Pontua-se, ainda, que não se pode desconsiderar que o poder Judiciário brasileiro também possui, de certa forma, certo grau de representatividade democrática eletiva, por serem os membros do Supremo Tribunal Federal escolhidos pelos representantes populares, o que por si só, também não soluciona a questão a ser enfrentada, uma vez que juízes eleitos num processo democrático aberto ao voto popular não possuem legitimidade absoluta para proferirem decisões injustificáveis e inaceitáveis, destituídas de um grau de racionalidade minimamente aceitável, o que demonstra que a legitimidade

⁴⁵ Comentando a evolução do Estado de direito, Lenio Luiz Streck afirma que o Judiciário surge, no Estado democrático de direito, como uma “alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais” (STRECK, 2007, p. 39-40).

democrática não se resolve pelo simples argumento da vontade do povo, até mesmo pelo fato de que, como sabemos, a expressão “povo” se trata de um palavra “gorda”, que apresenta a possibilidade de se fundir com a vontade de um único líder⁴⁶, o que demanda uma melhor investigação.

Com Peter Häberle (2002, p. 36-40), aprende-se que a democracia não se encontra presa a uma dimensão meramente formal de representatividade eletiva, desenvolvendo-se também através de “formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”. Este dilema não se resolve somente pela eleição dos juízes, mas por uma ampliação dos intérpretes que busquem um desenvolvimento da interpretação das normas constitucionais, de forma a se garantir os direitos fundamentais de um povo.

É a própria Constituição⁴⁷, estabelecida num processo democrático qualificado, que garante a legitimidade democrática de atuação da jurisdição constitucional. De outra forma, a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formal da própria Constituição e material da proteção do Estado de direito e dos direitos fundamentais (MIRANDA, 1995, p. 95).

Com Maurizio Fioravanti (2001, p. 142-164) aprendemos que existe, no constitucionalismo moderno, uma tensão constante entre democracia e constitucionalismo, até mesmo em relação à idéia de um governo limitado. O que para muitos, em tempos outros, poderia ser tido como um choque absoluto entre princípios que se contrapõem frontalmente, é esclarecido por Menelick de Carvalho Netto no sentido de que, embora exista esta relação de tensão, a mesma supõe uma existência mútua de refinamento, pois os princípios constitucional e democrático, embora contrários, não são contraditórios entre si, guardando uma relação eqüipromordial e co-original. Para Menelick:

⁴⁶ Sobre o tema, ver: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁴⁷ Esclarece Jorge Miranda (2005, p. 127): “em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática”.

[...] a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria idéia de democracia. Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 83)

O papel exercido pela jurisdição constitucional é o de proteger a soberania popular (TAVARES, 2005, p. 497-502) que foi externada no corpo da Constituição, que não deve ser violado por atos de particulares, de minorias ou mesmo de maiorias, submetidos, todos eles, à vontade do poder constituinte, devendo o poder Judiciário zelar pela sua integridade, mesmo diante de processos democráticos da maioria⁴⁸.

Pode-se, assim, afirmar que este “ativismo judicial”⁴⁹, também chamado por alguns de “judicialização da política”⁵⁰ ou “politização da justiça”⁵¹ (TAVARES, 2005, p. 447-490), encontra sua legitimidade democrática no próprio texto da Carta Magna, que emana a soberania popular constitucionalmente positivada, sendo precisa a lição de Aury Lopes Júnior quando afirma que:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. (LOPES JÚNIOR, 2004, p.73)

Esta atuação constitucional do poder Judiciário não pode, por si só, ser tomada como ilegítima, pois ela não elimina, por si só, a construção dialógica exigida contemporaneamente pelo pluralismo social.

⁴⁸ Menelick de Carvalho Netto nos esclarece que: “o termo “democracia”, portanto, é uma palavra sujeita às mais diversas manipulações e só é efetivamente sustentável como tal se incorporar no seu âmbito semântico-conceitual mínimo o constitucionalismo, como respeito às minorias, sendo assim constitutivamente pluralista” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 85).

⁴⁹ Tal nomenclatura guarda estreita relação com a história do direito norte-americano, especialmente com o governo do Presidente Nixon, quando se travou uma verdadeira batalha ideológica na Suprema Corte entre os juízes “ativistas” e os “conservadores”, liderados pelos juízes Powell e Rehnquist, que haviam sido indicados por Nixon.

⁵⁰ Dentre eles, Celso Fernandes Campilongo em sua obra *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p. 57-63.

⁵¹ Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 152) é enfático ao afirmar que “o problema da politização do Judiciário (governo dos juízes, judiciarismo, judicialização da política, judiciocracia, ativismo judicial, judicização do fato político) é, portanto, um falso problema, plantado pelo dogma positivista da legalidade (a lei como fonte absoluta e irrefutável do direito).

A análise da questão não pode ser restringida a um momento inicial, onde o texto constitucional, primeiramente, confere a legitimidade democrática exigida. Ao contrário, o exame crítico da legitimidade democrática da jurisdição constitucional deve ocorrer no âmbito do exercício desta atividade jurisdicional. É na apreciação dos limites que ganha relevo a discussão do tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

A democracia não pode ser vista como um instrumento de consenso popular absoluto, o que não se obtém nem mesmo pelo clássico sistema da democracia direta. Atualmente, pode-se afirmar que os únicos consensos existentes são o da necessidade de se proteger o processo de deliberação democrática da formação do consenso, com a tutela dos direitos fundamentais, e o da obtenção da melhor decisão possível, emitida pelo magistrado através de uma argumentação jurídica capaz de demonstrar a melhor solução para o caso concreto.

Esta legitimidade da jurisdição constitucional se deve também, conforme lições de Lenio Luiz Streck, à decadência de dois grandes dogmas liberais na realidade político-constitucional contemporâneas, o da soberania do parlamento e o da separação dos poderes, pois:

[...] a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. *A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.* A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. (STRECK, 2002, p. 100-101)

Pode-se, assim, afirmar que, na verdade, a discussão a ser travada se refere menos à própria questão da existência ou não da legitimidade do poder Judiciário, como ocorre até hoje nos Estados Unidos, e mais a extensão desta atuação judicial, como assim propala Renato Stanzola Vieira, quando,

confrontando a legitimidade da jurisdição constitucional nos sistemas constitucionais norte-americano e brasileiro, afirma que:

Neste particular comparativo, parece que a discussão, no Brasil, deveria ser tratada de modo inauguralmente diferenciado, pois não é necessário se discutir a raiz da Jurisdição Constitucional brasileira a partir de sua legitimidade ou ilegitimidade democrática, como se faz até hoje, nos Estados Unidos da América. Pela simples razão de que, aqui, sempre se tratou de previsão expressa constitucional, como se viu, mesmo nos tempos ditatoriais que se sucederam a períodos de democracia efetiva e respeito aos direitos dos cidadãos. (VIEIRA, 2008, p. 271)

Neste ponto, na procura pela virtude da atuação judicial constitucional, não se deve deixar nunca de lado a noção de que o poder Judiciário, ainda que tenha, no Estado democrático de direito, alçada posição igualitária com os demais poderes, exerce um papel secundário na condução do regime democrático, sendo providenciais as advertências de Sergio Fernando Moro, a saber:

Os juízes constitucionais precisam compreender o seu papel secundário no regime democrático. Por sua maior responsabilidade democrática, os principais encarregados da formulação das políticas públicas são o Legislativo e o Executivo, não devendo o Judiciário pretender substituí-los nessa função. Nem toda controvérsia política pode, por outro lado, ser resolvida como questão jurídica, sendo limitadas as respostas que podem ser fornecidas pela argumentação jurídica. O “fundamentalismo jurídico” não é compatível com a sociedade pluralista. (MORO, 2004, p. 155)

Resta assim se buscar estabelecer o equilíbrio na balança dos “poderes”, considerando a legitimação democrática proveniente do papel contramajoritário do Judiciário, numa construção que estabeleça uma forma de atuar juridicamente em respeito às diversidades sociais comuns à era contemporânea⁵².

⁵² Neste entendimento, proveitosa a declaração de Gustavo Binenbojm (2004, p. 246) de que “a jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”.

É da análise dos limites e da forma de atuação da jurisdição constitucional no controle de políticas públicas que se preocupará o próximo item do trabalho, buscando fornecer uma visão da jurisdição constitucional na evolução dos próprios paradigmas constitucionais, diretamente vinculados à noção de garantias dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS FORMAL, SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL

Neste momento, ganha importância a análise do desenvolvimento da atividade judicial nos paradigmas do constitucionalismo moderno. É preciso entender que a atividade judicial, assim como o próprio constitucionalismo e os direitos fundamentais, nem sempre foi concebida da mesma maneira, tendo evoluído juntamente com o próprio progresso do direito.

Imprescindível ainda a constatação de que a análise dos paradigmas jurídicos reduz a complexidade, do ponto de vista metodológico, das apreciações histórica e teórica do direito (OLIVEIRA, 2003, p. 117), devendo-se dar crédito a Thomas Kuhn (1994, p. 218-232) pela introdução do conceito de paradigmas, que para ele seriam as verificações científicas totalmente perfilhadas que, por certo tempo, abastecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência, significando o instrumento de captação das mudanças científicas e seus fenômenos.⁵³

Pode-se, apesar de algumas críticas, buscar distinguir os paradigmas constitucionais (CARVALHO NETTO, 2000, p. 476) em dois grandes grupos: o pré-moderno e o da modernidade. Dentro do grupo do paradigma da modernidade, é possível ainda distinguir outros três subgrupos que podem assim ser nomeados: o do Estado de direito, também chamado de liberal, o do Estado do bem-estar social, também conhecido como social e o do Estado democrático de direito, que pode ser denominado de democrático.

De imediato, muito embora houvesse, desde o início, previsão expressa de participação da atividade judicial nas divisões das funções do Estado moderno, é possível afirmar que o começo dessa atividade no constitucionalismo moderno se deu de uma forma vinculada a um sistema constitucional que

⁵³Sobre o duplo aspecto apresentado pela noção de paradigma de Thomas Kuhn, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

privilegiava a figura do legislador, sendo reconhecido neste o poder de prever abstratamente todas as situações solucionáveis pelo direito.

Entender este desenvolvimento do papel do poder Judiciário no constitucionalismo moderno é buscar as raízes deste próprio poder, de forma a identificar, no paradigma atual, os limites intrínsecos da sua atuação na tutela dos direitos fundamentais, principalmente na temática do controle dos atos dos demais poderes.

Qualquer abordagem jurídica que desconsidere a evolução histórica e paradigmática da atuação judicial na afirmação dos direitos fundamentais está fadada a se revelar um mero estudo estéril recheado de “achismos”, repleto de pré-concepções próprias de um sistema de reprodução iludido, sem um mínimo de rigor científico capaz de oferecer um substancial conteúdo crítico, fomentador de uma reflexão jus-filosófica mais ampla.

Pretende, assim, o presente capítulo fazer uma retrospectiva da atuação judicial nos paradigmas constitucionais modernos, no intuito de se clarear como o poder Judiciário, no paradigma atual, pode exercer suas funções constitucionais de controle dos demais poderes na busca de afirmação dos direitos fundamentais.

Para tanto, o estudo se propõe a fazer uma análise de três perspectivas constitucionais: a formalista, a substancialista e a procedimentalista⁵⁴. Estas perspectivas, certamente, encontram embasamento em três paradigmas constitucionais: o liberal, o social e o democrático.

Durante o desenvolvimento do capítulo, poderá ser constatada uma busca pela apresentação de uma ligação entre essas perspectivas de atuação judicial e os paradigmas constitucionais, por se entender que a forma com que o poder

⁵⁴ Importante esclarecer que a primeira proposição no Brasil de uma divisão teórica entre o procedimentalismo e o substancialismo foi feita em WERNECK VIANA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beumman. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Judiciário desenvolve suas atividades encontra bastante identificação com o referencial constitucional vigente em certo período histórico.

O que não se pode perder no horizonte é que, de uma forma ou de outra, a razão de ser do próprio Estado e de todo o constitucionalismo moderno é a afirmação dos direitos fundamentais, sendo que a atividade judicial guarda direta relação com a proteção destes direitos, seja numa relação vertical, bastante identificada com o momento inicial do constitucionalismo, ou seja numa relação horizontal, mais desenvolvida nos momentos atuais.

Assim, não há como desconsiderar a importância do estudo que se pretende aqui desenvolver, sendo essencial para o decorrer de todo o restante do presente trabalho, principalmente no tocante à matéria de controle entre os poderes, o que se passa agora a fazer.

3.1 POR UMA CARACTERIZAÇÃO DA FASE FORMALISTA

A história da humanidade é rica em relatos importantes de épocas cruciais para a evolução da sociedade. Um destes marcos foi o do rompimento do *Anciën Regime* para a formação do novo sistema de organização social: o Estado moderno.

Sabe-se que, para a formação desse novo sistema, muitas alianças foram feitas, sendo imprescindível a participação das monarquias, inicialmente portuguesas e espanholas, no sucesso de implantação dos novos Estados nacionais.

Ocorre que, com o decorrer dos tempos, a liderança absolutista dos monarcas, apoiada pelos nobres, começou a se chocar com os interesses de uma nova classe social que se formava, qual seja, a burguesia. Esta classe ganhava, vertiginosamente, força econômica, decorrente de suas atividades laborais, e apelo social aos seus pleitos, por possuir maior penetração nas camadas sociais mais populares, não coincidindo, no entanto, os seus reais interesses com os dos desvalidos.

Esta tensão gerada pelo confronto de interesses destes grupos sociais terminou por fomentar algumas revoluções no mundo, das quais a Revolução Francesa⁵⁵ (1789) é o maior exemplo. Estas revoluções suscitaram a modificação do sistema de organização social, deixando-se para trás o Estado absolutista, com o advento do denominado Estado liberal, ou de direito⁵⁶, que acompanhou a ascendência do constitucionalismo moderno⁵⁷, que Canotilho define como:

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma *teoria normativa política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até o século XVIII. (CANOTILHO, 2003, p. 51-52)

Pode-se afirmar que o Estado liberal nasce com uma forte desconfiança dos governantes e dos juízes, por razões históricas e políticas, vez que os seus

⁵⁵ André Ramos Tavares (2005, p. 29) afirma que: “Com a Revolução Francesa teve início toda uma era, o chamado “período legislativo ou “primeiro positivismo”.

⁵⁶ Afirma Paulo Bonavides (2004, p. 41) que “esse primeiro *Estado de Direito*, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.

⁵⁷ Pode-se afirmar que as bases do constitucionalismo moderno começaram a ser alicerçadas ainda no século XVI, sendo os primeiros documentos formais escritos no século XVII, podendo ser citados a *Petition of Rights*, em 1629, e o *Bill of Rights*, em 1688. De se reconhecer também a importância da Constituição de Virgínia, 1776, e da *Magna Carta Libertatum*, de 1215. No entanto, o reconhecimento do movimento constitucionalista se deu com a promulgação da Constituição norte-americana, de 1787, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e com a promulgação da Constituição francesa, de 1791. Sobre o tema, ver COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 43-53; JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-6.

ocupantes possuíam estreita ligação com o sistema de governo anterior, o que fez com que o Estado se organizasse em função do poder Legislativo⁵⁸.

Buscando romper com o casuísmo e com os abusos do sistema anterior, criou-se uma crença de que somente um “governo de leis” seria capaz de garantir certos direitos aos componentes de uma sociedade, gerando assim um fortalecimento das atividades desempenhadas pelo poder Legislativo, onde as leis deveriam ser criadas pelos representantes do povo.

Não se pode desconsiderar também que tal crença possuía um sentido de auto-proteção da camada social que assumiu o poder nos Estados nacionais, agora liberais, que não podiam deixar que as antigas forças armassem um contra-golpe capaz de erigi-las novamente ao poder.

A criação do Estado liberal visou proteger justamente uma atuação do Estado que garantisse as liberdades básicas dos cidadãos, de forma a tutelar somente aquilo que fosse necessário para manter uma harmonia social, que, neste primeiro momento, estava ligada a idéia oposta ao intervencionismo absolutista anterior (CARVALHO NETTO, 2000, p. 478).

O que a classe social dominante burguesa pretendia neste momento era que o Estado atrapalhasse o mínimo possível o desenvolvimento de suas atividades econômicas, sendo este chamado somente para garantir as liberdades clássicas, o que revelava um intenso apelo individualista, fortemente influenciado pela doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que pode ser identificada nos pensamentos de Locke⁵⁹ e Kant.

⁵⁸ Esta afirmação se enquadra perfeitamente na história constitucional francesa, que não adotou o modelo do “*cheks and balances*”, sendo reservada ao poder Judiciário uma participação muito tímida na vida política do Estado. Imperioso destacar que outros modelos, principalmente o americano, fundamentaram-se numa lógica absolutamente antagônica, pois a construção do sistema privilegiava a ação do Judiciário na organização política do Estado, através do modelo do “*checks and balances*”. Sobre o tema, ver JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4-6. ASENSIO, Rafael Jiménez. *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos Del Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 13-14.

⁵⁹ Convém lembrar que as idéias de Locke tinham uma acentuada conotação de proteção aos direitos individuais, ao ponto de sua teoria ser conhecida como “individualismo possessivo”.

Este momento do constitucionalismo moderno é costumeiramente identificado como o do Estado de direito liberal, relacionado aos direitos fundamentais ditos de 1ª geração, segundo um critério histórico, ou 1ª dimensão, numa perspectiva a-histórica⁶⁰, em que as constituições eram limitadas a figura de uma carta de organização política e restritivas de poder.

Essa primeira dimensão de direitos é composta pelos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos subjetivos da pessoa humana. São facilmente identificados com os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2007, p. 56).

Estes direitos de primeira dimensão são também chamados direitos de resistência ou de oposição face ao Estado (BONAVIDES, 2007, p. 562-564)⁶¹, uma vez que dirigidos a uma abstenção, entrando na categoria de *status negativus* da classificação do constitucionalista alemão Georg Jellinek⁶².

Neste modelo do constitucionalismo moderno, o liberal, é salutar observar que a Constituição não possuía a força normativa atual, sendo-lhe reservado um espaço de coadjuvante na condução dos projetos políticos e jurídicos daquele

⁶⁰ Sobre o assunto, ver: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Não são desconhecidas as críticas ao uso do vocábulo “gerações”, sendo que, por este motivo, passaremos a adotar o vocábulo dimensões. Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 54 e ss. e GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 57. Há ainda as críticas às dimensões que podem ser analisadas em TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 460-461.

⁶¹ Importante esclarecer que o sentido empregado por Bonavides quando denominou os direitos de primeira dimensão de direitos de resistência em nada se equivale ao pensamento de Locke sobre os chamados direitos de resistência, justificados pelo abuso do poder por parte das autoridades, que permitia aos homens o descumprimento do dever contratual fundado, estabelecendo-se um estado de guerra entre o povo e as suas autoridades, com a substituição dos governantes, naquilo que ficou conhecido como resistência ativa (LOCKE, 2006, § 222). A resistência de Bonavides é construída dentro do próprio Estado, permitindo que os seus cidadãos provoquem o Estado-juiz para tutelar os seus direitos violados pelo Estado-Administrador ou pelo Estado-Legislador. Robert Alexy (2008, p. 433) nos ensina que “direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo”.

⁶² Sobre a crítica à teoria dos status de Jellinek, ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254-275.

momento histórico, vez que dependia de normas infraconstitucionais para maior concretização (CAPPELLETTI, 1999, p. 65)⁶³.

Diante da força contundente das idéias liberais, o centro do sistema jurídico era reservado aos códigos de direito privado, e não às Constituições, sendo o Código Napoleônico um bom exemplo do primado da lei que reinou durante este período histórico⁶⁴.

Este modelo de Estado representava, nos dizeres de Habermas (2003a, p. 305), o clássico esquema de divisão de poderes, numa ligação estrita da justiça e da administração à lei, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista.

Um ponto que merece especial destaque é o que se refere à margem de aplicação do direito pelos magistrados durante este paradigma liberal. É que neste momento não se cogitava a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de uma lei, vez que não havia mecanismos jurídicos para tanto, sendo incabível pensar num controle das atividades do poder Legislativo pelos demais poderes, até mesmo pelo fato de que a lei ocupava um local de maior destaque do que a própria Constituição.⁶⁵

Sob o império da lei, que privilegiava a atuação legislativa, pode-se afirmar que a liberdade concedida ao magistrado para a aplicação do direito, que se resumia na lei, era mínima, ou quase nula. Não é a toa que Montesquieu definiu o julgador como uma mera *bouche de la loi* (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-170).

⁶³ Neste sentido, ver ASENSIO, Rafael Jiménez. *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos Del Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 13-14 e 69-71.

⁶⁴ Verdade que nenhuma constituição francesa até então havia sido eficaz, o que reforçava o uso dos códigos de direito privado. Era a época do constitucionalismo do discurso puro, onde os documentos eram essencialmente retóricos.

⁶⁵ Pontua-se que tal afirmação não se aplica ao modelo constitucional norte-americano que, desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em pleno liberalismo, passou a fazer controle de constitucionalidade, podendo esta consideração ser muito mais bem aplicada ao sistema francês.

Havia, assim, uma desconfiança nas intenções dos juízes, que possuíam fortes vínculos com a nobreza e com os reis, sendo que se acreditava que a entrega das resoluções dos conflitos à opinião do juiz seria uma afronta à segurança jurídica que se queria à época (MONTESQUIEU, 2000, p. 170)⁶⁶.

Por outro lado, também se acreditava seriamente no poder de antevisão dos legisladores, que seriam capazes de enxergar antecipadamente todos os problemas que poderiam surgir na sociedade, promovendo as soluções através das leis promulgadas no Legislativo, às quais o juiz deveria estar totalmente vinculado, só se aceitando certa liberdade quando a lei expressamente lhe concedesse.

Neste contexto, o direito era claramente enxergado como um sistema normativo de regras abstratas e gerais, que eram consideradas válidas e aplicadas indistintamente para todos os pertencentes da comunidade emissora das normas de direito.

Daí que, costumeiramente, identifica-se neste período uma atividade judicial de aplicação do direito que se denomina como formalismo⁶⁷, em que toda a ação do magistrado estaria submetida a uma ordem previamente definida, bastando tão somente promover a subsunção do fato à norma pré-existente, tendo Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 479) afirmado que:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo

⁶⁶ Também esta colocação se aplica melhor ao modelo francês e a escola da exegese, sendo que no sistema constitucional norte-americano, ao contrário, havia uma profunda confiança nos magistrados, que historicamente auxiliaram este povo a controlar os excessos dos colonizadores ingleses.

⁶⁷ Sobre o formalismo jurídico, Bobbio considera que esta concepção da interpretação jurídica dá absoluta prevalência às normas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 144-146). Ver ainda KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 47-52.

a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera "*bouche de la loi*".

Segundo Cappelletti, as escolas de pensamento que defendiam o formalismo acreditavam na ilusão da idéia de que a posição do juiz é a de mera declaração do direito, numa atividade não criativa, que impunha uma lógica dedutiva, protegida de uma valoração pessoal (CAPPELLETTI, 1999, p. 32).

Analisando a "revolta contra o formalismo", o próprio Cappelletti (1999, p. 32) identificou o formalismo como um movimento de lógica, pois:

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo judicial, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha.

Assim, neste momento histórico, o modelo existente enxergava uma atuação judicial bem restrita, vinculada a idéia de soluções absolutas e abstratas proferidas pelas leis, cabendo ao juiz, em sua atividade de aplicação do direito ao caso concreto, o emprego de uma lógica cartesiana, incólume às suas crenças pessoais ou aos valores sociais, no sentido de encontrar a lei correta para o caso apresentado, numa intenção clara de manter o juiz não somente imparcial, mas também neutro (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

Se a atividade judicial de aplicação do direito era quase totalmente vinculada, pode-se afirmar também que a idéia de um controle exercido pelo poder Judiciário das leis enunciadas pelo poder Legislativo era algo absolutamente inaceitável, por ser contra toda a lógica predominante. Não havia também qualquer tipo de controle judicial exercido pelas políticas desenvolvidas pelo demais poderes, pois, neste momento histórico, o Estado não se ocupava em formular muitas políticas públicas, que surgiriam densamente no paradigma constitucional constituído a seguir, o do Estado do Bem-Estar Social.

Por fim, se um juiz formalista julgasse o caso Ponta Porã, certamente, diante das considerações já feitas, a resolução dada ao caso pelo mesmo seria pela impossibilidade jurídica do pedido. Para ele, por não existir uma lei que lhe

concedesse expressamente autorização para determinar a transferência de presos, o impedimento de recolhimento de novos presos e a realização de obras de reforma na unidade prisional, os pedidos formulados pelo Ministério Público seriam impossíveis. Argumentaria que tais atividades seriam exclusivas do poder Executivo, não podendo se intrometer nestas questões, sob pena de violar o princípio da separação de poderes. Agora, no que consistiria o juiz substancialista e qual seria a sua decisão para o caso Ponta Porã? É o que veremos a seguir.

3.2 A PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA DO ESTADO SOCIAL

Por mais que a formação do Estado liberal tivesse sido uma enorme e fantástica conquista da sociedade moderna, o que se verificou na prática foi uma extrema exploração humana feita pelo próprio homem, que resultou numa acumulação de riquezas jamais vista na história da humanidade e em revoluções industriais⁶⁸.

Este momento histórico de ruptura com o modelo de Estado anterior se insurgiu contra aqueles ideais fundantes do modelo liberal, que colocou o homem totalmente desprotegido diante das armadilhas do sistema de produção, o qual vislumbrava somente o aumento vertiginoso e socialmente descomprometido do capital.

A opressão imposta na ordem liberal fez surgir novas idéias comprometidas com uma igualdade que se materializasse no mundo fático, e não somente perante a lei, e com direitos que garantissem melhores condições de vida para as camadas exploradas da sociedade, que não se limitassem a uma proteção da propriedade burguesa.

⁶⁸ Ensina Paulo Bonavides (2004, p. 59), criticando o liberalismo, que “aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”.

O sentimento que vigia à época por grande parte da população era de total desilusão com a forma de condução do Estado pelos governantes, uma vez que as camadas excluídas e exploradas não conseguiam desfrutar de reais benefícios propagados com o advento do Estado liberal moderno. Não havia, assim, vantagens concretas com a substituição dos controladores e dirigentes do sistema de organização social.

Os pensamentos socialistas⁶⁹, comunistas e anarquistas passam, então, a questionar todo o sistema então vigente, ganhando forte apoio dos movimentos de massa, que pleiteavam direitos para toda uma coletividade de trabalhadores, como o direito de greve e o direito de salário-mínimo, sendo incluídos também os direitos sociais à saúde, à educação e ao lazer.

Um dos principais efeitos de toda esta revolta social foi a transformação do Estado liberal num novo modelo de Estado⁷⁰, costumeiramente denominado de Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social, no qual, através, inicialmente, de leis mais socialmente comprometidas, pode-se verificar um giro de atuação do Estado, que terminou reconhecendo novos direitos fundamentais e conferindo novo significado a outros⁷¹. Neste sentido, Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 480) acentua que:

Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo **paradigma constitucional do Estado Social**. [...] Não se trata apenas de acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); [...] O Estado assume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de 2ª

⁶⁹ Paulo Bonavides (2004, p. 183) é taxativo: “Uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado social: a intervenção ideológica do socialismo”.

⁷⁰ Sobre esta passagem do Estado Mínimo Liberal para o Estado Intervencionista Social, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62-64. Neste sentido, André Ramos Tavares (2005, p. 44) afirma que: “A exacerbação legislativa teve um marco bastante claro para o Ocidente: o surgimento do que se convencionou denominar *Welfare State*, com sua correlata e incrível intervenção normativa na liberdade individual e na vida social. Do Estado passou-se a exigir uma atuação indefinida, em áreas anteriormente imunes à interferência estatal normativa ou material.”

⁷¹ Também Geovany Cardoso Javeaux (2008, p. 38) constata que, no Estado social: “O Estado passou então a ser o provedor das necessidades sociais, numa relação chamada de *input* (demanda social) X *output* (resposta) [...]”.

geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas.⁷²

Neste contexto surgem os chamados direitos de 2ª dimensão, que são aqueles que imputam ao Estado ações positivas, também conhecidos como direitos a prestação. Cingidos ao princípio da igualdade – sendo esse a razão de ser daqueles – os direitos de segunda dimensão são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais, limitados, entretanto, a uma visão individual do direito⁷³.

Segundo Lenio Streck (2002, p. 63), uma grande e importante característica do Estado Social é o desaparecimento do caráter assistencialista, típico de uma cultura de favor na prestação de serviços, com surgimento de um novo *status* de cidadania, onde estes serviços passam a ser vistos como *direitos*.

Formalmente, dois marcos constitucionais são normalmente identificados como importantes documentos jurídicos que representaram o início do novo paradigma: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Diante da criação destes novos direitos, o Estado, conseqüentemente, adaptou a sua forma de atuar, focando as suas atenções não somente para a edição de leis, mas fortemente para a concretização das políticas públicas, que demandavam ações positivas de execução dos direitos fundamentais sociais.

A conjuntura formada, então, favoreceu a uma maior evidência do poder Executivo diante de uma contenção da importância do poder Legislativo, num

⁷² Também neste sentido, Habermas (2003, p. 120) afirma que: “Certamente o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado social. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são reinterpretados de maneira diferente quando os paradigmas mudam”.

⁷³ Leciona Robert Alexy (2008, p. 499) que: “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.

processo de equilíbrio de forças entre estes dois poderes, que passaram a unir esforços no sentido de garantirem a materialização dos direitos fundamentais sociais consagrados nas cartas magnas constitucionais. Verifica-se que, com esta acentuação da importância do poder Executivo, normalmente, identifica-se este período como o da hegemonia do poder Executivo⁷⁴, que adquiriu enorme discricionariedade no desenvolvimento de suas atividades⁷⁵.

Toda esta evolução conquistada no plano de criação e execução das leis também encontra novo fôlego no âmbito do ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à atuação judicial na aplicação das normas jurídicas, tendo Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 480) chamado a atenção para o fato de que no Estado Social:

[...] o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade. O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob o qual se subsume o fato. A hermenêutica reclama métodos mais sofisticados como as análises teológicas, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais.

A atividade judicial procura, assim, acompanhar as profundas mudanças realizadas no *modus* de agir do Estado, buscando auxiliá-lo para a maior implementação possível dos direitos fundamentais sociais, utilizando-se de mecanismos antes inimagináveis em sua atuação⁷⁶.

⁷⁴ Sobre o tema ver: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 227 – 228 e ESTEVES, João Luiz M. Esteves. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 15.

⁷⁵ Sobre o assunto, Oswaldo Luiz Palu (2004, p. 226-227), comentando a passagem do Estado liberal para o Estado social, afirma “com o advento do “Estado Social, a situação tornou-se contraditória, sendo que a lei tornou-se um mero instrumento de governo, expressão de uma maioria passageira e circunstancial; por outro lado, tudo passou a exigir-se do Governo (Executivo-Legislativo), ou seja, as demandas tornaram-se imensas e, como se sabe, não se governa sem um ato normativo prévio e abstrato (= lei ou ato com força de lei). Essa tendência fez um caminho fastidiosamente inverso daquele traçado pelos iluministas; novamente o Executivo detinha um incomensurável poder (...)”.

⁷⁶ Cappelletti (1999, p. 33), analisando a revolta contra o formalismo, também afirma: “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. [...]”

Cai por terra a noção de um sistema fechado de regras, em que as normas eram produzidas de forma abstrata e genérica, e se introduz, ainda que embrionariamente, a visão de um sistema jurídico aberto, com a possibilidade de utilização de outros instrumentos de aplicação do direito, dentre os quais se destacam os princípios, que, inicialmente, foram bastante chamados de princípios gerais do direito, que permitiram o retorno da relação entre o direito e a moral na Teoria do Direito (GOZZI, 2004, p. 402).

Se é certo que os princípios ainda não possuíam a mesma hierarquia normativa das regras, também não se pode negar a força da influência dos princípios no âmbito de aplicação das normas jurídicas, abastecendo o poder Judiciário com ferramentas capazes de lhe garantir novos vãos interpretativos, comprometidos com a concretização dos direitos fundamentais.

Este giro de atuação dos juízes caracteriza um momento em que o poder Judiciário vai estar fortemente comprometido com a materialização dos direitos fundamentais, exercendo a função de garantidor maior destes direitos, que a doutrina costumeiramente identifica como a *fase substancialista* do poder Judiciário⁷⁷.

O movimento judicial substancialista se levanta e se opõe àquela atuação judicial fortemente vinculada às normas jurídicas pré-existentes, em que o poder de interpretação e de discricionariedade do juiz era mínimo, ou quase nulo, como diria Montesquieu.

Para os substancialistas, o poder Judiciário deve atuar, então, como um protetor dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais da democracia, sendo um veículo de transformação social do país, no intuito de se

⁷⁷ De se esclarecer que a correlação feita neste trabalho entre o substancialismo e o Estado social não é unânime. Importantes autores, como Lenio Luiz Streck (2007, p. 37), entendem que o substancialismo é pura expressão do Estado democrático de direito, que representaria “a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”. Ocorre que, na perspectiva em que este estudo está sendo desenvolvido, entende-se que a hermenêutica jurídica defendida pelos substancialistas encontra-se bem mais próxima da atitude promocional do Estado social do que da função garantista do Estado democrático de direito.

consolidar a igualdade material entre a sociedade, sem prejuízo da liberdade⁷⁸. Centralizam a materialização dos direitos fundamentais na figura do juiz que seria capaz de, melhor que ninguém, interpretar e garantir os direitos pertencentes à sociedade⁷⁹.

Os adeptos desta corrente defendem que o controle realizado pelo poder Judiciário é importante para a (re)construção do sistema de valores democráticos, uma vez que se abre mais uma via de acesso às instâncias do poder, o que é profundamente importante para o pluralismo, de forma a garantir maior participação política de grupos excluídos na sociedade, fortalecendo-se a democracia por intermédio da atuação do poder Judiciário.

Ao contrário do que defendem seus críticos, entendem os substancialistas que esta medida é necessária para o próprio fortalecimento da democracia participativa, que não é violada com a intervenção do poder Judiciário nas atividades políticas do Estado, mas cria novo mecanismo de participação popular, principalmente daqueles alijados do processo político.

No cenário internacional⁸⁰, destacam-se os ensinamentos de Mauro Cappelletti quando da análise da atuação dos juízes como legisladores. Buscando entender e apresentar as causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial, Cappelletti se propõe a verificar se “o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito” (1999, p. 13).

⁷⁸ "Das múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça" (WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 22.).

⁷⁹ Analisando a questão, CITTADINO (2003, p. 18) já fala em um “Direito Judicial” frente ao “Direito Legal”, diante da produção interpretativo-construtivista por parte dos tribunais.

⁸⁰ No Brasil, diversos autores se filiam a este pensamento, dentre eles Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fabio Comparato, Alexandre Morais da Rosa, Lenio Luiz Streck, Américo Bedê Freire Júnior e Jean Carlos Dias.

Em seus estudos, Cappelletti vai demonstrar toda a insatisfação existente contra o formalismo da atuação judicial típica do período liberal, afirmando que “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *“checks and balances”*, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno” (1999, p. 19), o que só pressupõe certo grau de criatividade na interpretação judiciária (1999, p. 20), que não deve ser confundido necessariamente com arbitrariedade (1999, p. 23-24).

Com a superação do Estado liberal e o surgimento do Estado social, Cappelletti (1999, p. 46-47) afirma que o “terceiro poder” assume novas responsabilidades, dentre as quais se destaca o “controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados”. Por este motivo, o poder Judiciário deve se elevar ao nível dos outros poderes, tornando-se o “*terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”⁸¹.

Para Cappelletti (1999, p. 27), as diferenças entre as criatividades do legislador e do juiz seriam restritas quantitativamente, mas não qualitativamente, pois “do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. *Ambos constituem processos de criação do direito*”.

Nesta sua visão substancialista, Cappelletti (1999, p. 79) vai concluir que a única diferença existente entre o legislador e o juiz na criação do direito possui natureza *formal* ou *procedimental-estrutural*, que se refere ao fato de que o legislador exerce uma função ativa na produção do direito enquanto que o juiz deve se guardar numa posição passiva, devendo ser acionado para tanto, o que demonstraria certa limitação de quantidade de produção do direito e não de qualidade da produção.

⁸¹ Cappelletti (1999, p. 50) não desconhece os riscos de perversão e abuso, dentre os quais enumera a ausência de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, o perigo da inefetividade e o problema da legitimidade democrática, o que não comprometeria, entretanto, a sua atividade criativa e discricionária.

Assim, Cappelletti entende que o poder Judiciário seria capaz e legitimado a produzir direitos que garantissem e protegessem os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios democráticos, o que não exigiria uma prévia criação de normas legais pelo poder Judiciário, que seria mais uma fonte de produção do direito, e não somente a única.

O juiz, no desenvolvimento de suas atividades, possuiria discricionariedade bastante para dizer o direito, ainda que não houvesse uma produção democrática de normas legais, ou mesmo quando fosse necessário se opor às mesmas. Em sua visão ninguém seria melhor do que o magistrado para proteger os direitos fundamentais e garantir o acesso plural da sociedade excluída ao sistema de valores democráticos, ficando a democracia fortalecida pela atuação do poder Judiciário.

Ainda que Cappelletti seja um importante marco deste movimento hermenêutico judicial, não há como deixar de reconhecer a importância da Teoria do Direito de Ronald Dworkin, que se revelou ser um dos mais importantes filósofos do direito contemporâneo, sendo a sua teoria um divisor de águas para a interpretação constitucional mundial, podendo ser considerado um substancialista moderado.

A biografia de Ronald Dworkin⁸² começa a ser construída com a publicação, em 1977, de sua famosa obra "*Taking Rights Seriously*", fruto de um compêndio de artigos previamente escritos, que se tornou um importante marco na reinserção de padrões morais no campo da normatividade, especialmente em relação aos valores da justiça e da equidade.

Opondo-se incisivamente à teoria dominante que vigia à época, claramente identificada por Dworkin em duas partes, que seriam a do positivismo jurídico e a do utilitarismo, o pensador estadunidense desenvolve uma teoria liberal do direito na qual os direitos individuais são tidos como trunfos políticos (2007a, p.

⁸² Para J.W. Harris (1997, p. 188-190) o pensamento de Ronald Dworkin pode ser dividido em três fases: a primeira, que seria a sua crítica ao pensamento positivista de Hart; a segunda, que tratou da criação do juiz Hércules para a solução dos *hard cases*; e a terceira, que seria a concepção do direito como integridade.

XV), que garantem aos indivíduos direitos previamente estabelecidos contra o Estado, que deve respeitá-los quando da elaboração de suas metas coletivas.

Ao buscar destronar a teoria até então dominante, Dworkin (2007a, p. 35) lança um ataque geral contra o positivismo de Hart, afirmando que o mesmo só consegue oferecer justificção plausível para o modelo de regras, não alcançando um sistema mais complexo de direito que ele passa a expor.

Analisando o caso *Riggs vs. Palmer* (1889), que tratava de uma decisão que o tribunal de Nova Iorque teve que proferir no caso de um herdeiro que matou o seu avô com o propósito evidente de receber a herança para a qual havia sido nomeado, e o caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* (1969), que tratava da questão enfrentada pelo tribunal de Nova Jérsei de saber se (ou até que ponto) um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso do automóvel defeituoso, Dworkin constatou que as decisões proferidas se utilizaram de padrões normativos diferentes das regras jurídicas, que são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (2007a, p. 38-39).

Ao estabelecer as diferenças entre as regras e os princípios, Dworkin promove uma revolução na interpretação jurídica de via dupla, pois ao mesmo tempo em que expandia a possibilidade de se buscar dar ao caso a solução mais justa e equânime, ampliando a aplicação do direito, também restringia o giro decisionista discricionário pregado pelo positivismo, uma vez que o intérprete deveria buscar a solução dentro do sistema normativo vigente do direito, principalmente através dos princípios (2007a, p. 50-63)⁸³.

Estabelecidas as diferenças entre as regras e os princípios, Dworkin começa a avaliar os *hard cases* afirmando que, mesmo quando nenhuma regra disciplina um caso, uma das partes pode, mesmo assim, ter o direito de ganhar a causa (2007a, p. 127), passando a estabelecer as diferenças entre princípios e políticas, que terminam por levar a Dworkin a afirmar que os argumentos de

⁸³ Para Wayne Morrison (2006, p. 496), “o projeto de Dworkin é em parte defensivo – uma tentativa de revitalizar a legalidade liberal em face dos desafios que se abateram sobre as sociedades ocidentais a partir da década de 1970 – e em parte inspirador – uma tentativa de oferecer uma “moralidade de aspiração”.

política se referem à comunidade como um todo, ao passo que os argumentos de princípio servem para garantir direitos do indivíduo ou de um grupo (2007a, p. 129), sendo que os princípios são proposições que estabelecem direitos e as políticas, proposições que descrevem objetivos (2007a, p. 141).

Examinando, então, o caso *Spartan Steel*, que tratava de uma indenização pleiteada por uma fábrica, que teve que ficar fechada enquanto estava sendo consertado um cabo de energia elétrica, em desfavor de uma empresa onde trabalhavam os funcionários que romperam o cabo, o autor norte-americano manifestou defesa à tese de que as decisões judiciais nos casos civis são e devem ser, caracteristicamente, geradas por princípios e não por políticas (2007a, p. 132).

Para a análise desses *hard cases*, Dworkin cria a figura de um jurista de características sobre-humanas, devidamente contextualizado, que passará a ser seu companheiro por toda a sua biografia, sendo por ele chamado de juiz “Hércules” (2007a, p. 165).

“Hércules”, isto é, Dworkin⁸⁴ vai desenvolver uma teoria de direito que buscará encontrar a essência do direito através de um processo intelectual coerente, que se utilizará de princípios constitucionais para a análise de casos concretos, onde os direitos devem ser institucionais, e não preferenciais, e jurídicos (2007a, p. 158).

Em sua construção filosófica, Dworkin prioriza os direitos fundamentais em detrimento da soberania popular⁸⁵, buscando proteger esta categoria de direitos contra violações advindas de processos majoritários de deliberação. Para ele, portanto, a soberania popular é limitada pelos direitos fundamentais,

⁸⁴ Sobre uma análise crítica de Dworkin e de seu alterego imaginário (Hércules), vide JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253-265. Ver também MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 495-534.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 25-32.

vez que a lei, advinda de um processo legislativo majoritário, nem sempre é justa.

Neste processo de defesa e supremacia dos direitos fundamentais, em decorrência do pensamento dworkiano de inserção da moral no sistema jurídico através da noção integridade do direito⁸⁶, o juiz “Hércules” deve desempenhar um papel de suma importância na luta pela observância da própria Constituição. E isto principalmente nos casos por ele denominados de *hard cases*, onde não há regras disciplinando a questão, numa forma de se empregar a melhor solução possível através de um método racional, com utilização de critérios objetivos de justificação do direito, regido também por princípios, e não somente por regras. As decisões judiciais devem, desta forma, ser alicerçadas nos princípios, na busca da racionalidade e da coerência nas decisões judiciais e em nome da preservação dos direitos fundamentais.

Em Dworkin, os juízes são também protagonistas da transformação social, participando positivamente na democracia contemporânea, por ser um poder estratégico capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos⁸⁷.

Entende o autor estadunidense que a transferência de algumas decisões do poder Legislativo para o poder Judiciário pode ser mais benéfica para os setores excluídos do processo democrático, como os pobres e as minorias. Geralmente, os afortunados possuem maior influência sobre as decisões do Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento dos não tão prósperos, o que também se verifica com a maioria no Legislativo, que

⁸⁶ A idéia de integridade do direito de Dworkin entende o direito como um modo de aperfeiçoamento da comunidade política, através de um aprofundamento de seu fundamento moral e a reinterpretação construtiva de sua tradição jurídica. Refuta a noção do Direito como convenção porque considera que a ordem de direitos e responsabilidades decorre da própria convivência social e política, e não de um estabelecimento arbitrário. Recusa o raciocínio pragmático-utilitarista, porque distingue claramente o raciocínio jurídico do político, não subordinando questões de moral política a considerações teleológico contextuais. Nega, também, a dualidade entre descobrir um direito pré-existente (como no convencionalismo) e inventar um direito novo (como no pragmatismo), porque entende que a prática jurídica é mais bem compreendida quando se reconhece que as decisões judiciais fazem ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007b, p. 271-331)

⁸⁷ Sobre o assunto, rejeitando tanto a idéia do passivismo quanto a do ativismo judicial, ver DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b, p. 441-453.

termina funcionando mais severamente contra as minorias, numa maior probabilidade de violação dos direitos das minorias.

Entretanto, o professor norte-americano pontua que essa atuação do poder Judiciário na seara política requer uma prestação jurisdicional que não seja baseada em fundamentos de natureza política, mas em princípios⁸⁸, devendo as decisões judiciais ser proferidas com racionalidade em suas argumentações e com coerência na justificação do raciocínio jurídico, pautadas em argumentos baseados em princípios, e não em argumentos políticos.

Fica clara, a todo o instante, a preocupação do filósofo estadunidense de não contaminar as decisões jurídicas com argumentos de políticas, que, para Dworkin, tratariam de objetivos de toda a comunidade, e não de direitos, tutelando objetivos gerais da comunidade e não direitos individuais ou de um grupo, como o fazem os princípios.

Não caberia ao juiz, nesta visão, estabelecer qualquer tipo de meta coletiva, mas tão somente declarar o direito existente para o caso em análise, sendo que, para isto, deveria buscar preservar a integridade do sistema jurídico, decidindo com base em princípios e regras e não com base em políticas, mesmo que para isto tivesse que enfrentar argumentos político-econômicos (2007a, p. 151-158).

É o próprio autor quem apresenta certa limitação ao âmbito de aplicação da sua teoria, afirmando que tal teoria se aplica fortemente nos casos civis comuns, numa situação em que uma das partes possui o direito de obter uma decisão favorável. O mesmo não ocorreria, por exemplo, no caso de um processo criminal, onde o Estado não teria direito de condenar um culpado, sendo a aplicação de sua teoria assimetricamente válida (2007a, p. 157).

⁸⁸ Dworkin entende que "o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral". (DWORKIN, 2001, p. 101.)

Em sua obra posterior, *O império do direito*, Dworkin desenvolve melhor a idéia da sua teoria do direito como integridade, entronizando a prática argumentativa no discurso jurídico, num claro objetivo de compreender a divergência teórica sobre o direito.

Analisando como os juízes julgam os casos, tomando por base especialmente os julgamentos envolvendo os casos da segregação racial nas escolas norte-americanas, de 1954, da indenização por acidente de trabalho na Inglaterra, ocorrido no século XIX, e o da publicação na Inglaterra de relatos sigilosos por um oficial aposentado, no ano de 1975, Dworkin começa por afirmar que os processos judiciais suscitam questões de 03 (três) ordens: questões de fato, questões de direito e questões interligadas de moralidade política e fidelidade, sendo a questão de direito a mais complexa (2007b, p. 4 e 5).

Na medida em que Dworkin caminha para a formulação de sua teoria do direito, passa a enfrentar as multivisões existentes sobre o direito, em especial as que entendem o direito como simples questão de fato, as que o compreendem como mero convencionalismo, e as que o concebem como pragmatismo.

Para o autor estadunidense, o direito não poderia ser limitado a um olhar hermenêutico para o passado, na forma como entendem aqueles que o reduzem a uma simples questão de fato, que buscasse todas as respostas jurídicas no exame dos antigos arquivos das instituições, como se fosse uma jóia já totalmente lapidada, que não necessitasse ser mais bem cuidada durante os anos. As determinações institucionais abstratas não poderiam abranger todos os dilemas enfrentados pela sociedade, de forma que não haveria um sistema jurídico de regras perfeito ao ponto de prever soluções para todos os casos do cotidiano (2007b, p. 7).

Seria necessário conferir ao aplicador do direito uma possibilidade de se interpretar as regras postas através de comandos normativos mais abertos, os princípios, de forma a se aprimorar coerentemente o sistema jurídico vigente

numa certa sociedade. E utilizando os casos *Elmer*⁸⁹ e *McLoughlin*⁹⁰ (2007b, p. 20 a 38), entre outros, Dworkin vai demonstrar que o direito precisa ser discutido em sua essência e não na sua superfície, o que requer um aprofundamento sobre os sentidos da norma, através de uma interpretação construtiva (2007b, p. 62 a 64).

Para o estudioso norte-americano, o convencionalismo compõe uma interpretação abstrata da prática jurídica, na qual seus adeptos a entenderiam com uma mera questão de se respeitar e aplicar as convenções, considerando as suas conclusões e nada mais. Os convencionalistas entendem que a “força coletiva” somente deve ser acionada em desfavor de um particular quando previamente autorizada por uma decisão política expressa, o que levaria ao consenso entre advogados e juízes (2007b, p. 140).

Ao contrário daqueles que entendem o direito como mera questão de fato, os convencionalistas não acreditam na existência de um direito para todos os casos existentes. Porém, defendem que, na ausência de um direito estabelecido através de uma convenção, o indivíduo não teria nenhum direito a obter ganho de causa, devendo o juiz, nestes casos difíceis, agir de forma discricionária, utilizando padrões extra-jurídicos para confeccionar um novo direito, que seria aplicado de forma retroativa às partes envolvidas no caso.

⁸⁹ Elmer assassinou seu avô por envenenamento em Nova York, em 1882, no intuito de receber a maior parte da sua herança. No caso julgado, envolvendo a questão do recebimento ou não da herança, os juízes entenderam pela aplicação do princípio de que ninguém deve beneficiar-se de sua própria *torpeza*, sendo assim negado o recebimento da herança. Importante destacar que, embora a tradução em português utilize a expressão “erro” (2007, p. 25), é de se entender que o melhor termo para traduzir a palavra “*wrong*”, que consta no original em inglês (1996, p. 20), é torpeza, no sentido de transgressão.

⁹⁰ O caso *McLoughlin* trata de um acidente de carro ocorrido em 1973, envolvendo o marido e os quatro filhos da sra. *McLoughlin*, tendo esta senhora ingressado com uma ação por danos morais em desfavor de todas as pessoas envolvidas. Após ter uma decisão desfavorável no 1º grau de jurisdição, a sra. *McLoughlin* recorreu ao Tribunal de Apelação, que também indeferiu o seu pedido sob a fundamentação da previsibilidade do sofrimento e da saturação dos tribunais diante de um alargamento da responsabilidade por dano moral, o que poderia até acarretar o custo dos seguros de carro, inviabilizando o desfrute do direito de dirigir pelas camadas mais pobres. Diante desta nova decisão, a sra. *McLoughlin* apelou novamente agora para a Câmara dos Lordes, que deferiu o seu pedido, revogando a decisão do Tribunal de Apelação e determinando a realização de um novo processo, pois, segundo os seus componentes, as razões de política judiciária apresentadas pelo Tribunal não se prestariam para definir o pleito da sra. *McLoughlin*, pois o risco de saturação dos tribunais não devem ser levados em consideração para a definição do direito desta senhora.

Distinguindo o convencionalismo em estrito, que aceita a figura do poder discricionário do juiz, e em moderado, forma mais branda que aceita a interpretação das convenções jurídicas, Dworkin vai se opor somente ao convencionalismo estrito, diante da possibilidade de abandono da coerência com o passado (2007b, p. 159), afirmando que o convencionalismo moderado é uma forma muito abstrata e subdesenvolvida do direito como integridade (2007b, p. 157), sendo o marco distintivo entre o convencionalismo e o direito como integridade a aceitação da coerência histórica e da coerência de princípios como fonte de direitos, já que o convencionalismo não se submete à coerência de princípios (2007b, p.164).

Dworkin ainda critica o convencionalismo no fato de enxergar como questão de convenção qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente, vez que o consenso seria estabelecido pela convicção e não pela convenção, e no fato da segurança jurídica, por aceitar o poder discricionário dos juízes (2007b, p. 169).

A leitura dworkiana sobre o pragmatismo descortina uma realidade de insegurança social e jurídica, uma vez que, para o pragmatismo, as pessoas nunca têm direito prévio a nada, salvo a uma dita “melhor” decisão judicial desprovida de uma correlação com decisões políticas passadas (2007b, p. 185).

Utilizando a estratégia de agir pensando o direito “como se” (2007b, p. 188), o pragmatismo, para Dworkin, vai se revelar uma “concepção cética do direito”, por não aceitar a existência de genuínas pretensões juridicamente tuteladas (2007b, p. 195), demonstrando um olhar ávido pelo futuro, mas totalmente descomprometido com o passado.

Entendendo ainda que este não é o melhor argumento em desfavor do pragmatismo (2007b, p. 197), o autor estadunidense continua afirmando que o seu ponto fraco também não é a possibilidade de, no julgamento de casos difíceis, serem tomadas várias decisões diferentes (2007b, p. 198). A barreira

intransponível para a plena aceitação do pragmatismo seria então apresentada por Dworkin através da exigência da coerência.

Analisando o processo de formulação do direito, Dworkin sopesa o papel do criador do direito e do seu aplicador, visualizando que, quando o juiz pragmático exerce o papel do legislador, cria um novo direito, para o caso concreto. Este direito seria absolutamente descomprometido com toda e qualquer decisão política tomada no passado, negando a coerência de princípio, de forma a abandonar a tão almejada virtude da integridade, apelidada pelo autor como “Netuno” (2007b, p. 222).

Na visão do estudioso estadunidense, o princípio da integridade, exigível na legislação e no julgamento, demonstra a razão de se exigir a consideração de decisões juridicamente tuteladas, pois o direito deve ser visto e construído como um todo, numa cadeia de contínua interdependência. Ainda segundo o autor, “a integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos” (2007b, p. 266).

O entendimento dworkiano do direito como integridade é, nas palavras do próprio autor, “mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo”, justamente por se apresentar como programa de interpretação, ao contrário das concepções jusfilosóficas acima que se apresentam como interpretações (2007b, p. 272).

O direito como integridade se apresenta como uma concepção do direito que exige uma atividade interpretativa eterna e mutável, por estabelecer que os juízes continuem interpretando até mesmo o material já interpretado por eles próprios, sendo, portanto, ao mesmo tempo, produto e fonte de inspiração da interpretação jurídica (2007b, p. 273).

Para esta concepção do direito, a atividade interpretativa “começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”. A idéia é de coerência de princípios, de forma a se justificar o direito erigido (2007b, p. 274), numa construção interminável de uma

espécie de “romance em cadeia” (2007b, p. 275), onde cada “romancista” tem a incumbência de tentar criar o melhor “romance” possível, sob um olhar de autoria individual e não coletiva.

Para encarar esta complexa tarefa de aplicar o direito como integridade, Dworkin vai novamente invocar a figura imaginária do juiz Hércules (2007b, p. 289), que será o seu companheiro, dali por diante, na análise de casos específicos, na crítica às objeções de seu método, e na demonstração de como o direito como integridade se aplica no *common law*, nas leis e na Constituição.

Esta incursão da concepção Dworkiana do direito nos sistemas jurídicos vai ressaltar a idéia do princípio da igualdade e reconhecer a primazia da Constituição sobre as demais normas jurídicas, sendo que a sua interpretação deve ser justificada com aspectos filosóficos da teoria política, o que o faz focar nas questões de princípio (2007b, p. 454).

Dworkin rejeita, mais uma vez, a idéia de que a Constituição possa ser interpretada de maneira a seguir uma “concepção de igualdade utilitária, libertária ou de igualdade de recursos, ou qualquer outra concepção específica de igualdade, estabelecendo estratégias voltadas para o bem-estar geral” (2007b, p. 456), isto por entender que os direitos individuais devem ser considerados como trunfos para os cidadãos (2007b, p. 455).

Desta forma, na visão deste autor, ainda que exista previsibilidade constitucional de liberdade política, essa liberdade não pode ser tirânica, ao ponto de se limitar direitos em nome do interesse geral, de objetivos traçados por meio de políticas (2007b, p. 456). É necessário, assim, que a interpretação hercúlea seja complexa o suficiente para declarar não somente o direito substancial, mas também o seu “remédio” processual, pois “o objetivo da decisão judicial não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos (2007b, p. 465). Isto demonstra, claramente, a preocupação de Dworkin com a efetivação dos direitos coerentemente com os interesses daqueles que os reivindicam.

Analisando o caso Brown julgado pela Suprema Corte norte-americana, que tratava da segregação racial que acontecia nas escolas estadunidenses na década de 50 do século passado, Dworkin vai se preocupar com a efetivação da decisão judicial ao ponto de criticar o comando emitido pela Corte de que a dessegregação deveria prosseguir “a toda velocidade deliberada”, por entender que melhor teria sido a determinação de “uma programação mais precisa” (2007b, p. 466).

Para tanto, seria necessária a intervenção dos juízes nos “domínios convencionais das autoridades executivas eleitas”, pois, segundo o direito como integridade, a “intrusão judicial nas funções administrativas é apenas a consequência, em circunstâncias extremamente especiais e conturbadas, de uma visão perfeitamente tradicional do cargo de juiz”. É que, para Dworkin, “os juízes têm a obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer no interesse daqueles que os direitos deveriam proteger” (2007b, p. 467).

Entretanto, quando considerou o julgamento pela Suprema Corte do caso Bakke, que tratava de ação afirmativa praticada pela faculdade de medicina da Universidade da Califórnia em Davis, que criou um sistema dicotômico para avaliação de candidatos em cotas, ao abordar o argumento de que tal sistema poderia exacerbar a tensão racial, Dworkin conclui que este seria um “cálculo antecipatório e complexo da política” que deveria ser deixada sob julgamento e responsabilidade de *autoridades eleitas*, ou de seus executivos, pois “a Suprema Corte não deveria se responsabilizar por tal julgamento político” (2007b, p. 472).

Isto demonstra, nitidamente, que até mesmo o seu juiz Hércules deveria se curvar diante de certas deliberações políticas, pois, segundo o autor, Hércules não seria um passivista, totalmente subordinado às autoridades eleitas, mas, com certeza absoluta, também não seria um “ativista”. Assim, ele não se intrometeria num julgamento do legislador quando se convencesse de que se tratasse de questão “fundamentalmente política, e não de princípio”. Conclui Dworkin, refutando as críticas, afirmando que:

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-se de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato de governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. (2007b, p. 476)

Dworkin ainda chama atenção para o fato de que “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas” (2007b, p. 486), o demonstra a sua viva preocupação com a discricionariedade judicial, descomprometida com as decisões políticas do passado.

Termina sua obra declamando o seu amor ao direito, exigindo uma atitude interpretativa e auto-reflexiva de seus aplicadores, pois para ele:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (2007, p. 492)

Como vimos, Dworkin ressalta sobremaneira a importância dos princípios, erigindo-os à categoria de norma jurídica. Na construção da sua teoria como integridade, o autor vai exigir que o intérprete do direito aja sempre vinculado à coerência de princípios, numa busca incessante pela igualdade substancial.

Como afirmou Wayne Morrison (2006, p. 501), “Dworkin é um kantiano”⁹¹, devendo, no entanto, ser estabelecida uma diferença essencial: a de que Kant trata da exigência da coerência num plano abstrato e genérico, ao passo que Dworkin requer a coerência num nível de complexidade do caso concreto.

A visão substancialista de Dworkin sobre o direito é caracterizada na figura do juiz Hércules, que teria a enorme missão de conseguir enxergar concretamente

⁹¹ Habermas (2003, p. 252) também afirma que: “A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça, de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ação subjetivas”.

todas as complexidades que envolvem o julgamento de um caso, procurando obter sempre a melhor decisão possível para o caso, numa franca tentativa de proteger os direitos fundamentais contra as determinações políticas utilitaristas.

Dworkin pode ser considerado um substancialista moderado⁹², em transição para o procedimentalismo, por diversas razões, dentre as quais se destacam o fato de distinguir os princípios das regras e da política, recusando-se a aceitar um controle judicial permeado por argumentos de política, e o fato de considerar e se submeter, em casos de julgamentos exclusivamente políticos, às decisões políticas pré-estabelecidas por autoridades eleitas.

Isto não impede, entretanto, que a crítica ao modelo hercúleo continue, pois, na concepção dworkiana de direito, a decisão sobre o destino da comunidade continua sendo tomada por uma única cabeça, um único voto. O juiz seria o escolhido, o oráculo que desvendaria os problemas que afligissem a sociedade e seus cidadãos.

Mas, então, qual seria a decisão do juiz substancialista para o caso Ponta Porã? Pode-se começar afirmando que para este juiz, principalmente o substancialista radical, a função de materializar o significado valorativo e normativo do direito fundamental à segurança pública seria de sua absoluta incumbência, o que poderia ser realizado independente da vontade dos envolvidos no processo.

Assim, o deferimento imediato do pedido de antecipação de tutela seria uma possível realidade, vez que ele estaria convencido do significado do direito, cabendo somente analisar as provas produzidas para proferir sua decisão.

O fato marcante é que em suas decisões, ainda que os envolvidos apontassem a melhor solução para o problema, que no caso seria, por exemplo, a transferência de presos, o impedimento de novas internações acima da capacidade máxima e a reforma da unidade prisional, o juiz poderia decidir, por

⁹² O prof. Geovany Cardoso Jevieux, repelindo a nomeação de positivista ou de jusnaturalista, o considera um neopositivista (2008, p. 254).

si só, por outra, como, por exemplo, pela determinação da construção de um novo presídio. Por ser ele um produtor do direito como o legislador, ele seria o principal responsável por fornecer soluções compatíveis com as necessidades por ele identificadas, ainda que a comunidade atingida apontasse para outras soluções observadas num plano macro de gestão de políticas públicas.

Assim, a possibilidade de o provimento judicial não atender aos reais anseios da sociedade seriam grandes, pois seriam analisadas sob a ótica de uma única pessoa, limitada como qualquer outra, que não possui legitimidade para sozinho apresentar significado aos direitos fundamentais em qualquer situação.

Este pensamento reflete, assim, de certa forma, a visão dominante de seu tempo. A de que um ser-humano superior seria capaz de captar todas as necessidades da sociedade vigente e de decidir a melhor forma como a mesma deveria se conduzir dali em diante. É a crença na razão única, unidimensional. Algo que os novos tempos não vão mais tolerar.

3.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCEDIMENTALISMO

Não é nova a idéia de que, com a evolução dos paradigmas constitucionais, as concepções dos direitos existentes sofreram mutações importantíssimas para a sobrevivência do próprio sistema jurídico e para a permanência da coesão social (CARVALHO NETTO, 2001, p. 88).

A “identidade do sujeito constitucional” foi se ajustando às novas percepções sociais, de maneira tal que Michel Rosenfeld⁹³ conclui que o próprio constitucionalismo se torna hoje uma garantia contra o autoritarismo e um obstáculo às constituições positivas vigentes.

Como se sabe, freqüentemente os paradigmas dos Estados liberal e social são relacionados aos direitos da liberdade e da igualdade, direitos estes tão antigos como a própria formação do agrupamento social. Entretanto, com a evolução

⁹³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

dos paradigmas constitucionais e com a formação de novas concepções sociais, estes direitos sofreram profundas transformações em seus conteúdos.

Se no Estado liberal o direito à liberdade era entendido como o direito de se fazer exatamente tudo aquilo que a lei não proibisse, no Estado social tal direito era entendido numa perspectiva de materialização mínima, de forma a se conferir maior igualdade entre os afetados pela lei.

Também o princípio da igualdade sofreu mutações consideráveis, no sentido de deixar de ser concebido a apenas um pequeno grupo de homens livres, sendo visualizado numa perspectiva muito mais ampla, que ultrapassava as barreiras impostas pelos recursos econômicos, que justamente se pretendia diminuir.

Ocorre que, como o processo de evolução é contínuo, o sujeito constitucional passou a perceber que, embora lhe fosse garantida uma liberdade com igualdade social, a mesma não se realizava na medida da sua necessidade. A promessa do Estado social não se cumpria no seu dia-a-dia, razão pela qual o sistema passou a ser questionado ao ponto de ruir.

A crise do Estado social se deve a diversos fatores, como, por exemplo, a incapacidade de o Estado prover todas as necessidades que prometia suprir. Mas, dentre estes vários fatores, identificou-se que o principal deles seria a ausência da participação, de discussão dos beneficiados da norma (CARVALHO NETTO, 2001, p. 90).

A visão do Estado social de que, através de um sistema pré-estabelecido, com regras amplas e gerais, materializadas pelo poder Executivo, poder-se-ia atender plenamente as necessidades sociais, foi corrompida pela desconsideração dos favorecidos. Estes passaram a entender que o rumo de suas vidas deveria ser ditado por suas próprias decisões, e não por compreensões totalitárias e genéricas de um sistema paternalista.

Na medida em que a sociedade foi se tornando plural e complexa, o sujeito constitucional foi entendendo que suas reais necessidades somente seriam atendidas através de uma maior participação na vida política, o que demandava uma abertura no processo de tomada das decisões políticas.

A derrocada do Estado social faz surgir, a partir da década de 70, o Estado democrático de direito, denominado também como Estado constitucional democrático (ZANETI JR., 2007, p. 113), que tem como principal característica a formação contínua de um processo de participação popular.

Não é sem razão que Menelick Carvalho Netto (2000, p. 481) afirma que o paradigma do Estado democrático de direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto”.⁹⁴

Juntamente com o surgimento do Estado democrático de direito, os direitos fundamentais evoluíram em novas compreensões, surgindo, assim, a 3ª (terceira) e a 4ª (quarta) dimensões, normalmente identificadas com os direitos à solidariedade e à participação democrática respectivamente (SARLET, 2007, p. 58-61). Com isto, reafirma-se a idéia do pluralismo, sofisticando-se o direito de forma a atender não mais o indivíduo ou o grupo, mas a toda a coletividade que, indistintamente, seria detentora de direitos caríssimos à sua própria sobrevivência pacífica.

O giro hermenêutico pelo qual é acometido o aplicador do direito também é digno de ser observado, sendo irretocáveis as palavras de Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 482) quando afirma que:

[...] no paradigma do Estado Democrático de direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

⁹⁴ Também Lenio Luiz Streck (2008, p. 63) ensina que: “A produção democrática do direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista”.

Se no Estado social o juiz utilizava de discernimentos hermenêuticos teleológico, sistêmico e histórico, com utilização embrionária dos princípios “gerais” do direito, no Estado democrático de direito o juiz é convocado a analisar o sistema jurídico sob uma ótica construtiva, de forma a considerar todo o conjunto de elementos existentes para formar a melhor decisão para cada caso.

Há um rompimento claro com a idéia nascida no Estado social de que o direito nem sempre produziria a melhor justiça, vez que fechado a um sistema impositivo de regras, de maneira a entender todo o ordenamento jurídico como um grande sistema aberto de normas, capaz de conferir tanto a segurança jurídica almejada como a justiça idealizada, exterminando a falsa dicotomia entre Direito e Justiça. Neste sentido, Alexandre de Castro Coura afirma que, na concepção do Estado democrático de direito:

[...] no que se refere à nova postura do Judiciário, em que se busca a realização de justiça, **considerar o contexto e os fatos que integram a situação de aplicação normativa, nada mais correto.** Contudo, **a pretendida justiça igualmente depende de que tais decisões sejam tomadas de acordo com o sistema jurídico vigente**, concebido de forma mais aberta, e não apenas com um sistema fechado de regras. (COURA, 2008, p. 315)⁹⁵

No paradigma do Estado democrático de direito, a atuação judicial ganha, assim, requintes de sofisticação, passando a cobrar do juiz uma postura mais coerente na produção de suas decisões, na forma defendida pela teoria de Ronald Dworkin do direito como integridade.

Entretanto, não se anseia que a decisão popular seja novamente substituída por um poder de Estado. É justamente este o marco divisório do Estado social para o Estado democrático de direito: a participação ativa da sociedade na tomada das decisões políticas e jurídicas.

⁹⁵ Também neste sentido, Lenio Luiz Streck (2008, p. 62), traçando a relação da moral e do direito no paradigma do Estado democrático de direito, afirma que: “não devemos esquecer o grau de autonomia alcançado pelo direito (leia-se, pelas Constituições) no Estado Democrático de Direito, a ponto de podermos considerar ultrapassada a dicotomia direito-moral. Dizendo de outro modo, esse grau de autonomização do direito traz consigo a co-originariedade com a moral, que, na verdade, institucionaliza-se no direito”.

O Estado social do Estado, nos dizeres de Paulo Bonavides⁹⁶, não deve ser substituído pelo Estado democrático de direito do poder Judiciário. Neste novo paradigma, então, o Judiciário é convocado a ouvir mais os seus jurisdicionados para o proferimento da melhor decisão para o caso concreto, abandonando-se as máximas decisionistas, uma vez que os eventos vão ganhando cada vez mais complexidade.

Abandona-se a postura do Estado paternalista interventor⁹⁷, assumindo o Estado o papel de promovedor de justiça através de uma intensa participação da sociedade nos debates que envolvem decisões político-jurídicas, de forma que os destinatários dessas decisões passam a ser vistos também como participantes ativos do processo democrático, plenamente reconhecidos como autores da ordem jurídica por eles instituída (REPOLÊS, 2003, p, 101).

Assim, o que se busca é a cidadania plena que possibilitará uma democracia saudável. É a capacidade de auto-organização e gestão. Ocorre que, enquanto os substancialistas entendem que essa capacidade somente ocorrerá através de uma intervenção mais firme do Estado na autonomia privada, para os procedimentalistas apenas uma sociedade ativa garantirá uma democracia suficiente para atender as expectativas dos envolvidos, devendo, para tanto, ser resguardado o canal de comunicação social.

Pode-se afirmar que, na busca pela solução do problema da emancipação social, os substancialistas dão enfoque ao tratamento das conseqüências da letargia, reforçando, infelizmente e contraditoriamente, todo o processo de dependência, enquanto que os procedimentalistas se concentram nas causas do imobilismo social, buscando incentivar os envolvidos a participar do processo democrático⁹⁸.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed., 2ª tiragem - São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

⁹⁷ "Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo" (BONAVIDES, 2004, p. 203).

⁹⁸ Um bom diálogo sobre o tema envolvendo os substancialistas e os procedimentalistas pode ser encontrado no prefácio à 2ª edição de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª Ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 11-27, escrito por Lúcio Antônio Chamon Junior. Também é interessante observar que

A verdadeira autonomia privada e pública dos indivíduos não pode ser atingida através de uma atuação estatal de substituição das vontades dos afetados, concentrando as suas forças nas conseqüências do imobilismo social. É preciso, para tanto, que se centralizem as ações estatais nas causas deste imobilismo, de forma a possibilitar que os cidadãos participem efetivamente das decisões político-jurídicas de sua sociedade.

A continuar a se desenvolver um sistema estatal de providência das necessidades sociais do povo, cada indivíduo continuará cativo das suas próprias limitações, reproduzindo-se um sistema dominador de vontades. Por esta razão é que o Estado deve se esforçar para garantir as condições mínimas de participação de cada indivíduo no processo de deliberação democrático, observando o respeito efetivo aos procedimentos democráticos de participação social.

Por estas razões, o eixo procedimentalista acredita que a atuação ilimitada do poder Judiciário no controle de políticas públicas desrespeita o processo democrático, que elege os seus representantes para a formulação das atividades necessárias para a coletividade. Este não seria o meio adequado para a discussão dos conflitos político-sociais, em virtude, também, das sérias dificuldades que os tribunais possuem para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca desses conflitos⁹⁹.

O entendimento é de que a intervenção Judicial cria uma cultura paternalista que impede o pleno exercício da cidadania ativa num regime comunicativo democrático, de forma a cultivar o individualismo totalmente dependente do Estado, não sendo necessária a intervenção do Judiciário, mas antes a criação ou conquista de canais comunicativos que consagrem o poder democrático do povo.

este confronto de idéias ocorre de modo semelhante nos Estados Unidos, envolvendo os chamados originalistas e os ativistas. Sobre o assunto ver JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 75-79.

⁹⁹ WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 24.

Segundo a corrente procedimentalista, a análise fática de atuação do Judiciário marcado por uma compreensão substancialista da Constituição, demonstra que o Judiciário tem se transformado em escoadouro das demandas sociais reprimidas¹⁰⁰.

A Constituição deve, de acordo com essa perspectiva, apenas garantir a existência de meios e procedimentos para que os indivíduos criem o seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Assim, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação da vontade política, por não competir ao poder Judiciário dizer sobre o que decidir (conteúdo), mas apenas como decidir, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação política ativa, da forma que bem entenderem.

Dentre os chamados procedimentalistas¹⁰¹, é em Habermas que se pode encontrar suporte para a análise da legitimidade da atuação do poder Judiciário no paradigma do Estado democrático de direito. No desenvolvimento de sua teoria do discurso, Habermas analisa a legitimidade da jurisdição constitucional reconhecendo abertamente a relação de reciprocidade que envolve o direito e o poder político afirmando que “o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado” (HABERMAS, 2003a, p. 212).

¹⁰⁰ Abordando a questão, Ingeborg Maus afirmou que os juízes foram alçados ao *status* de profetas, terminando por adquirir uma postura paternalista em uma “sociedade orfã”. A tomada dessa postura foi possível pelo papel assumido pelo Judiciário de administrador da moral pública, com a utilização irrestrita de argumentos axiológicos, o que gerou uma imunização do Judiciário contra as críticas, motivo pelo qual levou a autora a questionar “se não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído” (MAUS, 2000, p.187).

¹⁰¹ No plano internacional ainda se pode citar, por exemplo, Antoine Garapon. Já no cenário nacional é possível elencar, dentre os seus defensores, Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

Entretanto, na teoria do discurso habermasiana, considerando esta relação entre o direito e o poder político, o princípio da soberania popular é (re)interpretado de forma a implicar o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, garantido através de uma justiça independente, os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração e o princípio da separação entre a sociedade e o Estado, que privilegia a formação comunicativa do poder como filtro entre o poder social e o poder administrativo (HABERMAS, 2003a, p. 212-213).

O poder político deve, então, ser subtraído do poder comunicativo dos cidadãos, que, em sua totalidade, são os agentes capazes de gerar convicções comuns. Para Habermas, a decisão fundamentada e obrigatória sobre políticas e leis deve ser extraída de um procedimento equilibrado que envolva a opinião popular e a vontade parlamentar, considerando o pluralismo político e a “formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos”, mesmo que nem todos os cidadãos possam participar dos debates. O princípio da soberania popular teria, assim, seu conteúdo esgotado através do “*princípio que garante esferas públicas autônomas* e do *princípio da concorrência entre os partidos*” (HABERMAS, 2003a, p. 213-214).

De acordo com o filósofo alemão, as arenas públicas de debates, onde ocorrem as ações comunicativas interativas, devem ser protegidas pelos direitos fundamentais, visando o fluxo livre de opiniões, as pretensões de validade e as tomadas de posição, impedindo que tais espaços possam ser organizados como corporações (HABERMAS, 2003a, p. 214).

Partindo então da teoria de Dworkin, Habermas procura desenvolver uma abordagem sobre o tema do papel e da legitimidade da jurisdição constitucional em sua teoria do discurso, de forma a preservar a racionalidade da jurisdição dworkiana em que a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões são igualmente sopesadas, transpondo o pensamento de Dworkin para os seus pressupostos comunicativos¹⁰².

¹⁰² Embora a abordagem de Habermas neste ponto seja exclusivamente sobre as competências legislativas, entendemos que ela também pode ser perfeitamente transposta

No pensamento habermasiano, a legitimidade da jurisdição não se obtém através de um processo isolado de decisão racional do aplicador do direito. É fruto também de uma metodologia racional de um processo de legislação (HABERMAS, 2003a, p. 297). Por mais capacidade e astúcia que tenha o aplicador do direito, a legitimidade de sua decisão não será obtida somente pela racionalidade do seu discurso jurídico. Ela deve ser construída, assim, através de uma atividade hermenêutica que leve em consideração a racionalidade da prática legislativa.

O direito não se separa em compartimentos estanques. É um processo contínuo de aperfeiçoamento. Não há desenvolvimento sem embasamento. A legitimidade da jurisdição constitucional só se fará presente diante da consideração de toda a cadeia evolutiva do direito, o que não permite a desconsideração do seu processo democrático de formação.

A jurisdição constitucional deve estar assim realmente preocupada em ocupar o seu verdadeiro papel no paradigma do Estado democrático de direito, sempre voltada para a legitimidade de suas decisões, que não permitem o abandono do princípio da soberania popular, extraída através de ações dialogadas.

Habermas (2003a, p. 298-299) propõe que as críticas à legitimidade da jurisdição constitucional sejam analisadas de uma forma diferente, que não a da disputa pelo princípio da separação de poderes, mas perpassando a noção da evolução dos paradigmas de direito, da jurisprudência dos valores e da compreensão republicana não-instrumental, pois para ele:

[...] a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. (HABERMAS, 2003a, p. 300)

para as competências do Poder Executivo, guardada as devidas peculiaridades, pois também a ação do Executivo deve ser proveniente de ações comunicativas, num processo aberto à toda a comunidade, lembrando que as políticas públicas, exclusivamente, são produto de um processo conjunto de atuação dos Poderes estatais e de toda a sociedade.

Quanto à primeira análise, Habermas (2003a, p. 307) afirma que, no Estado democrático de direito, a jurisdição constitucional não está mais limitada às análises dos paradigmas liberal e social, sendo que a sua atividade teria se sofisticado ao ponto de conceder aos direitos fundamentais um efeito protetor contra o poder administrativo e contra o poder social de organizações superiores.

Entretanto, neste novo paradigma, os direitos fundamentais não são concebidos mais da mesma forma pela jurisprudência constitucional, que mudou a sua conceitualização baseado em normas de princípio, capazes de introduzir novos “conceitos-chaves do direito constitucional, tais como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível”, e outros (HABERMAS, 2003a, p. 308).

Em relação à jurisprudência dos valores, Habermas rejeita fortemente qualquer decisão judicial que não seja baseada em princípios, negando o caráter coercitivo dos valores, que agiriam numa lógica de preferência, por possuírem sentido teleológico, e não deontológico como os princípios (HABERMAS, 2003a, p. 316), o que impediria uma análise de custos e vantagens dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2003a, p. 322).

Habermas afirma que a relação entre os princípios pertinentes seria feita através de um juízo de “adequação”, o que não lhe retira uma estrutura flexível, mas exige uma reserva de coerência capaz de fornecer para cada caso uma única solução correta (HABERMAS, 2003a, p. 323).

O papel de tribunal de valor não seria conferido na arquitetura constitucional ao Poder Judiciário¹⁰³, vez que a arena de discussão pública não ocorreria em seus tribunais. A constituição democrática buscaria, então, tutelar o direito da sociedade de se autodeterminar, produzindo cooperativamente condições justas de vida, razão pela qual Habermas (2003a, p. 326) afirma

¹⁰³ Mais adiante, criticando a visão republicana do papel da jurisdição constitucional, Habermas (2003, p. 343) vai afirmar que “o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”.

categoricamente que “somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito”.

Desta forma, fica claro em Habermas (2003a, p. 326) que a função do tribunal constitucional seria a de proteger o sistema de direitos capaz de garantir as autonomias privada e pública dos cidadãos, que seriam verificados “especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático”. A força legitimadora da formação democrática da vontade estaria assim nos pressupostos comunicativos e nos procedimentos, que viabilizariam a tomada dos melhores argumentos (HABERMAS, 2003a, p. 345).

Por fim, Habermas (2003a, p. 346-354) afirma que o papel do tribunal constitucional não pode ser obtido de uma análise *in abstracto*, dado a complexidade das sociedades modernas. Seria exigida do tribunal uma *jurisprudência constitucional ofensiva* nos casos concretos que envolvessem a “imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”. O tribunal poderia no máximo assumir o papel de tutor de um incapaz, mas nunca o de sucessor.

Porém, convém ressaltar que, ainda que prime pela proteção do procedimento de participação democrático, Habermas (2003a, p. 154 e ss.) não desconhece que o devido funcionamento deste sistema de deliberação democrática necessita da proteção de certas condições, que, para Barcellos (2006, p. 38), “podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas”.

É que a deliberação majoritária autêntica e equilibrada pressupõe um passo anterior de respeito aos direitos fundamentais. Por isto, Habermas (2003a, p. 214) afirma que as arenas públicas de deliberação “precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar

ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações”.¹⁰⁴

Assim, nesta perspectiva, pode-se concluir que o controle judicial de políticas públicas só tem legitimidade quando for realizado para tutelar a força legitimadora da formação democrática da vontade, sendo que a atenção do magistrado deve estar focada na garantia de obediência dos mecanismos de participação democrática na gestão pública, não podendo o Executivo desconsiderar a força da autodeterminação social.

Entretanto, o que geralmente é pouco ressaltado é que deve haver uma atenção judicial anterior para a garantia da observância dos direitos fundamentais mínimos que permitam um sistema de deliberação equilibrado e consciente.

Habermas (2003a, p. 159-159) defende que o sistema de direitos “deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo.

Para tanto, é possível falar em categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, por determinarem o *status* das pessoas de direito (HABERMAS, 2003a, p. 159). E quais seriam elas?

A primeira seria a dos “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*”. Esta categoria exigiria como correlatos necessários as duas seguintes categorias, que seriam: a dos “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito”; e a seguinte que é a dos “direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de*

¹⁰⁴ Neste sentido, Barcellos (2006, p. 38) afirma que “o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados”.

postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”¹⁰⁵.

Ainda segundo Habermas (2003a, p. 159), para os sujeitos do direito assumirem o papel de *autores* de sua ordem jurídica seria ainda necessária a categoria de “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* através dos quais eles criam direito legítimo”.

Por fim, e não menos importante, pelo contrário, ainda seria necessária a categoria de “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados” anteriormente.

É certo que Habermas (2003a, p. 156) afirma que a autonomia privada de um sujeito do direito inclusive:

“[...] pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação.”

No entanto, tal postura só é aceitável se adotada de forma consciente, dentro do seu campo de autonomia. O que não se aceita é que o sujeito seja incapaz de se entender como autor de direitos e de tomar e externar suas decisões como tal.

Por isto é que Habermas se preocupa não somente em assegurar ao sujeito igualdades de chances de participação em processo de formação da opinião e da vontade. Vai além. Garante também, para a produção legítima do direito, a

¹⁰⁵ É interessante observar que Habermas (2003, p. 159) fixa o limite de aplicação destas categorias de direito às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral, por regularem apenas as relações entre os civis livremente associados, caracterizando-se por garantir a autonomia privada dos sujeitos somente enquanto ocupantes do papel de *destinatários* de leis.

tutela de direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos demais direitos fundamentais por ele elencados.

O que isto quer exatamente dizer? É que para Habermas não interessa qualquer participação do sujeito nas arenas públicas de debate, mas sim uma participação qualificada que legitime as decisões tomadas. Para tanto, é necessário se garantir um mínimo de condições de vida que proporcionem um aproveitamento da sua teoria do discurso em igualdade de chances.

Frise-se, assim, que, ao instituir os procedimentos de concepção democrática da autodeterminação, a Constituição permite a construção de condições democráticas de exercício da cidadania, incluindo, a partir de um entendimento paradigmático do Estado democrático de direito, a efetivação democrática de políticas públicas emancipatórias como condição do exercício das autonomias pública e privada.

Qualquer decisão judicial que ultrapasse este limite é uma violação do direito da sociedade de se autogerir, impedindo que os canais de comunicação possam ser usados ativamente na formação da vontade popular, por desconsiderá-los plenamente.

Pode-se concluir, portanto, que, no atual paradigma constitucional, o controle judicial das atividades realizadas pelos demais poderes é, assim, um controle procedimental, que não desconhece as suas limitações fáticas, mas acredita na formação da vontade popular através de canais comunicativos abertos como a solução para a complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea, sendo esta a posição internalizada no desenvolvimento do presente estudo.

É, por outro lado, um controle que se preocupa com as condições mínimas de participação qualificada dos sujeitos de direito no processo de formação da opinião e da vontade, permitindo ao juiz a realização de um controle sobre o

mínimo de condições existenciais que viabilizem as reais autonomias privada e pública.

Por fim, e não poderia ser de outra forma, também se caracteriza por ser um controle que exige dos demais poderes públicos uma obediência irrestrita às leis e às deliberações populares formadas nos espaços de construção da cidadania ativa.

Em relação à decisão que seria proferida pelo juiz procedimentalista para o caso Ponta Porã, a resposta procurará ser fornecida no capítulo seguinte, que tratará de analisar o controle judicial de políticas pública no atual paradigma constitucional, construindo, para tanto, uma definição democrática para o direito fundamental à segurança pública no atual sistema constitucional brasileiro.

CAPÍTULO 4 – O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONTRIBUIÇÕES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

O descortinar deste importante capítulo revela uma essencial necessidade de se firmar toda a fundamentação jusfilosófica construída até o presente instante que justifique uma exata intervenção do poder Judiciário sobre as atividades desempenhadas pelos demais poderes, especialmente na formulação e na execução de políticas públicas, para que não se perca no horizonte pontos sensíveis que terão notável importância na análise dos limites do controle judicial.

Do relato do caso Ponta Porã, que retrata o processamento da Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Sul-Matogrossense para adequação da Unidade Penal Ricardo Brandão (UPRB) a padrões mínimos de segurança e de dignidade da pessoa humana, passou-se a analisar a evolução do controle judicial de políticas públicas no sistema constitucional brasileiro.

Nesta análise, pode-se averiguar que a origem do constitucionalismo moderno esteve profundamente vinculada à noção de especialização coordenada das funções públicas no sentido de se viabilizar um maior controle das atividades desenvolvidas pelo Estado, tudo para garantir uma maior realização dos direitos fundamentais, restritos, naquela época, aos direitos às liberdades individuais.

Constatou-se que esta especialização, também chamada de divisão ou separação, na verdade, encontrou fortes resistências para concretude plena na prática, o que se agravou consideravelmente com a introdução do Estado social, visto que a atividade estatal se centralizou na figura do poder Executivo, responsável por concretizar as promessas sociais.

Assim, com a evolução do Estado constitucional e da democracia, que exige o reconhecimento do cidadão como autor e beneficiário do sistema democrático, a idéia de controle das atividades desenvolvidas pelo poder Legislativo e,

principalmente, pelo poder Executivo foi se sofisticando, adquirindo novas formas e conteúdos. Essa sofisticação permitiu que o sistema jurídico pudesse ser acionado para garantir uma maior efetividade dos direitos fundamentais relacionados nos textos constitucionais.

A própria questão envolvendo a democracia como forma absoluta de gestão encontra uma nova versão diante da necessidade de se preservar os direitos fundamentais da minoria em relação às decisões utilitaristas da maioria, até mesmo para impedir a formação de elites e impérios que possam ser intitulados como detentores da vontade geral, ao arrepio de valores e direitos humanitários.

Em razão das atividades desenvolvidas pelo Estado contemporâneo para atendimento dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, procurou-se estudar profundamente a temática envolvendo as políticas públicas. Desta forma, foi apresentado, com base em profícuos ensinamentos de notáveis juristas, o conceito atual de políticas públicas como sendo aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado democrático de direito.

Buscou-se em Dworkin conferir normatividade às políticas públicas, que não podem mais ser tidas como um campo isolado de atuação exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, como se o Judiciário não desempenhasse uma importante função estatal para a concretude de todos os direitos fundamentais, já que indivisíveis.

O surgimento do Estado democrático de direito provocou um realinhamento de forças entre os “poderes” estatais, ganhando relevância o papel adquirido pelo poder Judiciário neste novo cenário, onde a coerência racional na tomada das decisões estatais passa a ser criticamente cobrada pela sociedade.

Pode-se dizer, assim, que o protagonismo do Judiciário reflete o anseio da sociedade pela abertura da condução do processo de definição das opções políticas do Estado, no qual a mesma não aceita mais ser uma simples destinatária do processo político, mas deseja participar mais ativamente das próprias escolhas que demarcarão a atividade do próprio Estado.

Entretanto, este protagonismo, em especial no que se refere à atuação judicial de controle dos demais poderes, é alvo de diversas críticas, sendo muitos os argumentos que se opõem ao desempenho desta atuação. Assim, focaram-se, na esteira do pensamento de Dworkin e de Habermas, as questões envolvendo a suposta violação da teoria da separação de poderes e a falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

O estudo da teoria da separação de poderes revelou que esta teoria se originou numa visão maior de proteção aos direitos fundamentais, sendo imperioso o seu reconhecimento como instrumento de efetivação dos direitos, por ser um dos mecanismos de defesa da sociedade contra o arbítrio estatal. Assim, concluiu-se que a interferência do poder Judiciário sobre as funções desempenhadas pelos demais poderes, para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, não pode ser considerada uma violação à teoria da separação de poderes.

Também o argumento da falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional foi afastado quando se verificou que, atualmente, a Constituição serve como instrumento de proteção jurídica contra decisões arbitrárias tomadas pela maioria em desfavor da minoria, sendo o poder Judiciário autorizado pela Carta Magna para dirimir possíveis conflitos que possam advir desta situação. Desta forma, afirmou-se que o Judiciário possui legitimidade democrática para intervir no processo democrático, desde que respeitados alguns limites, o que seria vital para a sobrevivência do sistema harmônico de especialização das funções públicas.

Para buscar melhor entendimento sobre a atuação judicial no controle das atividades dos demais poderes estatais, principalmente no tocante ao controle

de políticas públicas, desenvolveu-se um estudo da evolução dos paradigmas constitucionais, relacionando-os com a forma de atuação jurisdicional.

Assim, identificou-se que, no Estado liberal, com a prevalência do império da lei e, conseqüentemente, com a centralidade do poder Legislativo, as atividades estatais se limitavam a concretizar as liberdades clássicas almejadas pela sociedade da época. Apontou-se também que essas atividades eram caracterizadas mais pela omissão estatal do que pela ação, sendo reservado ao poder Judiciário um papel de mero reprodutor inanimado das regras fechadas ditadas pelo poder Legislativo, motivo pelo qual se caracterizou esta perspectiva como formalista.

Já com a introdução do paradigma social, o Estado foi convocado a participar mais ativamente na promoção dos direitos sociais dos cidadãos, sendo conferida ao poder Executivo esta importante missão promocional, razão pela qual esse poder adquiriu superior *status* na dinâmica da relação entre os poderes estatais.

Neste novo modelo, o perfil estatal ficou caracterizado por ações promocionais, desenvolvidas através de políticas públicas. Diante dos novos desafios, criou-se uma idéia de desvinculação da “justiça” e do “direito”, vez que o Legislativo, através das leis, não supria mais os anseios da sociedade, sendo conferida ao poder Judiciário uma maior liberdade de ação, no intuito de se concretizar os direitos fundamentais.

Surgem, então, os princípios gerais do direito e novos instrumentos interpretativos que permitem ao juiz analisar a situação posta de forma a descobrir o direito para aquela exata ocorrência. Entretanto, neste marco constitucional, a decisão ainda continua sendo conferida pela cabeça de alguns poucos, ficando o povo alijado do processo de escolha.

A sociedade permanece sendo vista simplesmente como beneficiária das decisões políticas e jurídicas de seres iluminados que ditam as normas e as escolhas para a vida do povo, que permanece subordinado.

A visão do Judiciário como uma instituição capaz de prover sozinho as necessidades do povo através de um processo de racionalização independente, permite a distinção deste período como uma perspectiva substancialista da atuação judicial.

Na medida em que a sociedade foi evoluindo, as relações sociais se tornaram cada vez mais plurais e complexas, havendo necessidade de se garantir uma maior participação dos cidadãos no processo de formação das decisões institucionais, até mesmo por que as promessas do Estado social não se efetivaram para toda a sociedade.

O Estado democrático de direito surge, portanto, com a missão de incrementar racionalidade ao complexo processo decisório da formação do consenso social, especialmente no tocante à implementação e execução de políticas públicas, sendo reservada ao poder Judiciário certa centralidade na condução deste processo¹⁰⁶, que passa a contar com instrumentos especiais de interpretação do sistema jurídico: os princípios jurídicos.

São estes princípios que vão garantir maior mobilidade à atividade construtiva do juiz para formar a melhor decisão para o caso concreto apresentado. Entretanto, o desempenhar destas funções judiciais requer, neste novo paradigma, um respeito à participação democrática da sociedade, primando pela proteção dos direitos fundamentais e pela garantia de liberdade e de igualdade da participação dos cidadãos no processo de formação das decisões sociais.

¹⁰⁶ Para Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p. 17): “no marco do Estado Democrático de Direito, às funções *ordenadora* e *promovedora* do Direito, próprias das fases do Estado Liberal e Social, respectivamente, agrega-se a função de potencial *transformação social*. A bem compreendermos esse câmbio de paradigma, torna-se imperioso verificarmos como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes de Estado. Atente-se: se no Estado Liberal observávamos, na relação Estado-Poder-Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do “império da lei”), e no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação das políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a essa forma de Estado -, *no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão*, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional.”

Diante de tal constatação, a nota característica da atividade judicial neste paradigma é a garantia do respeito às regras de participação democrática de cada cidadão na formação das decisões coletivas, razão pela qual se identificou este momento constitucional sob uma perspectiva procedimentalista.

Entretanto, como explicado outrora, este modelo de atuação judicial está longe de ser um mero retrocesso à fase formalista, pois, além da garantia das formas, tutela também o conteúdo das decisões coletivas, uma vez que possui um olhar focado na qualidade da participação social, exigindo condições mínimas de autonomia privada para a formação das decisões coletivas.

O desenvolvimento destes tópicos trouxe o estudo ao presente instante, onde se pretende focar a forma e os limites de atuação do poder Judiciário no controle de políticas públicas, especialmente referentes ao direito fundamental à segurança pública, devendo, antes, ser construído um conceito contemporâneo deste direito fundamental, para que também deste ponto se possa partir de uma consideração pré-estabelecida.

4.1 FIXANDO A DEFINIÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A CRFB/88 possui diversos textos que tratam do direito fundamental à segurança pública¹⁰⁷. Já em seu preâmbulo, os constituintes evocaram a segurança pública como objeto de tutela constitucional. Também o *caput* do art. 5º retrata a preocupação do povo brasileiro em resguardar a segurança pública como direito fundamental, individual e coletivo, o que se repetiu na norma descrita no art. 6º, *caput*, que descreve os direitos sociais protegidos constitucionalmente.

Especificamente, a segurança pública é tratada no Título V da CRFB/88, que tem como cabeçalho “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, sendo que em seu capítulo III, no art. 144, garante que:

¹⁰⁷ Sobre o tema segurança pública e sua trajetória políticas nos últimos 20 anos, imperdível a leitura de DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Da análise literal dos dispositivos que tratam isoladamente da segurança pública, uma interpretação equivocada poderia ser levantada: a de que a segurança pública não poderia ser considerada um direito fundamental, vez que os direitos fundamentais tratados no art. 5º da CRFB são inerentes aos indivíduos e não ao Estado, como parece indicar o título onde a segurança pública é objetivamente disciplinada. É nesta linha de raciocínio que alguns chegam, até mesmo, a afirmar que o significado do termo segurança contido nos arts. 5º e 6º se restringiria à segurança jurídica, não envolvendo a segurança pública¹⁰⁸.

Entretanto, no exercício da interpretação construtiva da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, em pleno paradigma do Estado democrático de direito, reputa-se inconcebível se tratar de segurança pública como direito/dever exclusivo do Estado em face dos seus cidadãos, como se a ordem pública fosse um conceito decidido unicamente pelo Estado, sem a participação da sociedade. Assim, importa erigir, neste momento, uma concepção de segurança pública que seja não somente um mecanismo de defesa do Estado, mas, muito mais, um direito fundamental de cada cidadão e de toda a sociedade, devendo, inicialmente, se buscar a formulação do significado dos direitos fundamentais na evolução constitucional.

Neste sentido, importa reconhecer, primeiramente, que buscar o real conceito de direitos fundamentais é algo de difícil ciência, pois como observado por Ingo Sarlet (2007, p. 90):

O desafio que a problemática da conceituação dos direitos fundamentais suscita vem ocupando a doutrina praticamente desde

¹⁰⁸ Sobre a segurança jurídica, ver José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

que o renomado publicista Carl Schmitt, entre outros expoentes da dogmática constitucional do período entre as duas guerras mundiais, clarificou a distinção entre Constituição em sentido material e formal. Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Cabe destacar que a doutrina nacional é vacilante no emprego de terminologias sobre o assunto, verificando-se a utilização, dentre outras, de expressões como direitos da pessoa humana, direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais¹⁰⁹.

Com o devido respeito aos posicionamentos divergentes, é de se entender que, contemporaneamente, a terminologia “direitos humanos” engloba as terminologias “direitos do homem” e “direitos da pessoa humana”, que possuem o mesmo significado, tratando-se daqueles direitos imanentes, intrínsecos a todos os seres humanos, independentemente do lugar ou da época vivida.

Por outro lado, conforme lições de Canotilho, pode-se ver que os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente” (CANOTILHO, 2003, p. 393). Neste passo, para o jurista gaúcho Ingo Sarlet (2007, p. 91), considerando as particularidades do sistema jurídico pátrio, poder-se-ia dizer que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

¹⁰⁹ Sobre o tema, ver a obra de GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 44 a 49.

Assim, a diferenciação entre os direitos humanos e direitos fundamentais não decorreria de um grau de abrangência, como afirmam alguns¹¹⁰, mas de medida de concreção definitiva, como afirma Sarlet (2007, p. 38):

O critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Na evolução constitucional dos direitos fundamentais, é necessário destacar dois instrumentos político-jurídicos marcantes na história mundial, que são: a *Bill of Rights* americana (1790)¹¹¹ e a Declaração francesa dos Direitos do Homem (1789)¹¹². É certo afirmar que, antes da existência destes dois instrumentos, não se podia dizer que havia um sistema próprio de direitos fundamentais, pois o sistema de organização social até então existente não regulava a manifestação do poder político, que se impunha ao povo praticamente irrestritamente.

Entretanto, com o surgimento destes dois instrumentos, passou-se a controlar o exercício do poder político, que deveria, a partir de então, guardar plena sintonia de suas decisões com a proteção dos direitos fundamentais necessários para a sobrevivência dos seres humanos em sociedade, organizados sob a forma institucionalizada do Estado.

¹¹⁰ Sobre esta discussão, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 37 e 38 e GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

¹¹¹ Muito embora boa parte da doutrina apresente a data de 1776 como a da celebração do *Bill of Rights* americana, segue-se o posicionamento de Geovany Cardoso Jevaux (2008, p. 19) que explica em sua obra que, embora o estado constitucional americano tenha sido criado a partir de uma revolução que durou de 1776 a 1783, somente em 1790 houve a última adesão pelo Estado de Rhode Island à constituição escrita na Convenção da Filadélfia, na qual se exigia uma declaração de direitos, representada pelas 10 (dez) primeiras emendas.

¹¹² Sarlet (2007, p. 52), ponderando a importância destes dois documentos na paternidade dos direitos fundamentais, esclarece que: “há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável”.

Com a criação deste sistema protetivo e organizatório, que se passou a denominar de constitucionalismo¹¹³, os direitos fundamentais passaram a tomar importante espaço na dinâmica das relações envolvendo o Estado e a sociedade, inicialmente, sendo inserido também nas próprias relações privadas que envolviam somente os indivíduos. Assim, naturalmente a própria concepção dos direitos fundamentais foi se sofisticando, ganhando contornos de complexidade e de racionalidade, que se adequavam com o momento em que a sociedade vivia em cada espaço próprio, havendo, então, uma evolução no seu conteúdo, que passou a ser classificado em dimensões¹¹⁴ ou gerações¹¹⁵, sendo que, atualmente, já se fala em até cinco dimensões¹¹⁶.

Pacificamente, tem-se que a primeira dimensão de direitos é composta pelos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos subjetivos da pessoa humana. São os chamados direitos de resistência face ao Estado¹¹⁷, entrando na categoria de *status negativus* da classificação do constitucionalista alemão Georg Jellinek. Tais direitos, raízes do constitucionalismo moderno, guardam plena relação com o momento de separação vivido pela sociedade da época com o modelo de organização social experimentado até então, o do Estado monárquico absolutista. Pode-se afirmar que a vontade social momentânea era a de que o novo modelo de Estado criado permitisse que os particulares regessem sozinhos as suas vidas e as suas relações privadas, razão pela qual se pregava uma forte limitação do agir estatal.

Ocorre que, com o avançar dos anos, constatou-se que esta liberdade vivida pelos particulares causava um paradoxo, pois, no fundo, a liberdade era conferida para poucos, sendo que o que muitos experimentaram foi talvez o pior momento de exploração do homem pelo próprio homem. Assim, passou-se

¹¹³ Geovany Cardoso Jevaux (2008, p. 3) esclarece que “Constituição e constitucionalismo são, portanto, coisas diferentes: enquanto a primeira representa o ordenamento de um estado, o último significa um movimento constitucional do liberalismo.”

¹¹⁴ Sobre o assunto, ver: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹¹⁵ Sobre as críticas ao uso do vocábulo “gerações”, ver nota 58.

¹¹⁶ O professor Paulo Bonavides fala no direito à paz como direito fundamental da quinta geração. Ver: BONAVIDES, Paulo. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração*. In: Revista Interesse Público - N. 40 - Nov./Dez. 2006, p. 15 a 22.

¹¹⁷ Ver nota 59.

a exigir que o Estado conferisse não somente uma igualdade formal dos cidadãos, mas também uma substancial isonomia de vida, o que motivou a formulação de um novo modelo de gestão estatal, no qual se privilegia a ação e não a omissão.

Desta forma, tem-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles que imputam ao Estado uma ação positiva. Cingidos ao princípio da igualdade – sendo esse a razão de ser daqueles – os direitos de segunda dimensão são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas Constituições das diversas formas de Estados sociais, limitados, entretanto, a uma visão individual do direito.

Ocorre que, mais adiante, começou-se a despontar a constatação de que a verdadeira igualdade somente seria garantida através de um sistema político-jurídico que concretizasse as promessas sociais numa dimensão coletiva. Por esta razão, os direitos de terceira dimensão possuem peculiaridade no fato de que se destinam à proteção de grupos de seres humanos, desprendendo-se da visão individualista do direito. São também chamados de direitos de solidariedade. Nesta terceira dimensão de direitos fundamentais, pode-se mencionar o elenco dos seguintes direitos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos, especialmente aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis (a criança, o idoso, o deficiente físico, etc).

A complexidade e a pluralidade da sociedade levam a exigência de uma nova interpretação dos direitos fundamentais, estabelecendo-se novos direitos relacionados ao princípio democrático, de forma a garantir maior participação da sociedade nas decisões políticas e jurídicas das instituições estatais. Nasceram, portanto, os direitos de 4ª dimensão relacionados com os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 571), tais direitos decorrem da globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo à fase última de institucionalização do Estado social.

É certo, também, que os direitos fundamentais ainda podem ser divididos funcionalmente em categorias de *direitos de defesa* e de *direitos de prestação*¹¹⁸. Os primeiros são aqueles que definem uma obrigação de abstenção dos poderes públicos, que devem acatar a idéia da inviolabilidade de determinados interesses individuais, que somente podem ser violados em determinadas situações, de forma condicionada, podendo ser identificados com os direitos de 1ª dimensão. O lusitano Canotilho explica que:

Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 2003, p. 408)

Já os direitos de prestação¹¹⁹ são aqueles que viabilizam o acesso e o uso de prestações estatais para a garantia de sua concretização, exigindo-se do Estado uma atuação positiva na entrega de determinados bens jurídicos, eleitos pelo constituinte como fundamentais. São os direitos com *status positivus* de Jellinek, identificados com os direitos de 2ª dimensão, sobre os quais Ingo Sarlet (2007, p. 217) faz as seguintes considerações:

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

Como dito anteriormente, o direito fundamental à segurança pública está elencado na CRFB/88 no preâmbulo, nos arts. 5º, 6º e 144, podendo ser ainda extraído no contexto dos fundamentos do Estado democrático de direito de que

¹¹⁸ Canotilho fala ainda nas categorias de direitos de protecção perante terceiros e de direitos de não discriminação. (CANOTILHO, 2003, p. 409)

¹¹⁹ ALEXY (2008, p. 499) assim os definiu: "Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito".

trata o art. 1º, II e III da CRFB/88 e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, contidos no art. 3º, I e IV da CRFB/88, pois como afirma Valter Santin (2004, p.78):

O direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios na contribuição à preservação da ordem pública.

A questão posta, então, é como se compreende o direito fundamental à segurança pública e se ele, realmente, é tão fundamental como se tem tratado até o presente momento. Seria o direito fundamental à segurança pública um direito exclusivo do Estado, de um grupo de pessoas ou de cada indivíduo? O direito fundamental à segurança pública poderia ser considerado como um direito autônomo ou somente poderia ser entendido como um direito dependente? A resposta a estas questões permitirá construir a exata concepção do direito fundamental à segurança pública.

Como se sabe, o olhar do observador jurídico de hoje não pode desconsiderar os fatos passados. Por isto, compreender a atual noção do direito fundamental à segurança pública é fazer uma reconstrução do passado, no intuito de se compreender como este direito era tratado¹²⁰.

Especificamente em relação ao direito fundamental à segurança pública, cabe ressaltar que o mesmo sempre esteve presente na história da humanidade, desde a época tribal (SANTIN, p. 76), sendo estritamente ligado à noção de dominação humana. É possível afirmar que, classicamente, importava se garantir a segurança da classe dominante. Assim foi na época dos impérios,

¹²⁰ Neste sentido é que Valter Santin (2004, p. 78) afirmou que: “Em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela sua grande importância para a vida em sociedade, principalmente no momento atual em que a violência e a criminalidade explodem no mundo e no Brasil, especialmente em nossas cidades grandes e médias, em que até sair de casa para ir à esquina tomar um ar ou comprar leite e pão virou uma aventura de alto risco, mesmo nos bairros outrora tranquilos e seguros”.

dos feudos, das monarquias, sendo que o constitucionalismo moderno não começou de forma diferente.

No período do Estado liberal, sob o domínio dos direitos às liberdades clássicas, ainda que expressamente disciplinado em diversos documentos, tais como no art. 3º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e no art. XII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pode-se afirmar que, sob o manto da segurança ofertada pelo Estado, somente um pequeno grupo de pessoas era efetivamente protegido. Isto se justifica pelo fato de que a idéia de limitação do poder estatal restringia as atividades exercidas por este novo modelo de Estado e de que a pouca segurança apresentada servia somente aos interesses das classes politicamente dominantes, especialmente à burguesia, afastando todo o resto da sociedade da possibilidade de desfrutar deste serviço que deveria ser prestado ao povo. De fato, a liberdade clássica do período liberal era garantida individualmente por quem conseguia desenvolver a sua própria segurança, por ser detentor de recursos financeiros suficientes para arcar com os custos. Imperava, neste momento, uma visão de segurança pública como direito do Estado de impor um comportamento rígido aos seus cidadãos e tão somente isto.

De fato, a criação do Estado moderno foi influenciada pelos ideais revolucionários franceses, no intuito de atender aos anseios da classe burguesa, sendo que os direitos fundamentais de primeira dimensão serviram para que a mesma pudesse se estabelecer no poder político, protegendo a sua propriedade¹²¹, colocando-se as forças do Estado focadas neste intuito.

A liberdade anunciada era uma liberdade meramente formal, que permitia à burguesia desfrutar de todo o seu poderio econômico, em desprezo àqueles que foram por ela usados para a tomada do poder. A este liberalismo, faltava, nos dizeres de Paulo Bonavides (2004, p. 13), uma dimensão teórica *objetiva*,

¹²¹ Paulo Bonavides nos ensina com maestria o caminho percorrido pela burguesia para a tomada do poder político em sua obra *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

o que terminou por acentuar as desigualdades sociais e impedir o acesso da população carente a uma gama considerável de direitos.

Também no Estado Social o direito fundamental à segurança pública esteve presente em diversos documentos políticos, em especial, no art. 5º do capítulo II da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918. A partir deste momento, como já observado, o Estado assumiu uma função prestacional, sendo que o direito fundamental à segurança pública passou a ser entendido sob uma nova perspectiva, a da igualdade material. Ocorre que, ainda assim, por ser fruto de um processo decisório unilateral, este direito fundamental foi, no máximo, assegurado a certas categorias de pessoas, não sendo totalmente encarado como dever-poder, incapaz de conferir ao indivíduo o direito de exigir do estado uma prestação positiva de segurança pública.

Com o advento do Estado democrático de direito e com a evolução dos direitos fundamentais, agora entendidos em suas 3ª, 4ª e 5ª dimensões, conforme antes relatado, o direito fundamental à segurança pública adquire traços marcantes de efetivação igualitária. Passa-se a entendê-lo como decorrência natural da busca da paz e da proteção da vida, liberdade e segurança pessoal (art. 3º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos), sendo encarado agora como um direito difuso, que deve ser assegurado, indiscriminadamente, a toda a sociedade, que é detentora do direito de judicializar o Estado no sentido de lhe conferir concretamente o seu direito fundamental à segurança pública.

Diante desta análise histórica, torna-se incabível entender que o direito fundamental à segurança pública possa pertencer somente ao Estado ou a um grupo de pessoas, pois cada indivíduo é detentor deste direito¹²². Assim, é que

¹²² Por esta distinção perpassa a divisão entre as duas concepções modernas de segurança pública: uma voltada para a idéia de *combate* e a outra centrada na noção de *prestação de serviço público*. Sobre o assunto ver: SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Eletônica Atualidades Jurídicas. Ano I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008. Ver também: CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001; DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das*

as normas constitucionais devem ser interpretadas conjuntamente para que o seu verdadeiro sentido possa ser extraído de todo o corpo normativo.

Da noção do direito fundamental à segurança pública como direito de defesa do Estado (Título V da CRFB/88), como direito conferido a um grupo de pessoas (art. 6º *caput* da CRFB/88) e como idéia de tutela de cada indivíduo (art. 5º da CRFB/88), é que a leitura do art. 144 da CRFB/88 permite conceber o direito fundamental à segurança pública como um “direito e responsabilidade de todos”¹²³. Apresenta como signo característico o *dever* do Estado em prestar o serviço público necessário, que não pode ser interpretado como um mero poder ou favor, sendo que o conteúdo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio é fruto de um processo democrático de participação social.

Assim, muito embora alguns estudiosos queiram limitar o direito à segurança pública em alguma das dimensões referidas acima¹²⁴, qualquer análise sincera sobre as dimensões dos direitos fundamentais constatará a imprescindibilidade do direito à segurança pública em todas elas, ganhando coloridos especiais em cada dimensão, que garantiram a sua melhor efetividade.

O direito de cada cidadão, inclusive daqueles que se encontram presos, de ter a sua incolumidade física preservada, o de um grupo de funcionários de certo estabelecimento prisional de desempenhar as suas funções com um mínimo de segurança, o de moradores de um bairro onde existe uma unidade prisional de

reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos*, n. 4, 1997; SULOCCI, Vitória Amélia de B. C. G.. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 164, jul. 2006; SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Polícia, Direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003; SILVA, Jorge da. *Segurança pública e polícia: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 189 ss.

¹²³ Ana Lucia Sabadell (2003, p. 5) afirma que: “O conceito de segurança pública deve ser assim reformulado para que se possa afrontar as demandas de segurança dos cidadãos, das quais se deve ocupar o Estado: fornecer as condições necessárias para a tutela efetiva de todos os direitos fundamentais e de todos seus titulares, acordando particular atenção aos socialmente fracos que mais precisam da intervenção protetora do Estado”.

¹²⁴ Por exemplo, Carreira Alvin considera o direito fundamental à segurança pública como um direito difuso (ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079)>. Acesso em: 01 out. 2008).

contar com um sistema penitenciário que não exponha as suas vidas em perigo, e de toda uma sociedade de ver o sistema presidiário penal funcionando de maneira eficiente ao ponto de impedir a proliferação da criminalidade e de devolver ao seu convívio cidadãos, e não delinqüentes mais experientes, demonstram que o direito à segurança pública não pode ser concebido como um direito estanque à alguma dimensão ou onda de direito fundamental¹²⁵.

Neste sentido, Alexy (2008, p. 248 e ss.) adverte o intérprete para que vislumbre o dinâmico *direito fundamental completo*, que para ele, numa versão simplificada poderia ser concebido como um “feixe de posições de direitos fundamentais”¹²⁶. Desta forma, o direito fundamental à segurança pública, no paradigma atual, deve ser observado e concretizado com a amplitude e complexidade que lhe são peculiares, não desconsiderando os atores e os destinatários do sistema, em todas as suas perspectivas.

O avanço nos estudos das questões propostas revela que, ainda que alguns se oponham, o direito à segurança pública deve ser considerado, sim, um direito fundamental, pois além de gozar deste *status* formal, estando inserido expressamente no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, também possui conteúdo material suficiente para garantir que seja classificado como um direito fundamental.¹²⁷

Como pensar no exercício da liberdade sem a garantia da segurança pública nos dias atuais? E o direito à dignidade humana e à vida? Pode-se concluir assim que o direito fundamental à segurança pública apresenta ligações com

¹²⁵ Como afirma Luiz Eduardo Soares (2006, p. 110): “Ou haverá segurança para todos, ou ninguém estará seguro. As soluções têm de ser válidas para todos. E, para serem eficazes, têm de enfrentar o problema em todos os seus vários aspectos, ao mesmo tempo”.

¹²⁶ Explica Alexy (2008, p. 251) que, no conceito de *direito fundamental completo*, as normas e posições “podem ser divididas a partir de três perspectivas: (1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; (2) segundo seu grau de generalidade; e (3) segundo se trate de posições com caráter de regras ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*”.

¹²⁷ Sobre os sentidos formal e material dos direitos fundamentais, vide MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Gilmar Ferreira Mendes afirma que: “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 237).

diversos direitos fundamentais, fazendo parte de um elenco importante de direitos do paradigma do Estado democrático de direito.

Apesar desta relação próxima com outros direitos fundamentais, não deve o direito fundamental à segurança pública ser entendido como uma extensão, como conseqüência, ou como dependente de algum outro direito fundamental. O sentido é de complementação e não de dependência, razão pela qual o direito à segurança pública deve ser visto como um direito fundamental independente¹²⁸.

Considerando todo o exposto, pode-se afirmar que, no atual paradigma do Estado democrático de direito, o direito à segurança pública deve ser compreendido como um direito fundamental autônomo garantido igualmente a cada cidadão do país, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado¹²⁹, numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não a repressão, sendo indispensáveis as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro quando afirma que:

Uma concepção democrática de segurança coletiva haverá, indispensavelmente, de abrir o debate da conflitualidade social, substituindo o tratamento puramente repressivo que tenha sido dado aos comportamentos infracionais por novas formas de composição de conflitos e de suprimento das necessidades humanas. (...). Sobressai nessa democrática contextualização da segurança pública a

¹²⁸ Não se nega aqui a influência dos demais direitos fundamentais na garantia do direito fundamental à segurança pública. Assim, o direito à educação, à saúde, a assistência, dentre outros, guardam forte influência sobre o resultado definitivo do direito fundamental à segurança pública, o que não significa que o mesmo possa ser resumido a um conjunto dos demais direitos fundamentais. Afinal de contas, se qualidade de vida e excelentes condições sociais garantissem absolutamente a diminuição da criminalidade e da violência, não teríamos históricos de crimes envolvendo as camadas sociais mais altas da sociedade, como nos casos de tráfico de drogas praticados pelos filhos da classe média, nos casos dos crimes econômicos envolvendo grandes empresários do país e nos casos de corrupção praticados por políticos esclarecidos e providos de excelentes condições sociais e econômicas. Luiz Eduardo Soares (2006, p. 112) aponta como um equívoco da esquerda no tratamento de segurança pública a defesa da idéia de que “o crime é sintoma, é conseqüência e, portanto, secundário. Melhor seria deixá-lo de lado e tratar das causas, isto é, da economia, da educação, do emprego e das desigualdades sociais. Claro que relações existem, mas a fórmula causa-conseqüência é simplista e falaciosa”.

¹²⁹ Ao se afirmar que a segurança pública é um direito fundamental de cada cidadão, entende-se que a mesma deva ser prestada através do serviço público eficiente, negando-lhe o caráter de mera atividade de polícia administrativa pertencente exclusivamente ao Estado no atendimento dos seus interesses. Para a caracterização da segurança como serviço público, ver SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004.

participação do cidadão, a integração da comunidade na gestão das instituições policiais e carcerárias, a ênfase na atuação preventiva, as propostas de solução inspiradas na visão globalizante de cada foco de criminalidade, a acessibilidade de todo o povo aos serviços policiais, o desestímulo a punição e a reparação das práticas policiais abusivas, além do respeito aos direitos humanos e constitucionais de todas as pessoas, sobretudo sem exclusão daqueles que sobrevivem em níveis de miséria e de subcidadania, simbolizados nas populações dos guetos de orfandade social, das favelas e do cárcere. A questão da segurança pública não pode ser encarada sob a ótica simplista da maior ou menor eficiência dos instrumentos de repressão, mas sim ser analisada de forma contextualizada e interdisciplinar, à luz dos compromissos constitucionais imantados no art. 3º da Constituição da República, em especial no que toca à construção de uma sociedade livre, justa e democrática, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CASTRO, 2003, p. 273-274)

De fato, ao se falar em direito à segurança pública no Estado democrático de direito, almeja-se é que o mesmo seja concretizado pelo Estado de forma eficiente, criando-se possibilidades sólidas de prevenção da ocorrência de condutas ilícitas. No cumprimento de seu dever, entende-se que este serviço deva ser prestado pelo Estado de modo a conseguir dar respostas eficazes tanto aos “crimes de gabinetes” como aos “crimes de rua”, que são geralmente praticados pela população mais carente.

Pode-se afirmar que a eficiência do serviço público de segurança se mede pela capacidade de prevenir e de reprimir todos os tipos de condutas delituosas, principalmente as ações criminosas de grande poder de dano da estrutura social, e não somente ações pontuais envolvendo discórdias conjugais ou de vizinhança. A aptidão para responsabilizar os agentes praticantes de crimes de grandes proporções sociais, econômicas e políticas é que se requer de um sistema de segurança pública eficiente sob o manto do atual paradigma democrático¹³⁰.

¹³⁰ Neste sentido é que Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p. 45) afirmam que: “no campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) *merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

A se perpetuar a crise do atual sistema de segurança pública, que não consegue sequer dar respostas aos crimes pontuais, o Estado continuará a desenvolver ações típicas de “enxugar gelo”, pois concentra suas atividades, quase sempre, nos crimes que são conseqüências de ações criminosas nefastas de grandes danos sociais, econômicos e políticos. Simplificando, enquanto as atenções do Estado estiverem praticamente voltadas para os crimes típicos contra a vida e o patrimônio, fica extremamente inviável conseguir responsabilizar, por exemplo, os agentes que cometem os grandes crimes de sonegação fiscal e de desvio de dinheiro público, estes sim os grandes delitos contra toda a vida e patrimônio sociais, com repercussões incalculáveis, que escravizam, matam e subtraem o patrimônio e o sonho de milhares e milhares de brasileiros¹³¹.

Mas, falar em prestação de serviço de segurança pública eficiente, capaz de garantir a segurança da nação, num país em que o descaso público começa na tentativa de se registrar um simples boletim de ocorrência, parece uma grande ironia. A desorganização na prestação do serviço público, decorrente de diversos fatores, dentre eles o da falta de gestão, o da falta de material humano e de recursos materiais, parece mesmo apontar para certo ato de vontade de permanência do sistema no caos¹³².

Diversos são os relatos de falta de prestação deste serviço público ou de prestação do mesmo de forma absolutamente ineficiente. Delegacias sucateadas, presídios em decomposição, falta de aparelhamento das atividades policiais, ausência de material humano na prestação do serviço,

¹³¹ É preciso ter em mente que o neoliberalismo, relativamente à segurança pública, apresenta-se numa postura dinâmica que se manifesta num duplo movimento, representado, por um lado, na dissolução das conquistas do estado social, e por outro, na hipertrofia do controle penal repressivo, gerando aumento da exclusão social, num movimento perceptível de transição do Estado social para o Estado penal. Sobre o tema, ver WACQUANT, Loïc. *A ascensão do Estado penal nos EUA. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, n. 11, 2002.

¹³² Em matéria recente, um jornal de grande circulação do Estado do Espírito Santo noticiou o caos das delegacias de polícia civil no Estado, onde somente um funcionário vigiava mais de 240 presos, sendo também o responsável por atender as pessoas que desejavam registrar um boletim de ocorrência. As fugas também são constantes, o que aterroriza os moradores vizinhos das delegacias. Infelizmente, ao invés de buscarem efetivamente resolver os problemas, as autoridades responsáveis continuam se esquivando da obrigação, com discursos retóricos irrealistas. Disponível em www.gazetaonline.globo.com/index.php?id=/local/minuto_a_minuto/local/materia.phd&cd_matia=25513. Acesso em 16 de outubro de 2008.

desrespeito aos direitos humanos dos detentos, estes são, dentre tantos outros, os exemplos da crise na segurança pública pela qual atravessa o Estado brasileiro, o que impede que o seu cidadão desfrute do seu direito fundamental à segurança pública.

O fato é que, enquanto o Estado brasileiro comemora a melhoria dos seus índices econômicos, o seu governo parece querer esquecer a triste realidade dos seus índices sociais, o que pode ser constatado por pesquisas simples, nas quais se verifica, por exemplo, que a taxa de homicídios mais que dobrou entre os anos de 1980 a 2000, passando de 11,7 para 27 homicídios por cada 100 mil habitantes e que, no Brasil, em 16,5% das famílias com crianças há, pelo menos, uma que trabalha.^{133 134}

É importante também entender que a redução ou o aumento da criminalidade e da violência nem sempre terão uma relação direta com as atividades desenvolvidas pelo Estado para preservação da segurança pública, pois muitas são as contingências que interferem no resultado final. Assim, a luta a ser travada se reflete mais na questão da garantia de possibilidades do que na de resultados.

Assim, independentemente dos índices e resultados da criminalidade e da violência, a atuação do Estado na prestação do serviço público eficiente deve estar focada na criação e manutenção de possibilidades de resolução dos problemas.

Pensar o Estado nos dias atuais é entender que as especializações das funções públicas servem para garantir ao povo o cumprimento dos compromissos constitucionais, sendo que a decisão sobre a adequada

¹³³ Disponível em www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/13042004sintese2003html.shtm. Acesso em 01 de outubro de 2008.

¹³⁴ É verdade que esta situação faz parte de um movimento muito maior da globalização hegemônica mundial, que pode ser plenamente percebida no recente caso da crise econômica dos Estados Unidos, quando o governo americano, para socorrer bancos, investidores e especuladores, propõe gastar US\$ 700,000,000,000.00 (setecentos bilhões de dólares), em detrimento de diversos problemas sociais existentes em seu país.

prestação de políticas públicas não deve ficar restrita a um ato de vontade isolado do legislador ou do governante.

Uma vez que a CRFB/88 estabelece comandos normativos claros de dever de cumprimento e de direito à segurança pública, o Estado pode ser provocado judicialmente a prestar eficientemente este serviço, ao menos para garantir o mínimo necessário para o bom desenvolvimento das atividades, no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais individuais, coletivos ou difusos, sempre numa análise concreta.

Este mínimo necessário deve ser suficiente para garantir a prestação adequada do serviço público de segurança pública, de forma a estabelecer possibilidades concretas de prevenção e de repressão à criminalidade alarmante no país¹³⁵.

A questão é saber até que ponto o poder Judiciário pode, legitimamente, tutelar o direito fundamental à segurança pública sem violar o desempenho das funções dos demais poderes, garantindo-se a permanência dos ideais democráticos do atual paradigma constitucional. Tal análise envolve, num plano macro, a própria limitação do Judiciário para efetivar o controle judicial de políticas públicas.

Os próximos temas que serão abordados buscarão oferecer um norte dogmático de atuação judicial sobre o mote do controle das políticas públicas, observando-se toda a fundamentação jusfilosófica já traçada até o presente instante.

¹³⁵ Mais uma vez se ressalta que não se desconsidera que, no resultado final das ações desempenhadas, nem sempre a execução adequada destes serviços permitirá que a sociedade desfrute de uma diminuição dos índices de violência, vez que são muitos os fatores que interferem na questão da criminalidade. Isto, ao contrário do que possa parecer, não deve diminuir os esforços de uma proteção adequada do direito fundamental à segurança pública, sendo vital que as possibilidades de desempenho adequado destas atividades sejam garantidas na prática.

4.2 O CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ESTATAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA: VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?

Imagine um lar carente composto por um casal e dois filhos, um adolescente de 16 anos e uma criança de 05 anos, desprovido das necessidades mais básicas, como alimentos, saúde, vestuário, higiene, segurança, onde o patriarca da família, agindo de forma absolutamente incoerente, num determinado dia, com claro intuito de atender única e exclusivamente as suas vontades, empregasse considerável percentual de seus recursos financeiros do ano na aquisição de um moderno aparelho de televisão, assinando, logo em seguida, um pacote exclusivo de TV paga para acompanhar o desempenho de seu time do coração num determinado campeonato de futebol, comprometendo, assim, seriamente o suprimento das necessidades familiares mínimas.

Com certeza, se tal fato viesse à tona na comunidade onde esta família vivesse, a esmagadora maioria da população recriminaria tal atitude do patriarca, sob a alegação, dentre outras tantas, de que ele seria um irresponsável ao deixar de prover as necessidades mínimas de sua casa para atender a um capricho particular. Talvez, alguns poucos admiradores desequilibrados de futebol aceitassem a ação do patriarca sobre a alegação de que o sacrifício familiar seria plenamente justificado pela paixão do mesmo, considerando o fato de que ele seria o “dono” da família. Mas, nos dias atuais, tal idéia seria majoritariamente censurada em nome dos interesses de todos os componentes da família.

A questão poderia se tornar ainda mais polêmica se, ao se questionar o restante da família, fosse descoberto que tanto a esposa do patriarca como o adolescente da família “aceitaram” o sacrifício em favor da compra do aparelho de televisão. Tal dado poderia fortalecer o argumento da paixão do patriarca, pois agora a decisão teria sido tomada pela maioria da família. Entretanto, ainda que esta decisão tivesse sido tomada pelos três componentes da família, e não entrando, ainda, na discussão sobre a validade do consentimento dos

demais integrantes da família, dificilmente este fato escaparia a uma responsabilização por violação do direito da criança.

No atual contexto do sistema jurídico brasileiro, facilmente se poderia cobrar a responsabilidade penal do patriarca diante do abandono material proporcionado pelo mesmo a toda a sua família. É certo que este patriarca ainda poderia ter o seu poder familiar avaliado por um juiz, que, caso entendesse necessário, aplicar-lhe-ia algumas medidas protetivas, dentre as quais, inclusive, a de se desfazer do aparelho de televisão, no intuito de providenciar o atendimento das condições mínimas humanas de seus filhos, conforme art. 101 do Ecriad – Lei nº 8.069/90.

O exemplo pode parecer dissonante com o tema até aqui trabalhado. Entretanto, ao se analisar como o Brasil vem sendo administrado, pode-se concluir que esta “casa” precisa de um choque de gestão pública, capaz de priorizar o atendimento das necessidades mínimas do povo. Casos como os da compra de *avião presidencial*, que, no ano de 2004, consumiu quase R\$ 154 milhões na época, os dos gastos com *festas e homenagens* do Governo Federal, que, em 2005, somaram a quantia de R\$ 8,6 milhões e os dos *cartões corporativos* do Governo Federal, que no ano de 2007 atingiu a marca de R\$ 33 milhões, dos quais, somente no mês de maio, R\$ 6,8 mil foram gastos com *massagens*, demonstram como o Brasil tem sido mal administrado, numa ação que evidencia o atendimento de interesses particulares e não públicos.

Particularmente em relação à segurança pública, também não é difícil constatar que as prioridades estabelecidas pelos gestores públicos, muitas vezes, estão longe de atender as finalidades de suas instituições ou órgãos, não sendo raras as notícias de beneficiamento próprio em detrimento da melhor qualidade de prestação do serviço público¹³⁶. Em matéria publicada no dia 10 de maio de 2008, um jornal de grande circulação estadual apresentou números que relacionam o aumento do número de crimes com a diminuição do efetivo de

¹³⁶ A título de exemplo, no Estado do Espírito Santo, há pouco tempo atrás, apesar do sucateamento das delegacias de polícia, com episódios de fugas freqüentes e de viaturas em péssimas condições, o chefe da Polícia Civil foi presenteado com um automóvel Vectra, de valor estimado acima dos R\$ 80.0000,00 (oitenta mil reais).

policiais civis do Estado, tendo um entrevistado afirmado ter faltado prioridade na manutenção de pessoal na região onde mais ocorrem crimes¹³⁷.

Como foi afirmado acima, no atual sistema jurídico brasileiro, aquele patriarca da família, diante da flagrante violação dos direitos fundamentais de sua família, poderia ser forçado judicialmente, até mesmo, a se desfazer do aparelho de televisão para atender as necessidades básicas de sua família. A questão que se coloca é se, no atual paradigma constitucional, o poder Judiciário pode ser acionado para que, de alguma forma, possa impor ao gestor público um cumprimento de ação ou de omissão ao Estado, com o intento de garantir as necessidades mínimas do seu povo. Até que ponto as políticas públicas poderiam ser consideradas um ato discricionário em detrimento do sofrimento popular? A maioria da “família”, ou da nação, poderia impor à minoria uma limitação que violasse seus direitos fundamentais essenciais?

Com Dworkin¹³⁸, vimos que os direitos fundamentais são trunfos dos cidadãos contra decisões políticas gerais que de alguma forma lhe trouxessem prejuízos. Bem, tradicionalmente, nunca houve grande dificuldade para se reconhecer a legitimidade do poder Judiciário em impedir a ação dos demais poderes quando os mesmos violassem as normas institucionalmente pré-estabelecidas. Aliás, isto remonta à própria razão do constitucionalismo moderno, que impunha uma limitação ao Estado em favor das atividades particulares. Entretanto, mesmo com o avanço do constitucionalismo, que estabelece um dever de prestação de serviços para o atendimento das necessidades sociais, o que ocorre através de políticas públicas, o gestor público parece ainda se apegar a idéia da liberdade de escolha desmotivada e desarrazoada para a tomada de decisões administrativas, o que não pode mais ser aceito pela sociedade brasileira.

¹³⁷ Matéria publicada pelo jornal A Gazeta, em 10 de maio de 2008.

¹³⁸ Comentando a teoria de Dworkin, Binbenbojm (2006, p. 53) afirma que Dworkin “procura demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como *pressupõe* a salvaguarda de posições contramajoritárias (os direitos fundamentais), cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política”.

Não é nenhuma novidade que o neoconstitucionalismo¹³⁹ rompeu com a idéia de uma Constituição sem força normativa, defendendo a bandeira da cogência e da imperatividade das suas normas¹⁴⁰. Ana Paula de Barcellos (2006, p. 32-33) afirma ser possível identificar características específicas mais destacadas do neoconstitucionalismo que podem ser analisadas em dois grupos distintos: um referente aos elementos metodológicos-formais e outro relativo aos elementos materiais.

Continuando seu pensamento, esta autora explica que, no que se refere aos elementos metodológicos-formais, o neoconstitucionalismo se estrutura em três premissas fundamentais, que são a da normatividade da Constituição, a da superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e a da centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos. Já quanto aos elementos materiais, duas características são dignas de destaque: a da incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, principalmente nas questões envolvendo a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e a da ampliação de conflitos específicos e gerais envolvendo preferências normativas e filosóficas existentes internamente no sistema constitucional¹⁴¹. Como bem explanou a autora:

O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em

¹³⁹ Muitos autores têm utilizado esta expressão para se referir ao constitucionalismo contemporâneo. Binenbojm (2006, p. 61), por exemplo, utiliza a expressão *constitucionalização do direito* como sinônimo de neoconstitucionalismo. Conforme Antonio Cavalcanti Maia (2007, p. 245), a expressão neoconstitucionalismo é mais empregada nos países europeus, enquanto que a expressão pós-positivismo é mais utilizada no Brasil, sendo que o primeiro autor brasileiro que fez referência a este termo foi Paulo Bonavides, em 1995, em seu *Curso de direito constitucional*.

¹⁴⁰ A transposição histórica do sentido normativo da Constituição pode ser bem verificada em ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson, 2006 e HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

¹⁴¹ Luís Roberto Barroso (2005, p. 12-13), sintetizando o assunto, afirma que: “a idéia de *constitucionalização* do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”.

técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica. (BARCELLOS, 2006, p. 33)

O tema é muito bem desenvolvido por Antonio Cavalcanti Maia que explica que, na verdade, o neoconstitucionalismo é um pensamento jurídico contemporâneo que veio a superar a “estiolada querela jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico” (MAIA, 2007, p. 245).

Com a inclusão de vários *standards* morais nos textos constitucionais hodiernos, o que se dá na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, as principais conseqüências que precisam ser observadas possuem, para este autor, natureza jusfilosófica, com a superação do positivismo (MAIA, 2007, p. 258).

Entretanto, Antonio Maia alerta para o fato de que este pensamento não está consolidado, podendo se observar que, na verdade, “existem duas abordagens conflitantes no esforço de dar conta de algo que já é dado como certo: a insuficiência dos modelos tradicionais – oriundos do constitucionalismo liberal – à compreensão da dinâmica jurídica hodierna” (MAIA, 2007, p. 250).

Ainda para este autor, seria possível identificar, por um lado, o neoconstitucionalismo não positivista, fruto dos pensamentos de autores como Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky, Alfonso Garcia Figueroa e Santiago Sastre Ariza, que apostam “na reabilitação da razão prática” e “na centralidade dos princípios constitucionais à inteligência dos sistemas jurídicos contemporâneos avançados. Já por outro lado, seria possível falar numa corrente do neoconstitucionalismo alinhada com o positivismo inclusivo, conforme o pensamento de autores como Luis Prieto Sanchis, José Juan Moreso, Paulo Comanducci e Susana Pozzolo (MAIA, 2007, p. 250-251).

O neoconstitucionalismo, assim, apresenta-se em três sentidos, assim detalhados pelo autor:

[...] no *primeiro sentido* entendemos o neoconstitucionalismo como um certo tipo de Estado de direito caracterizando uma determinada forma de organização política. No *segundo sentido*, entende-se como

uma teoria do direito que serve para descrever esse modelo. No *terceiro sentido*, uma filosofia política ou ideologia que justifica esse modelo. (MAIA, 2007, p.252)

Este movimento conceitual e interpretativo do direito alarga as suas concepções para todos os ramos do direito de forma específica, dado as suas premissas, razão pela qual Binenbojm (2006, p. 69-70) pontua ser necessário se analisar o “fenômeno da *constitucionalização do direito administrativo*”, que transforma a legalidade em *juridicidade administrativa*.¹⁴²

Tal mudança na constitucionalização do direito administrativo produz uma abertura na interpretação do sistema jurídico administrativo, que é dinamizada pela normatividade dos princípios jurídicos, fazendo cair por terra a antiga noção tradicional de discricionariedade administrativa. Ensina Binenbojm (2006, p. 71) que:

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. O antigo *mérito* do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais. Por outro lado, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.

Na evolução deste entendimento¹⁴³, algumas teorias foram sendo construídas, como a do *desvio de finalidade*, a dos *motivos determinantes* e, mais recentemente, a da *vinculação direta dos atos administrativos aos princípios*, tendo a discricionariedade administrativa deixado de ser vista como um *poder* para passar a ser compreendida como um *dever*, abandonando gradativamente

¹⁴² Dentre tantos autores brasileiros que identificam também esta substituição das concepções, pode-se citar ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79-87 e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 27-31.

¹⁴³ Sobre esta evolução, vide BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 198-205 e MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 33-37.

o se do agir administrativo para se restringir cada vez mais somente ao *como*.¹⁴⁴

Desta forma, a discussão travada no cenário jurídico não seria mais de possibilidade ou não de controle dos atos administrativos discricionários, mas sim sobre os limites (intensidade) e os parâmetros (critérios) deste controle (BINENBOJM, 2006, p. 199).

Propõe, então, Binenbojm (2006, p. 207-208) uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, formatada numa escala decrescente de densidade normativa vinculativa, no intuito de *estreitar o mérito administrativo*, que é composta da seguinte forma: a) *atos vinculados por regras* (constitucionais, legais ou regulamentares); b) *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* (constitucionais, legais ou regulamentares); e c) *atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais, legais ou regulamentares).

No primeiro caso, que seria o de maior densidade normativa vinculativa, caberia à administração somente adotar a conduta descrita no comando normativo, tida, prévia e explicitamente, como a conduta correta a ser tomada em determinados casos, sob pena de poder ser compelida pelo poder Judiciário a realizar imediatamente as determinações normativas, caracterizando-se num controle positivo.

Em relação aos *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados*, a margem de liberdade decisória do administrador é maior, proporcionando um grau de vinculação intermediário, podendo haver controle judicial sobre zonas de certeza, e não sobre zonas de incerteza, cabendo ao judiciário a eliminação das zonas de certeza negativa, ou seja, o poder Judiciário poderá efetuar um controle sobre o ato praticado de forma a afastar aquela solução que se mostre

¹⁴⁴ Neste sentido, ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

absolutamente incorreta para a resolução do problema, desempenhando típico controle negativo¹⁴⁵.

Já, quando se tratar de *atos vinculados diretamente por princípios*, que envolvem os atos de menor densidade normativa vinculada, o controle judicial poderá ser *ablativo* e/ou *mandamental*, determinando a invalidação do ato ou a realização da única decisão cabível para a solução do caso, o que ocorrerá, excepcionalmente, quando se verificar casos de “redução da discricionariedade a zero”, que se tratará mais adiante.

Desta forma, é inconcebível pensar qualquer atividade administrativa que não seja passível de controle judicial no atual paradigma constitucional. Convém ressaltar, desde já, que muito embora o pensamento do autor Binbenbojm restrinja a possibilidade do controle mandamental apenas aos casos envolvendo *atos vinculados por regras* e *atos vinculados diretamente por princípios*, é de se entender que também nos casos envolvendo *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* seja possível este tipo de controle, pois, além de apresentar uma possível contradição envolvendo o poder de determinação positiva judicial nos casos com densidade normativa menor, vez que possível quando se tratar de *atos vinculados diretamente por princípios*, torna-se extremamente difícil vislumbrar casos de *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* que não sejam influenciados pelos princípios jurídicos. Assim, ainda que a atividade de controle judicial nos casos dos *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* seja marcada por um controle negativo, em casos excepcionais envolvendo principalmente violação aos direitos fundamentais, possível, sim, a determinação de realização da conduta exigível e possível para o caso.

Neste sentido, também as políticas públicas, que não se resumem, mas se aplicam efetivamente através de atos administrativos, são passíveis de controle

¹⁴⁵ Explica Binbenbojm (2006, p. 229): “diversamente do que se dá no controle de atos vinculados por regras, em que o juiz afere se a Administração deu ao caso a *solução correta* (controle positivo), no controle dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados o juiz deve ater-se a afastar as *soluções manifestamente incorretas*. Trata-se, assim, de um controle eminentemente negativo”.

judicial quando violarem especialmente direitos fundamentais, podendo esta classificação acima ser adequada para os casos envolvendo as políticas públicas. No entanto, é certo que algumas premissas devem ser mais bem esclarecidas, o que se pretende realizar nos próximos itens que se seguem no desenrolar deste trabalho.

4.2.1 Da possibilidade do exercício do controle judicial de políticas públicas em abstrato e em concreto

O surgimento do novo modelo constitucional do Estado democrático de direito revelou a descrença na idéia do absoluto, que pregava um panorama de respostas prontas para todas as situações vindouras e uma racionalidade construída previamente. A introdução dos princípios jurídicos no campo da normatividade possibilitou a criação de um sistema que atendesse a complexidade das sociedades contemporâneas plurais, de forma a permitir uma análise global e profunda dos casos e das soluções possíveis.

Desta forma, ganhou espaço o pensamento de que, enquanto o legislador legisla para o futuro, tentando prever um campo de aplicação possível para o direito, o juiz aplica o sistema jurídico em casos presentes ou em iminência de acontecerem, através de um processo coerente que permite a consideração de decisões institucionais passadas e a construção de um sentido razoável para o direito em busca da melhor solução possível.

Pode-se dizer, assim, que a queda do positivismo jurídico¹⁴⁶, que pregava um sistema jurídico fechado em regras, permitiu a ascensão de um novo modelo jurídico que se dinamiza através de um processo vivo de interpretação aberta das normas-princípios, o que ressalta a importância da análise do caso concreto.

¹⁴⁶ Sobre uma análise crítica do positivismo ver COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 409-420.

No momento atual do constitucionalismo, a análise judicial sobre as políticas públicas deve seguir a lógica da primazia do caso concreto, em razão das especificidades de cada caso, sempre buscando salvaguardar os direitos fundamentais. Seria extremamente prejudicial ao sistema democrático que a intervenção judicial ocorresse irrestritamente num plano abstrato, pois, aí sim, estaria invadindo as funções dos demais poderes.

A solução jurídica para uma violação ao direito fundamental à saúde, por exemplo, ou a qualquer outro direito fundamental, é melhor construída diante da apreciação de um caso específico, onde são considerados todos os fatores possíveis para se descobrir as causas, as conseqüências e as soluções para aquele determinado caso.

Neste ponto, importante destacar que o poder Judiciário não pode ter a pretensão de realizar políticas públicas, pois ele não substitui o legislador e o administrador. Entretanto, também não pode se omitir diante de uma violação concreta a direito fundamental se escondendo atrás do *non liquet*. A construção da solução para o caso específico deve passar pela noção do direito principiologicamente aberto.

O cuidado que o Judiciário deve ter na solução de casos concretos é o de, na vontade de buscar a solução para o caso apresentado, ao invés de resolver o problema de forma harmônica, gerar mais complexidade do que solução para o sistema como um todo. Tal situação pode ocorrer em casos onde não se busque enfrentar o problema a fundo, não identificando realmente as causas e as conseqüências que o envolvem e oferecendo uma solução simplista, que desconsidere absolutamente a complexidade do sistema.

Por isso, de acordo com a coerência propalada por Dworkin, as soluções devem ser buscadas numa visão integral do direito, que respeite essencialmente os direitos fundamentais numa construção de um “romance em cadeias”, mas que não desconsidere as prévias decisões institucionais, de forma a construir uma nova interpretação para o mesmo direito já existente. Ainda que necessária a intervenção judicial para a proteção destes direitos

fundamentais, a mesma não deve ocorrer de forma inconseqüente com o sistema integral¹⁴⁷.

A prática destas atitudes descomprometidas com uma visão integral e responsável do direito permite as adulterações do sistema, penalizando todos os envolvidos no processo com conseqüências trágicas, como, por exemplo, a da quadrilha paulista que fraudava exames médicos para obter na justiça determinações para compra de remédios caros de determinados laboratórios, sem que os mesmos tivessem séria comprovação científica de resultados favoráveis¹⁴⁸. Além das pessoas envolvidas não estarem doentes, dos remédios custarem caro, de estes remédios não estarem na lista do Sistema Único de Saúde e de lesarem os cofres públicos, milhares de pessoas deixaram de ser atendidas pelo sistema de saúde em razão desta realocação extraordinária dos recursos públicos.

Assim, o controle deve ser realizado essencialmente no estudo de um caso concreto, através das ações civis públicas¹⁴⁹, de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ou até mesmo dos mandados de injunção, de acordo com o recente giro hermenêutico conferido pelo STF a este instrumento constitucional, conferindo-lhe não só efeito declaratório, mas também mandamental¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Neste sentido, Ricardo Seibel propõe a adoção de um modelo de intervenção judicial que respeite alguns critérios, dentre os quais o da necessidade de estabelecimento de padrões, rotinas e fundamentações de decisões judiciais, no sentido de se garantir um mínimo de previsibilidade jurídica nas intervenções do Judiciário. Assim, ver LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 265-283.

¹⁴⁸ Notícia divulgada pelo programa de televisão “Fantástico”, da rede Globo de telecomunicações, informou que através de uma ONG situada na cidade de Marília/SP, pessoas eram captadas e encaminhadas à médicos que tinham acordos econômicos com indústrias farmacêuticas de diagnosticar doenças inexistentes e receitar remédios de alto custo destas indústrias. Com estes documentos em mãos, a quadrilha conseguia decisões judiciais para a compra dos remédios à custa do Estado. Disponível em www.fantastico.globo.com. Acesso em 09 de outubro de 2008.

¹⁴⁹ Analisando o objeto da ação civil pública, afirma Geovany Cardoso Jevaux (2008, p. 64) que: “tanto preventivamente quanto corretivamente o autor da ação pode pretender ordens negativas ou positivas para impedir ou reparar os prejuízos de atos de ameaça ou agressão consumada aos bens tutelados pela Constituição e pela Lei da Ação Civil Pública”.

¹⁵⁰ É sabido que, tradicionalmente, o STF adotava uma postura não-concretista em relação à aplicação do mandado de injunção no sistema jurídico brasileiro, limitando-o a ser um mero cientificador ao Poder Legislativo de suas falhas e omissões. Ocorre que, a partir do

Entretanto, ainda que se afirme a prevalência do controle em concreto, resta analisar a possibilidade de realização do controle abstrato das políticas públicas no sistema jurídico brasileiro. É que a questão neste aspecto ganha pontos sensíveis de contato com as funções típicas dos demais poderes.

Como afirmado acima, a atividade legislativa se volta para os acontecimentos futuros, sendo realizada através de um processo de filtragem social que busca resolver abstratamente os problemas enfrentados por determinada sociedade. A aplicação destes comandos normativos expedidos pelo Legislativo será realizada na prática pelo Executivo e pelo Judiciário, havendo uma especialização de funções típicas do constitucionalismo contemporâneo, que resguarda o processo democrático e a proteção dos direitos fundamentais.

Pensar num controle judicial de políticas públicas feito de forma abstrata é desenvolver uma sistemática que seja capaz de preservar as especializações de funções, o processo democrático e a proteção dos direitos fundamentais. Dificilmente se poderá alegar violação de direitos fundamentais abstratamente sem que haja um dado específico no qual o Judiciário seja capaz de enxergar uma omissão ou ineficiência do Estado, pois poderia se correr o risco em assumir as funções específicas dos demais poderes.

É exatamente neste sentido que Ingeborg Maus faz o alerta para os efeitos indesejáveis do poder Judiciário como superego da sociedade, invertendo as expectativas de direito, num processo que a cientista político alemã concluiu com a seguinte crítica:

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na

juízo do MI nº 721, de relatoria do Min. Marco Aurélio, este instrumento passou seriamente a ter seus efeitos repensados pelo Tribunal Constitucional, ao ponto de, no dia 25/10/2007, no julgamento dos MI's nº 670, 708 e 712, que tratavam do direito de greve dos servidores públicos civis, sob relatoria do Min. Celso de Mello, os Ministros do STF adotaram a teoria concretista para o mandado de injunção. Recentemente, no julgamento do MI nº 758, de relatoria do Min. Marco Aurélio, os Ministros assentaram, em unanimidade, que o mandado de injunção possui caráter mandamental e não simplesmente declaratório, que se refere à uma premissa da ordem a ser formalizada.

administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para o unidimensionalidade funcionalista. (MAUS, 2000, p. 202)

Bem, o papel constitucional reservado ao Judiciário não permite que o mesmo assuma diretamente a realização em abstrato das políticas públicas, sob pena de usurpação não só das funções especializadas de poder, mas, principalmente, das zonas de deliberações democráticas, sendo certo que, neste ponto, ao Judiciário é reservado um papel subsidiário contra-majoritário, o que não lhe diminui em importância ou necessidade, visto que deve guardar a Constituição contra ataques intencionais que violem as suas normas.

Retomando a noção desenvolvida de políticas públicas como aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado democrático de direito, pode-se afirmar que a mesma pode gerar uma interpretação bastante extensa que alcance, inclusive, a promulgação de determinada lei, que seria o pano de fundo para a realização em concreto de determinada política pública.

Dito isto, cabe indagar se a Constituição não teria estabelecido algumas normas que vinculassem abstratamente o Legislativo e o Executivo na promulgação de leis que interferissem na formulação ou execução de políticas públicas. Visualizando sistematicamente a Constituição, a resposta que se obtém é afirmativa, pois, em determinados textos, a Constituição é clara em afirmar limites mínimos de investimento em áreas sociais prioritárias, como saúde e educação, conforme arts. 198, § 2º e 212 da CRFB, respectivamente.

A importância destes dispositivos é demonstrada pela constatação de que não se pode falar em realização de políticas públicas sem a garantia de recursos financeiros suficientes. Assim, casos em que a Constituição seja clara no

estabelecimento de limites orçamentários, de forma de distribuição e de aplicação de recursos financeiros, de participação de entes administrativo, por exemplo, permitem que o poder Judiciário realize também um controle de políticas públicas, pois mesmo nestes casos há um dano iminente, potencial¹⁵¹. Neste sentido, paradigmático foi o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, onde o Min. Relator Celso de Mello, em decisão monocrática, ementou que:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Desta forma, ainda que o julgamento no plenário tenha sido prejudicado pela promulgação da Lei nº 10.777/2003, que colocou em vigência dispositivo vetado na edição da Lei nº 10.707/2003, em seu art. 55, § 2º, que tratava de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, não há como negar as novas luzes lançadas sobre a jurisdição constitucional.

Mesmo que haja previsões constitucionais abstratas explícitas de vedações de atuação dos demais poderes, com imposição de medidas restritivas de atuação, o desempenho da atividade judicial de controle só será cabível quando visualizado um dano concreto, ainda que iminente, sob pena de o Judiciário estar realizando atividades típicas dos demais poderes.

¹⁵¹ Segue-se aqui o posicionamento de Cássius Guimarães Chai (2007, p. 351) de que: “uma decisão abstrata **não lhe retira as propriedades subjetivas nem desnatura o elemento concreto de seu objeto**, qual seja: o *risco à pretensão ao descumprimento*, à *ameaça ou lesão ao direito* e o *risco*, também ao desconhecimento dessa pretensão”.

Assim, pode-se afirmar que o controle judicial de políticas públicas no atual paradigma do Estado Democrático de Direito revela um enfoque compromissado com a análise coerente e responsável do caso em concreto, o que permitirá também que o controle seja desenvolvido no caso de riscos iminentes e potenciais para salvaguardar disposições constitucionais expressas que envolvam, por exemplo, aplicação mínima de recursos em garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

4.2.2 Do controle judicial de políticas públicas que envolvam direitos individuais, coletivos e difusos.

Como já visto, Dworkin estabelece que os direitos fundamentais são “trunfos” do indivíduo contra objetivos gerais da sociedade que de alguma forma lhe tragam prejuízo. Para este autor, princípios tutelam direitos individuais ou de um grupo de indivíduos, ao passo que políticas serviriam para estabelecer diretrizes gerais de obtenção do bem-estar coletivo.

Dworkin, na construção de sua teoria, traça assim uma distinção clara entre as espécies de normas jurídicas, as quais divide em regras, princípios e políticas, chamando a atenção para o fato de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas.

Considerando o fato de que a reinserção dos princípios no âmbito da normatividade do direito se deve à Dworkin e de que ele limita aparentemente a sua aplicação na defesa de direitos individuais e de um grupo de indivíduos, pode-se chegar a uma conclusão precipitada de que, na tutela dos direitos fundamentais, desenvolvida contemporaneamente através de um sistema jurídico aberto por normas-princípios, a atividade judicial somente seria passível de realização quando envolvesse direitos individuais e coletivos *stricto sensu*.¹⁵²

¹⁵² Toma-se aqui a classificação da tutela coletiva empregada pelo legislador brasileiro quando da promulgação da Lei nº 8078/90, que em seu art. 81 estabeleceu a distinção entre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Numa perspectiva histórica, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Gryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

No campo do controle judicial de políticas públicas, este posicionamento encontra força no pensamento daqueles que entendem haver uma coincidência entre o controle de direitos difusos com a própria realização das políticas públicas, o que poderia violar o princípio da separação dos poderes, afetando gravemente os espaços democráticos deliberativos, como se os direitos difusos se confundissem invariavelmente com os objetivos gerais de bem-estar social.

Assim, para aqueles que pensam desta forma, o Judiciário poderia no máximo adentrar no âmbito das políticas públicas que, de alguma forma, violassem direitos fundamentais individuais e coletivos *stricto sensu*, não cabendo ao juiz salvaguardar os direitos pertencentes a uma esfera de tutela difusa, pois, neste caso, o juiz não teria como deixar de realizar políticas públicas abstratamente, com um olhar futurista, o que lhe seria impedido.

Entretanto, uma análise mais cuidadosa poderá verificar que na doutrina dworkiana não existe uma exclusão explícita da tutela principiológica dos direitos difusos, havendo tão somente uma supressão de campo decisionista eminentemente político, pois para Dworkin os argumentos políticos de diretrizes e objetivos gerais não devem ter uma relevância maior no campo jurídico do que os argumentos de princípios, que salvaguardam direitos, por eles ditos individuais e de grupos. O que há, assim, é uma colisão entre direitos e objetivos gerais, o que não elimina a possibilidade de tutela dos direitos difusos.

Esta abordagem restritiva da tutela judicial dos direitos individuais e, no máximo, coletivos *stricto sensu* possui uma fundamentação histórica¹⁵³ que não se coaduna com a perspectiva posta nos dias atuais. Conquanto seja certo

¹⁵³ Necessário comentar que o pensamento de Dworkin se encontra umbilicalmente ligado ao princípio da igualdade por razões até mesmo históricas. Como esclarece Dimitri Dimoulis, na época das colônias, os norte-americanos continuavam submetidos ao Parlamento do Reino Unido, que, em regra, somente se lembrava dos colonos americanos na fixação e levantamento de impostos, muitas vezes considerados abusivos, gerando um sentimento de desigualdade. Por isso, explica Dimitri, “o documento chamado “Constituição” que deveria fundamentar o poder soberano e limitar o legislador, isto é, a maioria parlamentar, surgiu nos Estados norte-americanos, declarados independentes em 1776, com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de *todos* os poderes estatais, ou seja, também em face do legislador ordinário” (DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 29). Esta é a razão do apego do pensamento estadunidense ao direito individual.

pensar na tutela principiológica dos direitos individuais e coletivos em detrimento das ações impostas pela maioria que violem direitos fundamentais, também o é no caso dos direitos difusos, pois não há como se pensar que os direitos difusos se coadunem sempre com o direito imposto pela maioria parlamentar, que, supostamente, representa a maioria de um povo.

As pressões econômicas que são feitas no parlamento, muitas vezes, tornam as decisões políticas diametralmente opostas aos direitos fundamentais difusos, que não podem, pelo argumento de que as decisões foram tomadas pela maioria, ficar livres de um controle que torne esses direitos efetivos¹⁵⁴. Por este motivo, é que se deve entender que, na verdade, Dwokin não reduz a proteção judicial aos direitos individuais e coletivos *stricto sensu*. Simplesmente ele não se manifestou sobre os direitos difusos, em razão até mesmo de desenvolver um pensamento focado principalmente nos direitos individuais, o que não torna inviável estender a tutela judicial também para os direitos fundamentais ditos difusos, quando violados por decisões da maioria parlamentar ou pelo Executivo¹⁵⁵.

Por outro lado, no quadro de complexidade que vive a sociedade atual, dificilmente se poderia alegar que um determinado direito fundamental possui somente uma determinada dimensão individual, coletiva *stricto sensu* ou difusa, sendo este o pensamento de Marcelo Cattoni ao afirmar que:

“É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do Direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para a sua ‘efetivação’, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana. O direito à liberdade de expressão, por exemplo, num caso concreto, pode ser considerado, conforme argumentação adequada, empreendida pelas partes e devidamente apreciada pelo juiz, como direito individual, coletivo, social e até mesmo difuso, a legitimar, quer o meio processual individual, quer o coletivo, para sua tutela jurisdicional. Daí se poder protegê-lo quando se tolhe ou ameaça tolher a palavra de alguém; ou a participação de uma

¹⁵⁴ Esclarece Eduardo Appio: “Tanto no Brasil, como nos Estados Unidos, os grupos empresariais exercem enorme influência no processo de definição das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, alijando, na maioria dos casos, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal” (APPIO, 2008, p. 36).

¹⁵⁵ Neste sentido, ver as lições de DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4 – Salvador: Editora JusPodvm, 2008, p. 105.

associação representativa de uma coletividade; ou quando se afirma que a educação é pressuposto do ter o que dizer; ou quando se discute o impacto na comunidade da violência ou da pornografia na televisão ou na internet; ou ainda a existência ou não de monopólio dos meios de comunicação.” (OLIVEIRA, *Direito constitucional*, 2002, p.112).

Numa sociedade atual marcada pelo pluralismo, é inconcebível se rotular determinado direito fundamental como individual, coletivo *stricto sensu* ou difuso, sendo certo que a sua tutela deve ocorrer de forma indivisível, na dinâmica própria de cada dimensão¹⁵⁶.

Um bom exemplo da construção intelectual realizada até o presente instante ocorreu recentemente no Estado do Rio de Janeiro, quando, por omissão e ineficiência deste Estado, a população se deparou com um quadro caótico de saúde pública que envolvia o caso da epidemia de dengue, que provocou a morte de dezenas de moradores do Estado do Rio de Janeiro.

Em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, identificou-se que o Estado fluminense não estava cumprindo com as suas obrigações legais há mais de 02 (dois) anos, o que gerou o caos na saúde fluminense, sendo a justiça acionada para que salvaguardasse não a saúde de Fulano ou de Beltrano, de moradores do bairro “A” ou do bairro “B”, mas de toda a coletividade do Estado do Rio de Janeiro, dado que o problema enfrentado naquele Estado possuía uma dimensão que somente poderia ser tratado eficazmente pelo Judiciário através de uma demanda difusa¹⁵⁷.

No caso em questão, foi determinado que o Estado e o Município do Rio de Janeiro encaminhassem, no prazo de 24 horas, os pacientes com suspeita de dengue ou com diagnóstico confirmado à rede médica conveniada ao SUS para o tratamento necessário, sendo que, na impossibilidade de tomada desta medida, ficou subsidiariamente determinado o encaminhamento destes

¹⁵⁶ Sobre as modalidades de controle individual, coletivo e abstrato, ver BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 143-146.

¹⁵⁷ Informações obtidas no site www.mp.rj.gov.br. Acesso em 13 de outubro de 2008.

pacientes para a rede médico hospitalar privada, não conveniada ao SUS, devendo haver devido controle da prestação de serviço bem como o pagamento à instituição privada em até 20 dias com base na tabela do SUS, sendo que, caso os demandados assim não procedessem, as verbas orçamentárias municipal e estadual destinadas às políticas públicas não prioritárias constitucionalmente deveriam ser bloqueadas para o devido pagamento dos serviços prestados.

Destaca-se que, desde 2006, os entes da Federação (Município, Estado e União) foram condenados a, entre outras medidas, realizar a contratação de 2.748 profissionais para atuar no controle da doença, tamanho o descaso e a gravidade do até então existente surto de dengue.

Este é um caso que torna bastante perceptível a noção de que nem sempre o direito difuso coincidirá com a decisão da maioria ou com os desejos inconfessáveis do administrador ou do legislador, cabendo ao Judiciário, na qualidade de poder contra-majoritário, garantir os direitos fundamentais cabíveis à espécie, ainda que tutelados numa dimensão difusa.

Conclui-se, portanto, que, diante da pluralidade e complexidade da sociedade atual, bem como da indivisibilidade dos direitos fundamentais, o poder Judiciário pode e deve¹⁵⁸ intervir em casos de omissão ou ineficiência na concretização de políticas públicas que envolvam direitos fundamentais em sua dimensão individual, coletiva *stricto sensu* e difusa, devendo, no entanto, tomar as devidas precauções para que sua interferência se dê modo a garantir a eficácia destes direitos numa perspectiva de especialização de funções, onde a realização destas políticas públicas continue sendo efetuada pelos poderes designados para tanto, com a tomada de medidas fiscalizatórias que garantam o seu real cumprimento.

¹⁵⁸ Andreas Krell afirma que “onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível de Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir” (KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 25-60p.)

4.2.3 O controle judicial na formulação e na execução de políticas públicas

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência tratam do tema da efetivação das políticas públicas de forma ampla, não conseguindo perceber a diferenciação que existe dos momentos de consumação destas políticas. Isto se deve principalmente pelo fato de que o tema do controle judicial de políticas públicas passou a ser estudado recentemente, o que não permitiu uma maior difusão da sua complexidade, estando ainda em formação uma teoria mais densa envolvendo a sua análise.

É preciso começar a se firmar um posicionamento jurídico que estabeleça uma diferenciação entre dois momentos distintos no campo da efetivação das políticas públicas, pois isto produzirá diretamente efeitos no âmbito de atuação do Judiciário.

A complexidade que abrange o tema do controle judicial de políticas públicas não permite que a análise do intérprete deixe de enfrentar as suas situações peculiares, pois as mesmas demandam um tratamento individualizado do Judiciário.

Em recente estudo desenvolvido sobre o controle judicial de políticas públicas no Brasil, Eduardo Appio apresenta uma divisão concretizadora de políticas públicas que se desenvolve no plano da formulação e da execução destas políticas (2008, p. 150-206), o que, de fato, guarda pertinência com a realidade fática e jurídica, envolvendo aspectos importantes sobre a temática.

No aspecto amplo da concepção de políticas públicas, pode-se tomar o início de suas atividades já na constituição das leis que disciplinarão o próprio conteúdo material do direito fundamental a ser assegurado. Desta forma, as políticas públicas abrangeriam tanto os atos do Legislativo quanto os atos do Executivo, estando presente inclusive na elaboração da Constituição.

Ocorre que, se sob este aspecto, os atos legislativos guardam real importância para a formulação das políticas públicas, não quer dizer que esta formulação

seja competência única e exclusiva do poder Legislativo, como afirma Eduardo Appio (2008, p. 156). Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas são as possibilidades do Executivo de dar início ao processo legislativo, cabendo-lhe ainda um controle de veto sobre a edição das leis. Esta participação executiva na formulação das políticas públicas é enaltecida no plano concreto, quando a ele caberá, muitas vezes, definir as prioridades para a implementação de certa política pública.

Tem-se, então, certamente uma co-participação destes poderes na formulação das políticas públicas com a finalidade de atenderem e de preservarem os direitos fundamentais elencados na Constituição da República. Esta co-participação tem evoluído no atual paradigma de direito com o ingresso da sociedade, pois cada vez mais são criados espaços públicos de deliberação democrática que tratam de analisar e de vincular a ação estatal na concretização dos direitos fundamentais. Como exemplos destes espaços, podem ser citados os conselhos municipais, como o de saúde, o de direitos da criança e do adolescente e o de segurança pública.

Esta formulação de políticas públicas deve ser entendida como o momento de discussão, análise, planejamento, estratégia, deliberação e definição de qual política pública será desempenhada pelo Estado de forma a atender melhor os anseios sociais de materialização dos direitos fundamentais.

Como já visto, no paradigma constitucional atual, a participação social deve ser incentivada, respeitada e cumprida, de forma que o Estado deve estar preocupado em criar espaços de deliberação pública onde, democraticamente, consiga-se estabelecer um modo de agir político que atenda aos cidadãos em suas necessidades na medida das reais possibilidades. É nesta perspectiva que Habermas fala em autonomias privada e pública, de forma a tornar o cidadão um agente capaz de decidir o seu futuro e da sociedade, transformando-o simultaneamente em autor e beneficiário das ações estatais.

A proliferação destes espaços sociais permite o agir comunicativo dos cidadãos, num processo que os liberta de um sistema patriarcal-estatal, que os

aprisionava numa cultura atrasada de um “Estado providência” capaz de suprir todas as suas necessidades, sem que os mesmos fossem ouvidos quanto ao modo de atuar estatal, sendo comum por seus seguidores ser interpretada a ação estatal como uma “boa ação” personificada de determinado agente público.

Assim, no Estado democrático de direito, torna-se impreterível a participação da sociedade na formulação das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário, prioritariamente, a função de resguardar os espaços de deliberação democrática. Por esta razão, na formulação das políticas públicas, a sua intervenção de controle ocorre de uma forma mais branda, assegurando a participação efetiva da sociedade na deliberação destas políticas, com respeito os direitos fundamentais.

Pode-se pensar, num primeiro momento, que em razão da afirmação acima o controle judicial da formulação de políticas públicas seria praticamente irrisório. Contudo, esta não é a melhor análise da importância da atuação judicial nesta fase concretizadora das políticas públicas, pois, de início, é possível constatar que somente garantir a efetiva observância dos procedimentos de deliberação democráticos já é uma missão de extrema complexidade. Principalmente, focando a atenção judicial para um controle de participação social efetiva nos processos de deliberação política.

Esta atenção judicial é essencial para a própria sobrevivência do sistema democrático, garantindo a sua plena eficácia, de forma a se evitar um sistema de chancela das vontades do Executivo e do Legislativo. Garantir a efetiva participação do indivíduo no processo de deliberação democrático é salvaguardar o próprio sistema democrático, evitando os arbítrios dos governantes.

Como já visto, os próprios procedimentalistas, especialmente Habermas, entendem que esta participação efetiva só ocorrerá quando houver o envolvimento de cidadãos minimamente livres e iguais para deliberar sobre o

futuro da comunidade¹⁵⁹. Assim, além de salvaguardar o procedimento de deliberação democrática das políticas públicas, o Judiciário deve estar atento para garantir que a participação da sociedade nestas deliberações tenha ocorrido de forma efetiva, focando sua atenção para os pressupostos comunicativos e para as condições processuais.

Além disto, ainda que as políticas públicas tenham sido deliberadas pela maioria de certa comunidade, elas não deverão ser concretizadas se as mesmas violarem direitos fundamentais da minoria democrática, quando então o Judiciário exercerá o seu caráter constitucional de poder contra-majoritário.

O que se quer afirmar é que a vontade da maioria não é soberana, pois também ela deve obediência à Constituição, em respeito aos direitos fundamentais da sociedade, que não pode ter seus direitos fundamentais cerceados por ato de vontade da maioria. Neste sentido é a observação de Cláudio Pereira Souza Neto, a saber:

“Os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e atendo-se ao campo da neutralidade política.” (SOUZA NETO, 2008, p. 322-323).

Ocorre que, tomada a afirmação acima em suas últimas conseqüências, o Estado estaria inviabilizado, pois toda ação estatal agrada a muitos e desagrade a tantos outros, que podem se sentir violados em alguma porção de algum direito fundamental que lhes pertença. A preferência de alguma ação revela sempre a não escolha de outras tantas. Desta forma, como poderá o Judiciário intervir nas escolhas democráticas envolvendo a formulação de políticas públicas?

¹⁵⁹ O que não quer dizer que estes cidadãos devam ter o mesmo grau de instrução, as mesmas condições econômicas ou sociais. Devem, na verdade, possuir a capacidade mínima de conseguir se expressar nos espaços públicos democráticos de acordo com as suas vontades e interesses e tomar as suas decisões de forma autônoma.

Retomando o exemplo criado no início do item 4.2, pode-se observar, de início, que o “governante” daquele lar decidiu, ao arrepio das necessidades básicas de seu lar, adquirir um aparelho de televisão sacrificando considerável quantia dos recursos financeiros da sua família, em favor de seus caprichos pessoais, que se estenderam na aquisição de um pacote especial de jogos de seu time de futebol.

No caso, a reflexão proposta perpassa a idéia da possibilidade, ou não, de determinado pai de família/governante comprometer seriamente as necessidades mínimas de seus familiares em prol de suas convicções particulares.

A questão se torna mais complexa na medida em que, ao serem questionados, a esposa e o filho adolescente afirmam terem “aceitado” a decisão do genitor/governante, o que tornaria a decisão um ato de maioria dentre daquela unidade familiar.

Mas, será que neste caso o administrador do lar teria tamanha liberdade de escolha? Será que o ato de aceitação proferido pelos demais entes da família poderia legitimar a decisão tomada? Por fim, ainda que a decisão tomada tenha sido expressão de um ato de maioria, poderia este ato comprometer a esfera mínima de desenvolvimento normal da criança de 05 anos?

Inicialmente, ao se aceitar a idéia de que o chefe de família possa escolher livremente as necessidades a serem atendidas prioritariamente pelos recursos da família, estará se legitimando o retorno dos pensamentos dos paradigmas liberal e social ao Estado democrático de direito, na medida em que permite a escolha unidimensional descomprometida com as necessidades sociais desta família.

Fato é que, no exemplo formulado, a situação de precariedade da família já era anterior ao ato de escolha, devendo as atenções dos entes familiares estarem voltadas para o suprimento das necessidades básicas da família. Tal

entendimento reforça o Estado democrático de direito no exato sentido de fortalecimento da autonomia privada de cada agente desta família.

Como já visto, a teoria do discurso habermasiana impõe a garantia de condições mínimas de participação do sujeito no processo deliberativo, como forma de garantir a sua autonomia na formação da vontade e da decisão, o que, com certeza, não ocorre em casos de profundos *déficits* de direitos fundamentais. Neste sentido, o pensamento de Habermas, a saber:

(...) não haverá direito algum, se não houver liberdades subjetivas de ação que possam ser juridicamente demandadas e que garantam a autonomia privada de pessoas em particular juridicamente aptas; e tampouco haverá direito legítimo, se não houver estabelecimento comum e democrático do Direito por parte de cidadãos legitimados para participar desse processo como cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, *A inclusão do outro*, 2002, p. 87.)

Assim sendo, considerando o fato de que o lar do “governante” era desprovido de necessidades existenciais básicas, como alimentos, saúde, vestuário, higiene e segurança, outra na poderia ser a decisão da sua esposa e do seu filho senão a de “aceitarem” a escolha do patriarca, pois, na situação de miséria em que vivem, a dependência é total, não se podendo falar em qualquer tipo de margem de autonomia que legitime a decisão. Não há uma decisão. O que há é um ato de sobrevivência; um ato de “aceitação” e não de vontade.

Não se garante um espaço de deliberação democrático com a participação dos sujeitos de forma absolutamente desigual, pois aí a decisão será fruto de um processo meramente de dominação, o que o que é totalmente repudiado no atual paradigma democrático.

Por estas mesmas razões é que a decisão da maioria da família também não poderia ferir o espaço de tutela mínima das condições necessárias para o pleno desenvolvimento da criança de 05 anos.

Ainda que a escolha feita pela família fosse realizada entre os demais sujeitos familiares em condições de autonomia plena, não se pode dizer o mesmo da

criança, que, pelo seu estado de desenvolvimento mental, não poderia entender plenamente as suas vontades e formar a sua decisão sem comprometer o seu futuro. Do contrário, acatando a tese da maioria em desfavor das necessidades mínimas da criança, a mesma estaria condenada eternamente a um processo de exclusão e dominação social.

Um sujeito sem educação, sem saúde e faminto com certeza não exercerá a sua cidadania ativamente na esfera pública de debates, o que comprometerá tanto o seu entendimento da vontade quanto a formação da decisão.

Da mesma forma, um sujeito desprovido de segurança pública também não participa autonomamente no processo deliberativo, pois não consegue criar um ambiente de segurança no qual possa declarar a sua decisão. É claro que o sentimento de insegurança também pode afetar o processo de formação da vontade do sujeito, pois o império do medo age como real limitador do entendimento, razão pela qual se torna necessário salvaguardar as condições mínimas de segurança da sociedade.

Assim, pode-se afirmar que o Judiciário deve evitar ao máximo intervir no processo de escolhas democráticas da sociedade. Entretanto, existem decisões tomadas pela maioria democrática que podem comprometer seriamente a vida de cada indivíduo e de, praticamente, toda a sociedade, retirando da mesma as autonomias pública e privada necessárias para conferir legitimidade para o próprio sistema democrático. Nestes casos, então, o Judiciário tem o dever de assegurar aquilo que tradicionalmente a doutrina tem denominado de “mínimo existencial”.¹⁶⁰

O “mínimo existencial” é uma criação doutrinária alemã que visa garantir um limite máximo de omissão estatal, pois defende a idéia de que existem

¹⁶⁰ No Brasil, deve-se ressaltar a contribuição de Ricardo Lobo Torres nesta temática, sendo o primeiro doutrinador, pelo que se sabe, a apresentar um estudo sobre a questão do mínimo existencial. Neste sentido, ver: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 20-49. Numa visão histórica, imperdível a leitura de TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

condições limites para a existência humana digna, sobre as quais o Estado não pode se omitir, devendo, ao contrário, arcar com os custos da existência individual digna.

Numa análise sintética, segundo Ingo Sarlet (2008, p. 25), pode-se conceituar o mínimo existencial como o “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”. É importante registrar que, em recente estudo, este autor fez questão de distinguir o mínimo existencial fisiológico, que constitui o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, do mínimo existencial sociocultural, que objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social (2008, p. 21).

De se observar, rapidamente, que, ao se defender a proteção de um limite mínimo de condições existenciais de cada indivíduo, não se quer reduzir o campo de efetividade dos direitos fundamentais, como entendem alguns¹⁶¹. Ao contrário, procura-se estabelecer um *standard* de atuação estatal que garanta as condições humanas mínimas para a existência digna de cada cidadão, fortalecendo a sua própria capacidade de lutar pelos seus próprios direitos fundamentais. Na verdade, a garantia isonômica do “mínimo existencial” a todos os cidadãos é o primeiro passo para o estabelecimento de uma ordem jurídica de máxima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais sociais¹⁶².

Também hoje a doutrina já vem fazendo questão de diferenciar o “mínimo existencial” do “mínimo vital”, pois não interessa ao Estado que os seus cidadãos sobrevivam sem um mínimo de qualidade em suas vidas, o que é defendido pelo pensamento do “mínimo vital”, mas promover uma vida social harmônica, em que seja oportunizado a cada cidadão o desfrute de uma vida

¹⁶¹ Reservas à noção do mínimo existencial podem ser extraídas de FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74-75.

¹⁶² Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25.

condigna, com garantia de condições materiais mínimas (SARLET, 2008, p. 22).

Normalmente, ao se afirmar o “mínimo existencial”, tem-se no horizonte a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual seus defensores, em regra, o correlacionam juridicamente com este princípio, buscando-lhe aferir normatividade. Entretanto, a visão constitucional contemporânea necessita ter um pouco mais de amplitude, pois, certamente, ao se defender um Estado constitucional que promova a plena participação social dos indivíduos nas esferas públicas de decisão, a questão que toma maior relevância é a das autonomias privada e pública. Assim, é necessário que o “mínimo existencial” ganhe, cada vez mais, uma dimensão de *promoção das autonomias privada e pública*.

Assim, constatado que a omissão estatal na formulação de políticas públicas tem afetado seriamente as condições materiais mínimas de um único indivíduo, o juiz deve intervir, construindo, no caso concreto, a exata solução que atenda às necessidades materiais deste indivíduo. Tal pensamento, ressalte-se, também pode ser aplicado na dimensão da tutela dos direitos coletivos, não havendo sentido para uma limitação individual da intervenção judicial.

Além desta análise, poderá também o Judiciário se intrometer na formulação de políticas públicas quando a solução do caso enfrentado aponte somente para uma atitude a ser tomada, o que a doutrina vem classicamente denominando de caso de “discricionariedade zero”.

De fato, na formulação das políticas públicas a serem desempenhadas num determinado caso concreto, ainda que as mesmas não violem direitos fundamentais em seu aspecto mínimo, pode ocorrer que somente haja uma solução possível para o caso, quando então o Judiciário, aplicando o princípio da razoabilidade poderá determinar que o Executivo adote a solução adequada

para o caso. Emerson García de Enterría bem explica a idéia da discricionariedade zero¹⁶³, senão vejamos:

“[...] Ocorre, com alguma freqüência, que essa inicial pluralidade de soluções alternativas que a norma habilitante de um poder discricional faz possível se reduz notavelmente nos casos concretos, como conseqüência natural do próprio procedimento administrativo que a Administração vem obrigada a seguir para efetuar a eleição que essa norma faz possível. Para isso está, precisamente, o procedimento administrativo, cuja função institucional é assegurar ‘a legalidade, o acerto e a oportunidade’, das decisões da Administração. No processo contencioso-administrativo contra a decisão concretamente adotada, é também possível que, como conseqüência do mesmo, o leque de alternativas disponíveis se reduza todavia mais e, inclusive, que desapareça e só fique em pé ao final do mesmo uma única solução. Isto é o que a doutrina alemã chama de ‘**reducción a cero (Ermessensreduzierung auf Null)**’ da discricionariedade. Quando esta se produz em um processo dado, é absolutamente inevitável que o juiz a reconheça e assim incorpore ao fato essa única solução já possível, porque assim o impõe a lógica mais elementar e assim o exige, enfim, o direito fundamental a uma tutela judicial efetiva e plena que reconhece e garante o art. 24 da Constituição”. (ENTERRÍA, 1998, p. 474)

Na complexidade da vida contemporânea atual, com uma sociedade cada vez mais plural, é certo que esta única solução possível para um determinado caso não ocorre com certa facilidade. Entretanto, em diversos casos, com o advento do neoconstitucionalismo e da noção da *juridicidade administrativa*, poderá se concluir pela exclusão do *se*, cabendo tão somente ao administrador a análise de *como* atuar. Neste sentido, Gustavo Binjenbojm (2006, p. 230-231) fornece um bom exemplo de aplicação da *redução da discricionariedade a zero*, a saber:

Imagine-se, *v.g.*, um contexto em que autorizações (consentimentos discricionários) vinham sendo concedidos a todos os novos hospitais e casas de saúde de determinada região da cidade, por entender a autoridade competente que tal região seria carente de serviços de saúde. Confiando legitimamente em tal postura administrativa, uma empresa da área de saúde realiza um vultoso investimento na construção de uma moderna clínica, na compra de equipamentos e na contratação de profissionais. No momento da apreciação do pedido de autorização, todavia, a autoridade competente muda sua

¹⁶³ Sobre o tema, ver também MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169-170, para quem “há *redução da discricionariedade a zero*, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível”. Ver ainda, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 230.

orientação e a indefere, por considerar que o número existente de estabelecimentos já seria suficiente. Aqui, por incidência dos princípios da proteção da confiança legítima e da moralidade administrativa, dentre outros, o espaço da discricionariedade é reduzido a zero, nada restando ao juiz senão determinar a concessão da autorização.

Com facilidade, tal entendimento é aplicado na proteção do direito fundamental à segurança pública. Sabe-se que, em grandes eventos musicais, o organizador, ainda que contrate um serviço particular de segurança, tem a responsabilidade de solicitar a presença da Polícia Militar no local, no intuito de oferecer segurança para os participantes do evento, bem como para os moradores do localidade, transeuntes, trabalhadores e comerciantes. Seguindo as recomendações passadas pelo Comando da Polícia Militar, este organizador toma todas as providências, dentre elas, inclusive, o depósito exigido para o Fundo Compensatório da Polícia Militar, para que seja autorizada administrativamente a presença do efetivo necessário para garantir a segurança no local. Ocorre que, às vésperas da realização do evento, o organizador do evento é comunicado de que seu pedido não será atendido, pois não é de interesse do grupo político que governa aquela localidade que o evento seja realizado, afinal, no pleito eleitoral anterior, este organizador apoiou o grupo político adversário. Ora, neste caso, fica evidente que o evento e a segurança pública no local devem ser garantidos pelo Judiciário, que deverá tomar todas as providências jurídicas para que, no dia do evento, a segurança pública seja efetivamente prestada.

A mesma decisão poderia ser tomada quando da construção de uma sede para a instalação de um destacamento de polícia em determinada localidade de acordo com as decisões administrativas anteriores, sendo possível a interferência do Judiciário para garantir a prestação do serviço adequado.

Na verdade, em muitos casos, a noção da *discricionariedade a zero* apresentará pontos de contato com a própria noção do *mínimo existencial*, na medida em que, nestes casos, outra solução não existirá ao administrador senão a de prover as necessidades existentes.

É importante também destacar que, por outro motivo, o pensamento da *discricionariedade a zero* guarda sintonia com o pensamento habermasiano na medida em que privilegia o princípio da igualdade.

Conforme já visto, Habermas (2003a, p. 159) defende uma visão dos sujeitos como destinatários e autores de direitos, sendo necessário se assegurar uma efetiva participação destes autores na arena pública de debates. Para este pensador, esta categoria de autor só será desempenhada se forem garantidos aos sujeitos os “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados”.

Fica claro em Habermas que as condições equânimes de aproveitamento de direitos fundamentais devem ser observadas no processo democrático, razão pela qual também o Judiciário deve desempenhar as suas funções para garantir a proteção ao princípio da igualdade.

É interessante observar que a doutrina tem se debatido quanto à possibilidade do controle judicial de políticas públicas na omissão total¹⁶⁴ e parcial (também chamada de ineficiência) da administração pública. Enquanto que, na omissão total, o Estado não estaria desenvolvendo qualquer atividade no intuito de concretizar direitos fundamentais, na omissão parcial, existiriam políticas públicas tendentes a efetivar direitos fundamentais, sendo que, no entanto, elas seriam insuficientes para atender a demanda, no que se inclui também a questão de adoção de critérios que violem a igualdade entre os cidadãos.

A questão do controle da omissão total e da omissão parcial na formulação de políticas públicas não parece dissentir do que até aqui já foi afirmado. A

¹⁶⁴ Cabe registrar que Américo Bedê fala em controle da omissão qualificada, quando o direito fundamental encontra-se expresso no texto constitucional. Afirma que “não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida (2005, p. 68-71). Sobre o tema ver ainda, CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2003 e GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

diferença é de enfoque, mas termina por ressaltar todo o pensamento já discorrido, pois, no final das contas, defende-se que a intervenção do Judiciário nas demais funções estatais deve ocorrer somente em situações específicas, com a análise em concreto da violação do núcleo básico dos direitos fundamentais dos cidadãos. E isto pode ocorrer tanto na questão da omissão total quanto na omissão parcial.

Melhor explicando, um processo de deliberação democrática pode concluir pela não prestação de determinado serviço público em determinadas condições ou em determinado tempo, o que deve ser respeitado por todos, inclusive pelo Judiciário. Caso isto viole o núcleo básico dos direitos fundamentais, impedindo que o cidadão desfrute de uma vida digna, o Judiciário deve intervir para garantir este “mínimo” existencial. O que também deve ocorrer em razão da não observância do procedimento deliberatório ou no caso da questão apresentar somente uma solução possível, que trata da *redução da discricionariedade a zero*.

É certo também que a análise da omissão parcial é muito mais complexa, pois a ineficiência das políticas públicas pode envolver diversos fatores que não fazem parte do controle administrativo. No caso da segurança pública, por exemplo, pode-se chegar ao caso de o Estado investir muitos recursos financeiros em políticas preventivas e repressivas, com aumento de verba também para as demais políticas sociais, com o desenvolvimento de um sistema de acompanhamento de casos de violência de primeiro mundo, e ainda sim os índices de violência continuarem a crescer em certo tempo numa determinada comunidade¹⁶⁵.

Entretanto, ainda que a análise possa se tornar complexa e, muitas vezes, prejudicada, o que se deve buscar é o afastamento das zonas absolutas de

¹⁶⁵ Ao desenvolver seu estudo sobre o controle judicial de políticas públicas, Ana Paula de Barcellos apresentou objetos e modalidades deste controle, afirmando que ele deveria ocorrer na questão de fixação de metas e prioridades, do resultado final esperado das políticas públicas, da quantidade de recursos a ser investida, do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Porém, em momento algum ela relacionou diretamente estes controles com os resultados obtidos na prática pela prestação de serviço público, dado as contingências existentes.

certeza de deficiência, ou de certeza negativa, i.e., deve-se buscar identificar aqueles casos de omissão parcial totalmente ineficiente, pois estes não podem ser tolerados¹⁶⁶.

Enfim, pode-se dizer que os casos de omissão parcial estão muito mais relacionados com a própria execução de políticas públicas do que com o âmbito de formulação das mesmas, vez que, muitas vezes, irá tratar da isonomia na execução das políticas públicas, razão pela qual se iniciará a análise do controle judicial de execução de políticas públicas.

Inicialmente, da análise do sistema funcional do Estado, pode-se concluir que a execução das políticas públicas é tarefa constitucionalmente atribuída ao poder Executivo, que, direta ou indiretamente, as executa, conforme as determinações legais, na medida da sua conveniência e oportunidade. A questão é que, como já exposto, a discricionariedade do administrador, nos dias atuais, tem sido diminuída em nome da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual, através da noção da *juridicidade administrativa*, o Judiciário tem sido chamado a participar ativamente da construção do Estado.

Se no domínio da formulação das políticas públicas a participação do Judiciário deveria ser, de certa forma, mitigada, num claro respeito às decisões democraticamente construídas, no campo da execução destas políticas, a atuação do Judiciário ganha uma nova dimensão. A sua intervenção, deste modo, passa a ser exigida para garantir a efetividade das decisões institucionais e sociais tomadas anteriormente, determinando ao Executivo a adoção de medidas cabíveis em respeito às decisões prévias, de forma a torná-las concretas.

¹⁶⁶ A idéia é a mesma empregada no caso dos conceitos jurídicos indeterminados. Gustavo Binenbojm (2006, p. 211 e ss.) esclarece, com já visto, que, nestes casos, é possível identificar zonas de certeza positiva, zonas de penumbra, ou de incertezas, e zonas de certeza negativa. No caso de ineficiência na prestação de serviço, a atuação judicial deve estar focada para os casos de certeza negativa, onde o erro é evidente, sendo-lhe vedado controlar os outros casos.

Assim, o Judiciário nunca deverá desconsiderar as decisões institucionais e sociais pretéritas, sendo que as suas intervenções no controle das políticas públicas desenvolvidas em decorrência dessas decisões possuem dimensões diferentes. De fato, enquanto que na formulação das políticas públicas a sua ação será preponderantemente negativa, no sentido de não sobrepor suas preferências às vontades democráticas, na execução das políticas públicas sua ação será caracteristicamente positiva, no sentido de forçar o cumprimento das decisões pretéritas em respeito às deliberações democráticas.

É que, neste momento de execução, tendo ocorrido a deliberação social sobre certa política pública, com conseqüente decisão de execução de determinada ação, não cabe ao administrador exercer a sua discricionariedade no sentido de fazer ou não fazer, mas somente de como fazer, como já antes explicado. Tal afirmação vem ao encontro do pensamento doutrinário de diminuição do âmbito de escolha do administrador. Não se pode aceitar que um comando do Legislativo ou de um Conselho com força deliberativa não seja cumprido por mero capricho ou vontade política de determinado administrador.

Um comando normativo específico não pode ser descumprido pelo administrador, sendo que, diante de uma contingência que lhe impeça de concretizá-lo, a fundamentação de sua decisão deve ser expressa para permitir um maior controle social. Isto não é diminuir ou desmerecer o Executivo, mas fortalecer as decisões deliberativas sociais.

Quanto à necessidade de fundamentação das decisões que não executam os comandos normativos, verifica-se que esta exigência é constitucional, na medida em que o princípio da legalidade e o da publicidade estabelecem um atuar transparente e legal, o que só pode ser realizado pela justificação expressa. Este pensamento em nada se difere ao contido na súmula vinculante nº 11 do STF, que exige a justificação por escrito do uso de algemas.

Vejamos: se um policial em ação na rua flagra uma ação tipificada como crime de roubo e consegue deter o criminoso, havendo necessidade de algemá-lo, somente poderá fazê-lo legalmente se escrever em seu relatório o motivo do

uso das algemas. Tal exigência se justifica por proteção aos direitos fundamentais do criminoso, o que é sagrado no constitucionalismo contemporâneo. Este mesmo pensamento pode e deve ser exigido do administrador, e com muito mais razão, senão vejamos: a execução de uma determinada política pública, em regra, estará vinculada a proteção e efetivação de algum direito fundamental, geralmente com proporções muito maiores do que a do uso de algemas. Na medida em que o administrador nega a proteção e a efetivação deste direito fundamental, a justificação deve ser expressa e fundamentada, da mesma forma que é exigido do policial. É esta fundamentação que permitirá um controle maior das suas ações, não havendo construção racional convincente que justifique o contrário.

Independentemente da justificação ou não da decisão tomada, no caso de existir um comando normativo expresso, havendo omissão ou ineficiência da execução das políticas públicas específicas, o poder Judiciário deve intervir para garantir a sua efetivação.

Especificamente em relação ao direito fundamental à segurança pública, a Lei de Execução Penal é rica em comandos normativos específicos, quando, por exemplo, estabelece em seu art. 83 que o “estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”. Ainda outro caso pode ser citado quando disciplina em seu art. 88 que “o condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo dito em seu parágrafo único que “são requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6m² (seis metros quadrados)”.

É vergonhoso ver como o sistema penitenciário tem sido sucateado pelos governos brasileiros, que ano após ano têm se omitido no enfrentamento da grave questão carcerária. Como imaginar o retorno ressocializado de um

apenado ao convívio social numa situação caótica de superpopulação carcerária e total abandono assistencial por parte do governo.

As violações do Executivo são claríssimas, não podendo o Judiciário se omitir. As intervenções para se exigir o cumprimento destes comandos normativos são urgentes, pois as omissões estatais violam, certamente, os direitos individuais dos apenados, os direitos coletivos e sociais dos agentes penitenciários e os direitos difusos de toda a coletividade, que arca, através de tributos, com os custos para a prestação adequada do serviço público, sendo que o que se vê na prática é um total desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ainda que os comandos normativos não sejam tão específicos, entende-se que o núcleo essencial¹⁶⁷ dos direitos fundamentais pública também devem ser preservados, cabendo ao Judiciário o seu controle. Desta forma, no caso de abandono estatal na prestação mínima do serviço público, cabível também a interferência judicial para garantir o seu cumprimento¹⁶⁸.

Na perspectiva de que o Estado é de todos e de que os direitos fundamentais devem ser garantidos isonomicamente para cada cidadão, o Judiciário deve tomar medidas que garantam a execução de políticas públicas que efetivem, pelo menos, o núcleo essencial dos direitos fundamentais indistintamente¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ainda que alguns visualizem que as temáticas do “mínimo existencial” e o do “núcleo essencial” somente possam ser empregadas nos casos envolvendo direitos sociais, é de se entender a maior abrangência de tal pensamento, conforme lições de Ingo Sarlet (2008, p. 26), a saber: “verifica-se que mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial”.

¹⁶⁸ Diversas são as ações civis públicas ajuizadas neste país que exigem a prestação adequada do serviço de segurança pública, cabendo pontuar especificamente uma ajuizada no município de Jaguaré/ES sob o nº 065.08.000130-1. Neste caso, o Ministério Público Estadual, diante do abandono da delegacia de polícia local, que contava com número reduzidíssimo de policiais civis, requereu ao Judiciário que impedisse a transferência de policial civil daquela comarca e que reativasse a cadeia pública local. Este caso será melhor analisado mais adiante.

¹⁶⁹ Na discórdia envolvendo a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais, filia-se à tese da relatividade destes núcleos, que devem ser obtidos na análise dos casos concretos. Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25-26.

Com esta afirmação, há de se reconhecer que no controle da execução de políticas públicas são dadas mais ferramentas ao Judiciário para buscar uma máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, também é possível se trabalhar com o conceito da *discricionariade reduzida a zero*, na medida em que a atuação do Executivo deve ocorrer de forma racional, plenamente justificada, garantindo a todos os cidadãos indistintamente o mesmo tratamento.

Desta forma, na execução de políticas públicas, o Executivo deve agir de forma a prestar os seus serviços igualitariamente, cabendo ao Judiciário agir para garantir a obediência do princípio da igualdade pelo Executivo.

E como é que a intervenção judicial poderia ocorrer na prática? Quais seriam os limites das decisões judiciais? Será que na garantia do “mínimo existencial” a atuação do Judiciário teria algum marco demarcatório extremo que inviabilizasse a própria proteção deste mínimo?

Como já anteriormente afirmado, a construção do constitucionalismo moderno se deve à necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Ainda que de cunho prestacional, cabe ao Estado promover a concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Com Dworkin, identifica-se o pensamento de que a atuação judicial deve ocorrer até o ponto da necessidade da materialização e da proteção dos direitos fundamentais. Portanto, os juízes devem fazer cumprir os direitos fundamentais na exata medida da tutela dos interesses daqueles que os direitos devem proteger (2007b, p. 467).

Contextualizando para o pensamento desenvolvido, identificada uma violação aos casos apresentados de possibilidade de intervenção judicial, o Judiciário deve tomar todas as medidas para que a infração seja cessada, podendo, até mesmo, impor obrigações positivas ao administrador, sempre na exata necessidade de proteção do direito fundamental violado.

Isto não é nenhuma novidade no sistema jurídico brasileiro, havendo inúmeros julgados determinando ao Executivo a realização de ações positivas, como a construção de creches e de escolas, a contratação de professores¹⁷⁰, o fornecimento de remédios, a construção de unidade de internação para adolescentes, dentre tantos outros¹⁷¹.

Entretanto, mesmo diante da imposição judicial de ações positivas ao Executivo, deve ser reafirmado que não cabe ao poder Judiciário a realização de políticas públicas, que é dever do Executivo, sendo a razão de sua atuação a proteção absoluta dos direitos fundamentais.

Desta forma, possível uma reflexão sobre a atuação judicial no caso já descrito da dengue no Rio de Janeiro. Neste evento, ao identificar o grave problema de epidemia de dengue no Estado do Rio de Janeiro, o Judiciário proferiu decisão no sentido de que o Estado e o Município do Rio de Janeiro encaminhassem, no prazo de 24 horas, os pacientes com suspeita de dengue ou com diagnóstico confirmado, às clínicas e hospitais conveniados ao SUS que possuíssem clínica médica e pediatria, para que estas fossem integradas à rede de urgência de atenção à dengue, a fim de receberem primeiro atendimento, tratamento ambulatorial, exames e internação, além das demais medidas necessárias ao diagnóstico e tratamento. Continuando, se não fosse possível adotar a providência inicial, o Judiciário determinou que os demandados encaminhassem os pacientes à rede médico hospitalar privada, não conveniada ao SUS, devendo haver devido controle dos usuários atendidos e o pagamento à instituição privada em até 20 dias com base na tabela do SUS. Ainda determinou, na hipótese de não adoção das medidas apontadas anteriormente, o bloqueio da verba orçamentária municipal e estadual destinada às políticas públicas, sob o ponto de vista constitucional não prioritárias, tais como a realização de shows na orla litorânea, patrocínio de clubes de futebol e publicidade, com o empenho da quantia necessária ao

¹⁷⁰ No STA 241-7/RJ, o Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes determinou ao Governo do Rio de Janeiro a contratação de professores para o Município de Queimados/RJ.

¹⁷¹ Ainda que se refiram aqui a ações positivas, não se nega a possibilidade, até mesmo clássica, de o Judiciário impor uma obrigação negativa, como no caso da súmula vinculante nº 11 do STF, que disciplina o uso das algemas.

pagamento do particular pelo próprio poder Judiciário, utilizando-se da própria rubrica destinada as ações de saúde, ressaltando a não submissão ao regime de precatórios por se tratar da hipótese prevista no parágrafo 1º - A do artigo 100 da CRFB/88.

No caso, após impor algumas obrigações positivas, a magistrada entendeu por, em razão de não cumprimento das determinações anteriores, realizar, *subsidiariamente*, o bloqueio de verbas orçamentárias não prioritárias constitucionalmente para pagamento direto pelo poder Judiciário às clínicas particulares que atendessem os contaminados pela dengue, baseada no art. 100, § 1º-A, da CRFB.

Como já afirmado anteriormente, a atuação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais deve ser proporcional à lesão praticada, sendo imperiosa a determinação de medidas que cessem o dano, sempre respeitando a especialização das funções administrativas, em cumprimento da ordem constitucional vigente. Isto não quer dizer que o Judiciário não possa aperfeiçoar as decisões institucionais pretéritas para salvaguardar direitos fundamentais, como no caso de necessidade de fornecimento de remédio não contido na lista governamental, comprovada a excepcionalidade da medida, como no caso da existência de uma alergia ao medicamento provido pelo governo, quando então, diante da negativa do Executivo em fornecer espontaneamente o medicamento, o Judiciário deve determinar a entrega do remédio necessário.

Ao se deparar com as determinações contidas na decisão do Judiciário em questão, vislumbra-se um escalonamento de prioridades de ação, que respeitam, sem dúvida, a questão das especializações de funções, guardando inicialmente ao Executivo o *como* discricionário, mas não o *se*, pois a lesão era latente. Ocorre que, na falta administrativa, não pode o Judiciário ficar inerte à violação ocorrida, sendo responsável pela construção de medidas alternativas que concretizem os direitos fundamentais violados.

Neste sentido, acertadamente, o Judiciário apresentou uma medida de intervenção média, com determinação de prestação de serviços por particulares, sendo determinado aos demandados o pagamento dos serviços em até 20 dias. Ao mesmo tempo em que adentrou na margem administrativa do *como* fazer, ainda sim o Judiciário respeitou a liberdade do *como* disponibilizar verbas para efetuar o pagamento, podendo as administrações demandadas estabelecer as suas prioridades de cortes orçamentários.

Ocorre que, caso houvesse o descumprimento da ordem judicial de pagamento dos serviços privados prestados, entendeu o Judiciário por garantir o pagamento destes serviços, como forma de garantir a própria prestação adequada de serviços por particulares, e assim cessar efetivamente a violação aos direitos fundamentais difusos de toda a população carioca. Tal medida era necessária diante das omissões estatais, vez que as autoridades públicas não cumpriam com o seu mister, havendo diversas ações judiciais no Estado do Rio de Janeiro contra os mesmos demandados em razão de omissões na prestação dos mesmos serviços públicos em anos anteriores.

Percebe-se que a ação do Judiciário no controle de políticas públicas deve guardar uma posição dúplice de respeito à centralidade do Legislativo e do Executivo na formulação e na execução de políticas públicas, estabelecendo uma ordem clara de intervenção, e de tutela dos direitos fundamentais, devendo ser construídas medidas que garantam a efetividade destes direitos, podendo, extraordinariamente, o Judiciário intervir, direta e cuidadosamente, no orçamento administrativo, vez que, muitas destas medidas envolvem custos, por conterem comandos positivos¹⁷².

Assim, ao determinar ao Executivo a realização de alguma medida, o Judiciário deve, inicialmente, entender o seu caráter constitucional residual e subsidiário

¹⁷² Deve-se ter um zelo na atuação direta pelo Judiciário para que se evitem danos maiores do que os apresentados num determinado caso concreto. Tal observação se deve no sentido de se evitar a criação de um sistema de organização estatal ilógico, com a eleição de instituições distintas para a realização das mesmas funções, o que poderia gerar um choque entre as mesmas, em desencontro aos anseios constitucionais. O pensamento de intervenção judicial ilimitada levado ao extremo pode apresentar o cúmulo fático de duas instituições pagarem distintamente pela realização de uma mesma obra pública, como, por exemplo, uma escola, o que não reflete nem de longe o ideal constitucional de especialização de funções.

da concretização de políticas públicas, determinando prioritariamente a realização dos comandos judiciais pelos demais poderes, o que não impede a sua atuação direta, desde que na medida exata para a proteção dos direitos fundamentais, podendo inclusive intervir no orçamento público, desde que necessário para salvaguardar urgentemente um direito fundamental violado.

Tal afirmação remete o estudo à análise, ainda que sucinta, de uma questão importantíssima que trata da chamada “reserva do possível”. Como se sabe, já se tornou lugar comum nos tribunais pátrios a alegação do Estado de não possuir recursos financeiros suficientes para a execução de todos os direitos elencados na CF/88, especialmente os direitos sociais, que somente poderiam ser realizados dentro da possibilidade financeira dos cofres públicos, o que geraria certa reserva de possibilidade de concretude, inclusive, dos direitos fundamentais.

É importante verificar que tal argumento, no Brasil, começou a ser levantado no início da década de 90, como verdadeiro obstáculo, quase intransponível, para a concretização dos direitos fundamentais¹⁷³, sendo que tal fato possui uma razão histórica. É que, como se sabe, a ditadura militar que governou o país em período não muito distante não admitia a possibilidade de se questionar a materialização dos direitos fundamentais neste país, especialmente os direitos fundamentais sociais.

A redemocratização vivida pelo país com a CF/88 gerou o Estado democrático de direito atual, que afirmou o seu compromisso com a abertura democrática e com os direitos fundamentais, que sistematicamente, inclusive, passaram a figurar no início do texto magno, o que, por si só, já demonstra este compromisso.

¹⁷³ A reserva do possível foi analisada pela primeira vez no julgamento do caso *numerus clausus*, na Alemanha, na década de 1970, quando se ponderava a razoabilidade de se exigir do Estado vaga em universidade para cada cidadão interessado em ingressar num curso superior. Interessante observar que enquanto na Alemanha tal pensamento foi utilizado como forma de se analisar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, por aqui, em terras tupiniquins, utiliza-se tal estratégia para brechar até mesmo a concretização mínima destes direitos.

Apesar de todo esforço, não há como negar que a CRFB/88 já nasceu num momento de crise do Estado Social, com afirmações de que o Estado, diante do excesso de gastos com a materialização dos direitos sociais, teria se tornado ineficiente, regulando em excesso o mercado financeiro. Passou-se, então, a afirmar o “Estado mínimo”, que abriria maior espaço para liberdade econômica, num movimento denominado de neoliberalismo, que tornou contemporâneos os ideais liberais.¹⁷⁴

Para os defensores do neoliberalismo, os direitos fundamentais sociais são extremamente dispendiosos para o Estado por demandarem prestações positivas estatais, tornando-se num entrave para o livre desenvolvimento econômico do país. Como se a riqueza de poucos justificasse a desgraça de muitos, de forma a negá-los factualmente o título que lhe emprestam de cidadãos, conforme bem delineado por Daniel Sarmento:

Fala-se também em reforma das relações trabalhistas, que teria o objetivo de flexibilizá-las, e reduzir assim o chamado “custo Brasil”, aumentando a competitividade das empresas nacionais no mercado global, como se o maior responsável pelo tão decantado “custo Brasil” não fosse o patamar absurdo de juros que oneram a produção, e que decorrem da política econômica monetária adotada no país. (SARMENTO, 2001, p. 163)

Neste contexto, a reserva do possível tem sido invocada pelos órgãos estatais, em processos judiciais, como justificativa para o descumprimento do comando normativo constitucional de garantia dos direitos fundamentais sociais, que deveriam ser limitados diante da escassez de recursos do Estado, numa tentativa de se evitar, até mesmo, decisões que destoem da realidade orçamentária estatal.

¹⁷⁴ “O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é “O Caminho da Servidão”, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.” (ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-Neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.)

É bem verdade que a efetivação dos direitos fundamentais sociais tem um custo¹⁷⁵ e que o Estado não possui recursos infinitos para a concretização de todos esses direitos, devendo se atentar, cada vez mais, para esta dimensão econômica do custo do direito. Por outro lado, deve buscar concretizar os direitos fundamentais com responsabilidade, sem que o Estado, na típica situação do cobertor curto, tenha que, conforme o provérbio popular, descobrir desrazoavelmente a cabeça para cobrir os pés¹⁷⁶.

Entretanto, ao contrário daquilo afirmado pelos neoliberalistas, os direitos sociais, de prestação, não são os únicos direitos custosos ao Estado. Na verdade, todos os direitos detêm uma parcela positiva, que necessita de certa intervenção estatal para o seu exercício, razão pela qual, não seria certa a diferenciação entre direitos negativos e positivos:

“Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. (...) Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse” (HOLMES; SUNSTEIN. 1999, p. 43)¹⁷⁷

Assim, a própria noção de “Estado mínimo” cai por terra quando se revela que todos os direitos possuem um custo, devendo ser o mesmo sopesado tanto na afirmação dos direitos ditos “negativos” quanto nos direitos chamados

¹⁷⁵ Acolhendo a posição da doutrina americana, todos os direitos têm um custo. Sobre o tema, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁷⁶ Ingo Sarlet chama a atenção para a tarefa de todos os órgãos estatais e agentes políticos em maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível (SARLET, 2008, p. 32).

¹⁷⁷ “Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo” é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos. Direitos são custosos porque ações são custosas. [...] Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos. (tradução nossa). Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

“positivos”, que deverão ser salvaguardados por órgãos eficazes, que custam dinheiro para os cofres estatais. Por isso mesmo, parafraseando Ronald Dworkin, Sunstein e Holmes enfatizam que “taking rights seriously means taking scarcity seriously” (HOLMES; SUNSTEIN. 1999, p. 94)¹⁷⁸.

A essência do pensamento destes autores norte-americanos foi bem esclarecida em obra coordenada por Flávio Galdino quando afirmaram que:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita. (HOLMES; SUNSTEIN, 2005, p. 204)

Tal percepção do direito traz para o seu interior a dimensão econômica, que passa a dominar a teoria jurídica principalmente dos direitos fundamentais, deixando a questão da escassez de recursos de ser um fator estrógeno do direito para auferir um status de circunstância endógena, interna à sua própria definição, chegando ao ponto de estes autores estadunidenses proporem uma nova definição de direito subjetivo:

To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems. (HOLMES; SUNSTEIN. 1999, p. 123)¹⁷⁹

Para os que entendem então a reserva do possível como uma circunstância que componha a formação do núcleo dos direitos fundamentais, a impossibilidade orçamentária tornaria inexigível uma possível pretensão jurídica, impedindo o próprio reconhecimento do direito fundamental no

¹⁷⁸ “Levar os direitos a sério é levar escassez a sério”. (tradução nossa)

¹⁷⁹ “Assim, para dar conta desta realidade instável, não se deve considerar direitos fora da dimensão de tempo e espaço, ou como um dado absoluto. É mais realista e mais produtivo definir direitos como poderes individuais, derivados da pertinência a uma comunidade política, e investimentos seletivos de recursos públicos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é geralmente percebido como problemas comuns e urgentes”. (tradução nossa)

ordenamento jurídico. Toda a questão jurídica-normativa estaria submetida a uma possibilidade financeira estatal, dentro da discricionariedade que bem lhe conviesse.

Tal entendimento reduz a força normativa¹⁸⁰ do texto constitucional, limitando o jurista a uma interpretação anterior da própria concepção do âmbito normativo da norma, que ficaria condicionada sempre à possibilidade orçamentária do Estado, o que é inaceitável.

Se é certo que os recursos do Estado são escassos, também o é a afirmação de que o âmbito de normatividade dos direitos fundamentais independe da análise da reserva do possível como elemento interno desses direitos. Não se quer com isso afirmar que a materialização de direitos fundamentais deva ser realizada em dissonância com a realidade fática. Mas o seu reconhecimento independe desta análise de escassez. Neste sentido, Ingo Sarlet afirma que:

“[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites iminentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos [...]” (SARLET, 2008, p. 30)

Para Ingo Sarlet, a “reserva do possível” tem, pelo menos, uma dimensão tríplice que se expressa na disponibilidade fática dos recursos, na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e na proporcionalidade da prestação, a saber:

“a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva também do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do

¹⁸⁰ Sobre o tema, propõe-se a leitura da obra de HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” (SARLET, 2008, p. 30)

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a concretização dos direitos fundamentais encontra um forte limite externo, que é a reserva do possível¹⁸¹. Na materialização dos direitos fundamentais, em decorrência da falta de recursos, deve-se sempre buscar um equilíbrio na escolha dos direitos a serem disponibilizados aos cidadãos, buscando-se estabelecer critérios objetivos, devidamente justificados. Na efetivação dos direitos fundamentais, é a razoabilidade que deve imperar no momento em que a reserva do possível é invocada pelo administrador público.

A “reserva do possível” será sempre um limite externo que deverá ser ultrapassado através de uma análise razoável e proporcional, devidamente fundamentada, que privilegie a concretização dos direitos fundamentais, mas não desconsidere as limitações fáticas de escassez de recursos públicos, sendo certo que cabe ao Estado o ônus da prova da limitação orçamentária (SARLET, 2008, p. 32).

Este limite da “reserva do possível” faz com que o intérprete constitucional, ao analisar o emprego do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade na gestão dos recursos públicos, enfrente com cautela a questão do direcionamento dos recursos públicos, pois, como se viu, a “reserva do possível”, em sua tríplice dimensão, também age como uma garantia de efetivação de direitos fundamentais em conflito, não podendo a mesma ser desconsiderada por qualquer argumento.

¹⁸¹ Discorrendo sobre o tema, assim se manifestou CANOTILHO (2003, p. 439): “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.”

Assim, propõe-se uma análise constitucional *vertical* e outra *horizontal* da aplicação dos recursos orçamentários no Estado democrático de direito que privilegie a proteção dos direitos fundamentais. A primeira, *vertical*, trataria de uma análise de prioridade, onde os direitos fundamentais, especialmente em sua dimensão de “mínimo existencial”, teriam absoluta preferência orçamentária sobre os demais direitos. Desta forma, na tutela dos direitos fundamentais, o Judiciário poderia determinar a retirada de recursos aplicados em rubricas não prioritárias, como publicidade, shows, eventos, patrocínios, e outras, definindo o seu uso para atendimento de questões prioritárias, como saúde, educação e segurança pública, além de outras. É lógico que tal análise somente deve ocorrer na tutela em concreto envolvendo violação de direitos fundamentais.

Por outro lado, defende-se também uma análise *horizontal* que deve incidir sobre a forma de aplicação destes recursos dentro da promoção estatal de um mesmo direito fundamental. Com isto se defende a adoção de critérios objetivos na distribuição dos recursos estatais existentes de forma a se procurar garantir indistintamente direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros.

Imagine a seguinte situação: num determinado Estado da Federação Brasileira, o orçamento público estadual prevê a aplicação de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) na promoção do direito fundamental à segurança pública, que seriam divididos entre os seus municípios. Ocorre que, na divisão destes recursos, os seus 100 (cem) municípios recebem valores absolutamente diferentes, o que, de início, se poderia até mesmo entender em razão das particularidades de cada um destes municípios.

Entretanto, numa análise mais detalhada, consegue-se identificar que, apesar de um determinado município contar com um índice de criminalidade elevadíssimo, estando entre os 5 (cinco) municípios mais violentos deste Estado, os recursos repassados para este município são definitivamente mais baixos que os repassados para outros municípios deste mesmo Estado que apresentam índices de criminalidade desconsideráveis, não havendo quaisquer

justificativas para que o repasse tivesse ocorrido desta forma, senão aquelas inconfessáveis, invariavelmente ligadas às meras vontades políticas.

Qual o direito constitucional vigente que asseguraria a um cidadão de determinado município a ter sua segurança mais bem protegida que a de outro cidadão de outro município lesado? Da mesma forma, que direito possui este Estado de tratar, injustificadamente, seus municípios de forma desigual? Não teriam estes municípios e os seus munícipes o direito de ver esta distribuição acontecendo de maneira isonômica? Claro que sim.

Por isso, desta análise *horizontal*, percebe-se a necessidade da adoção de uma *distribuição equânime de recursos*, que discipline o estabelecimento de critérios objetivos e racionais na promoção igualitária dos direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros. Nesta análise, cabe observar a distribuição de todos os recursos disponíveis pelo Estado, sejam eles materiais, orçamentários ou, até mesmo, humanos.

Desta forma, entende-se que, no âmbito da segurança pública, a decisão de se diminuir ou aumentar o efetivo policial em determinada cidade deve estar lastreada em critérios objetivos que atendam igualmente o direito fundamental à segurança pública dos cidadãos de determinado Estado, sob pena de violação ao direito fundamental.

Ainda que se entenda que tal medida possui cunho meramente político, não se pode deixar de reconhecer a sua importância em situações extremas de omissão total e parcial administrativa. Nestes casos onde a prestação do serviço público possa ficar seriamente comprometida com a transferência, por exemplo, de um policial, de um professor ou de um médico da cidade, cabe ao Judiciário intervir efetivamente na questão, impedindo a concretização desta medida administrativa.

Tal análise poderá permitir, inclusive, que o juiz determine a transferência, ou contratação no caso de descumprimento da ordem judicial de transferência, de profissionais habilitados para prestarem o serviço necessário aos seus

jurisdicionados, sabendo que tais determinações deverão ser tomadas somente em casos extremos, onde o poder público reitera sua conduta lesiva.

Nesta análise do controle judicial de formulação e execução de políticas públicas, entendido que o Judiciário deve intervir na exata medida da necessidade para estancar a violação de determinado direito fundamental, cabe ainda ao juiz a utilização de medidas assecuratórias para a efetivação da realização de sua decisão. Conforme já visto, tal ação judicial permite, inclusive, a indicação da rubrica orçamentária de onde deverá ser obtido o recurso que custeará a política pública imposta e, até mesmo, a proibição da realização de políticas públicas constitucionalmente não prioritárias, como, por exemplo, publicitárias e musicais, com destinação das verbas públicas para a concretização de direitos fundamentais violados. Assim, o próximo tópico tratará de analisar a utilização das medidas assecuratórias como forma de garantir efetividade das decisões judiciais que abordem o controle de políticas públicas.

4.2.4 Das medidas assecuratórias para a efetivação das decisões judiciais envolvendo o controle de políticas públicas

Como se sabe, a diferenciação existente entre as regras jurídicas e as regras morais está concentrada na exata característica daquelas de impor a sua obediência através da coerção. Esta característica se impõe para a própria garantia da sobrevivência da sociedade organizada, que necessita que determinados comando normativos sejam de fato salvaguardados e efetivados. Por esta razão, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

Não há dúvida de que o direito perde a sua qualidade se não puder ser efetivamente tutelado. A proibição de fazer justiça de mão própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão que concedeu razão ao autor, pois nesse caso ele estará fazendo prevalecer a sua vontade como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição, cuja atuação efetiva é imprescindível para a existência do próprio ordenamento jurídico. (MARINONI, 2008, p. 215)

Desta característica não se isenta nem mesmo o próprio Estado, que poderá ser forçado, por meio de ordem judicial, a cumprir os comandos normativos por

ele mesmo criados, assumindo simultaneamente, nestes casos, a figura do agente garantidor da execução dos comandos normativos e a do próprio violador destes comandos, devendo o Judiciário agir para que o Estado cumpra efetivamente as normas jurídicas existentes.¹⁸²

Tal pensamento possui peculiar aplicação na questão da aplicação de medidas assecuratórias para a efetivação de decisões judiciais que envolvam o controle de políticas públicas, pois mais que declarar a obrigação devida, o Judiciário deve buscar garantir ao máximo que estas obrigações sejam realizadas no mundo real.

Importante frisar que tais medidas possuem papel vital no controle judicial em concreto, quando se verifica a omissão estatal num determinado caso de clara violação a um direito fundamental, sendo possível também que o descumprimento da ordem judicial sujeite o administrador a sanções específicas, como no caso dos crimes de responsabilidade e das ações de improbidade.

Neste sentido, Eduardo Santos de Carvalho classifica os instrumentos processuais de implementação das políticas públicas em *meios de coerção* e *meios de subrogação*. Para este autor, os meios de coerção são aqueles através dos quais são aplicadas sanções ao devedor com o fim de estimulá-lo a realizar o ato que lhe cabe. Já os meios de subrogação são os meios que promovem a substituição do devedor, de modo que a prestação é realizada, isolada ou conjuntamente, por terceiro ou pelo próprio Judiciário¹⁸³.

¹⁸² Cabe registrar a evolução ocorrida no sistema processual civil brasileiro em relação aos poderes executivos do juiz, abandonando-se a doutrina clássica do princípio da tipicidade dos meios de execução, com adoção cada vez maior do poder geral de efetivação. Neste sentido, Fredie Didier defende a atipicidade dos meios executivos, afirmando que: “Percebe-se atualmente uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de *poder geral de efetivação*, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de *coerção direta*, sejam de *coerção indireta*”. (DIDIER JUINOR, Fredie; BRAGA, Paulo; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2 – Salvador: Editora JusPodvm, 2008, p. 397). Assim também MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: execução*. Vol. 3 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-52)

¹⁸³ Ver: CARVALHO, Eduardo Santos de. *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, número 20, jul-dez/2004, Rio de Janeiro, p. 67-92. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de*

Dentre os *meios de coerção*, pode-se falar, principalmente, em *multa* e *prisão civil*. A *multa* possui previsão expressa no art. 287 do CPC e, especificamente, no art. 11 da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, que disciplina a possibilidade de o juiz de ofício cominar multa diária no caso de descumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva.

Tal previsão possui inspiração nas *astreintes* do direito francês, derivadas de uma obrigação que vincula juridicamente o credor e o devedor, sendo derivadas, portanto, de uma relação pré-existente. Sua utilização ocorre no sentido de obrigar o devedor a prestar a obrigação pactuada, não invadindo direitos essenciais.

Para Nelson Nery Júnior (2006, p. 530), a multa diária deve ser imposta num valor expressivamente alto, em razão de possuir natureza inibitória. Seu objetivo não é o de obrigar o réu ao pagamento da multa, mas sim o de compeli-lo a cumprir a obrigação específica.

Ocorre que, no âmbito das ações civis públicas, o art. 12, § 2º da Lei nº 7.347/85 estabelece que as multas cominadas liminarmente numa ação civil pública somente serão exigíveis do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, sendo devido, no entanto, desde a configuração do descumprimento da determinação judicial.

processo civil: execução. Vol. 3 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70-71. No mesmo sentido, Fredie Didier afirma que “a decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto. Ela está fundada, portanto, na noção de *execução direta* (ou *execução por sub-rogação*), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro. Já a decisão *mandamental* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva indireta que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nestes casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a “colaboração” do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação. Chama-se essa execução de “execução indireta” ou “execução por coerção indireta”, assim entendida aquela em que não há substituição da conduta do devedor” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2 – Salvador: Editora JusPodvm, 2008, p. 393).

Acontece que tal comando normativo enfraquece sobremaneira o poder coercitivo deste instrumento processual, principalmente no que concerne ao poder público, pois, como é sabido, a morosidade do Judiciário permite a ocorrência de um prazo excessivo para o trânsito em julgado de determinada decisão judicial, fazendo com que a exigibilidade da multa só venha recair sobre os ombros de um futuro administrador público que não tenha dado qualquer motivo para tanto, inviabilizando, até mesmo, a sua própria gestão.

Se não bastasse a morosidade judicial, ainda há a possibilidade de redução pelo próprio Judiciário da multa aplicada quando do cumprimento da sentença, conforme art. 645, p. único do CPC, o que produz certo descrédito na efetividade desta medida coercitiva, aplicada ao ente público em geral.

Adverte-se, entretanto, que com as inovações do inciso V e do parágrafo único do art. 14 do CPC, introduzidas pela Lei 10.358/01, passou-se a admitir a possibilidade de cominação de *multa pessoal* ao agente que descumprir ou embaraçar a efetivação de provimentos judiciais.

Esta medida, ao contrário daquela aplicada genericamente ao ente público administrativo, ainda que possa recair num evento futuro, permite uma maior efetividade do instrumento, uma vez que o administrador é atingido em seu patrimônio pessoal. Verifica-se, na prática, que tal medida tem atingido muito mais a sua função inibitória.

A *prisão civil* é modalidade de instrumento judicial coercitivo para o cumprimento de determinações judiciais. Diversamente da prisão criminal, a prisão civil visa a coagir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Sua previsão constitucional é expressa no art. 5º, LXVII, da CRFB/88¹⁸⁴, que prevê a possibilidade de prisão civil para o devedor de alimentos ou para o

¹⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 84) afirma que: “Esta norma proíbe a prisão por descumprimento de obrigação que dependa, para seu adimplemento, da disposição de dinheiro, podendo ser dito, neste sentido, que tal norma proibiu a prisão por “dívidas pecuniárias”. Pontes de Miranda defendeu a tese de que a Constituição proibiria a prisão por não-pagamento de dívida pecuniária, sendo assim possível utilizar a prisão como meio coercitivo (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5 – São Paulo: RT, 1968, p. 253)

depositário infiel, hipótese esta bastante discutível, mas não objeto de análise do presente¹⁸⁵.

Ocorre que, atualmente, a doutrina e a jurisprudência nacionais, inspiradas no *civil contempt of court*¹⁸⁶ do sistema da *common law*, vem avançando no entendimento de que é preciso conferir ao juiz amplos poderes que possibilitem efetivar as suas determinações. Neste caso, a prisão seria cabível em decorrência de prática de ato atentatório à dignidade e à autoridade da Justiça, tendo natureza absolutamente diversa da prisão civil por dívidas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Para os seus defensores, o art. 5º, LXVII da CRFB/88 permite a disciplina por lei da prisão civil por resistência injustificada às ordens judiciárias, no intuito de conferir efetividade às decisões judiciais, tendo a introdução do inciso V do art. 14 do CPC conferido esta possibilidade ao estabelecer novo dever às partes, havendo previsão expressa de aplicação das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, além de multa.

Importante observar que Luiz Guilherme Marinoni sustenta a tese de que em casos que envolvam direitos não patrimoniais, a prisão civil pode ser decretada com base no art. 461, § 5º do CPC, que estabelece uma “cláusula geral executiva”, servindo neste caso somente com meio de execução das decisões judiciais e não como castigo por prática de crime. Entende o autor que:

A doutrina contemporânea, consciente da relevância de certos direitos de natureza não patrimonial, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem. Em uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais, e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, não há como enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão. Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há

¹⁸⁵ Necessário se pontuar que, em julgados recentes proferidos no HC 87585, no RE 349703 e RE 46343, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no sentido de revogar a súmula 619, por entender ser inconstitucional a previsão de prisão civil para o depositário infiel.

¹⁸⁶ Tal instrumento confere ao Judiciário a possibilidade de adotar inúmeras medidas de privação de liberdade daqueles de desconsideram e descumprem as determinações judiciais. Sobre o tema ver GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de processo*. vol. 102 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 219-227.

como deixar de se perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações que não dependam do desembolso de dinheiro, mas apenas do comportamento do demandado. (MARINONI, 2008, p. 216)¹⁸⁷

Ainda que se negue a possibilidade da determinação da prisão civil em decorrência do descumprimento das determinações judiciais, entendem ainda alguns pela possibilidade da expedição do mandado prisional quando a questão tutelada pelo Judiciário envolva matéria alimentar, não entendida restritivamente como medida assecuratória do pagamento de alimentos em sede do direito de família, ou em decorrência da prática de ato ilícito, mas amplamente no sentido de envolvimento de qualquer prestação necessária para a subsistência do credor, no que entraria, por exemplo, as prestações estatais devidas para garantir o “mínimo existencial” de determinado indivíduo.

Conforme sugere Marcos Maselli Gouvêa¹⁸⁸, é preciso adotar um “conceito mais elástico de dívida alimentar”, para que seja possível abranger aquelas prestações imprescindíveis para a tutela eficaz dos direitos fundamentais. A ponderação entre o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB), o direito aos alimentos e a liberdade do devedor deve conduzir para uma solução que aceite a decretação da prisão civil por alimentos em razão de descumprimento voluntário e inescusável.

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência têm aceitado a decretação da prisão civil do administrador em razão de descumprimento voluntário e inescusável de ordem judicial que estabelece a prestação de serviço eficaz para a tutela do “mínimo existencial”.

Em qualquer formato, entretanto, valem as ressalvas de Fredie Didier, a saber:

É natural, contudo, que, diante do valor inerente à liberdade individual, a prisão civil – e isso é um ponto pacífico para os que,

¹⁸⁷ Neste mesmo sentido, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 384-396.

¹⁸⁸ O autor desenvolve importante estudo sobre o tema do controle judicial das omissões administrativas, apresentando formas de implementação dos direitos sociais. Ver: GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

como nós, a admitem como medida coercitiva atípica – só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. Deve-se lembrar ainda que essa medida não pode ser utilizada quando o cumprimento da ordem judicial exigir que a parte tenha que dispor de parte de seu patrimônio. Além disso, o magistrado, antes de decretá-la, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes, sobretudo o destinatário da medida, falem sobre o assunto e, se for o caso, produzam a prova para demonstrar o que for necessário. No mais, é prudente que o julgador, optando por impor a prisão civil, fixe desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 427)

Cabe esclarecer ainda que, atualmente, a *prisão criminal* praticamente não possui aplicação nos casos que envolvem descumprimento de ordem judicial por agente público. É que expressiva maioria da doutrina e da jurisprudência entendem que o crime de desobediência, presente no art. 330 do CP, não pode ser praticado por agente público, mas somente por particulares. Ainda que se cogite da tipificação do crime de prevaricação, art. 319 do CP, na prática, dificilmente se consegue demonstrar o dolo específico de satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Por fim, ainda que se consiga tipificar a conduta do agente público em um dos crimes acima, tal medida teria pouca efetividade, vez que ambos os delitos possuem pena máxima abaixo de 02 (dois) anos, sendo classificados como de menor potencial ofensivo, aos quais a Lei 9.099/95 concede diversos benefícios aos autores que os praticam, dificultando bastante a manutenção da prisão, o que, em suma, torna a ação judicial pouco enérgica e eficaz. Assim, a prisão criminal tem utilidade bastante restrita nos casos envolvendo descumprimento de medidas impostas pelo Judiciário, sendo certo, no entanto, o desgaste pessoal do agente público provocado pela ação judicial, inclusive com a instauração de inquérito policial.

Analisados os meios de coerção, cabe agora um exame dos *meios de subrogação*, previstos nos arts. 634 e ss. do CPC. Nesta modalidade de implementação das determinações judiciais, a execução da obrigação fungível pode ser realizada por terceiro ou pelo próprio credor, sendo estabelecido um procedimento burocrático de execução da obrigação, tornando-a, muitas vezes, ineficiente.

Observe-se que nas questões pouco complexas, a medida pode ter, até mesmo, uma eficácia satisfatória, por se tratar de pequenos atos que podem ser facilmente substituídos pela decisão judicial, como no caso do exemplo citado da clínica médica que, por confiança nas orientações administrativas, estabeleceu-se em determinada cidade, sendo que, quando do pedido de autorização de funcionamento, diante da mudança de postura da administração local, obteve resposta negativa. Neste caso, o próprio Judiciário pode proferir decisão com força substitutiva do ato administrativo negado.

Entretanto, nas questões mais complexas, que normalmente permeiam as ações civis públicas, o resultado perseguido depende da formulação de um conjunto de ações, que vão exigir do Judiciário criatividade e ousadia, principalmente no enfrentamento das questões orçamentárias.

Nestes casos, a intervenção do Judiciário deve ser proporcional a urgência da medida pleiteada, pois quanto menor a urgência maior o prazo para a sua execução, garantindo-se uma maior possibilidade da execução direta pela própria administração. Pelo contrário, havendo extrema urgência na execução da medida, há considerável redução do prazo, limitando-se a possibilidade de execução direta pela própria administração, que deverá prontamente se manifestar sobre a execução.

Com esta afirmação, pode-se concluir que o grau de intervenção judicial sobre as demais funções estatais será proporcional à urgência da medida pleiteada, devendo o Judiciário agir eficazmente na tutela do direito fundamental violado, sempre dando primazia para a execução direta do objeto pelos demais entes públicos, realizando uma intervenção que deve ocorrer de forma gradativa, dando oportunidade para o adimplemento direto pelos próprios entes públicos.

Assim como no caso da dengue no Rio de Janeiro, que era de uma urgência altíssima, cabe ao Judiciário, ainda que flagrante a omissão estatal, oportunizar que a prestação cabível seja realizada pela própria administração. Na busca pelo fornecimento de alternativas para a solução do caso concreto apresentado, o Judiciário pode apresentar determinações com grau de

intervenção médio, como nesse caso, onde se determinou a prestação de serviços por particulares, devendo o pagamento ser efetuado em até 20 dias, de acordo com a conveniência orçamentária da administração. Deve-se, por fim, na visão de plena garantia do direito violado, oferecer medida de maior grau de intervenção, com bloqueio de verbas públicas constitucionalmente não prioritárias, podendo o próprio Judiciário executar o pagamento dos serviços prestados, normalmente, por particulares, vez que o Judiciário não possui condições técnicas para a execução dos diversos serviços públicos essenciais.

Nesta intervenção judicial sobre o orçamento público, como já afirmado, a análise judicial deve ocorrer de forma *vertical*, com observância das políticas constitucionalmente prioritárias, e *horizontal*, salvaguardando a *distribuição equânime dos recursos públicos*.

No entanto, em algumas situações menos extremas, a intervenção orçamentária pode ser mais branda, com inclusão da verba orçamentária para o exercício seguinte, o que permitirá um melhor planejamento orçamentário da administração, podendo os demais entes públicos deliberarem sobre o remanejamento orçamentário.

CAPÍTULO 5 – UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO PONTA PORÃ E SUGESTÕES PARA EFETIVIDADE NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Neste exato momento, após se ter construído um pensamento jurídico sobre a possibilidade de intervenção judicial no controle de políticas públicas de acordo com o paradigma do Estado democrático de direito, cabe retornar o foco do estudo para o episódio apresentado no início dos trabalhos: o Caso Ponta Porã.

Tem-se por primordial realizar um encontro das idéias edificadas neste estudo com as decisões judiciais proferidas no caso Ponta Porã. De antemão, cabe registrar que não se desconhecem fatores diversos que possam ter influenciado as decisões judiciais proferidas em todas as instâncias do Judiciário. Entretanto, a análise que ora se propõe é estritamente jurídica, na busca pela melhor solução para o caso, que, certamente, desde já podemos afirmar, não convive com os modismos, com a crítica estéril e com a postura constitucionalmente descompromissada da comunidade de intérpretes que permite a permanência do sistema de governo caracteristicamente omissos em salvaguardar os direitos fundamentais.

Abordando rapidamente o caso, relembra-se que a questão se iniciou com um relatório de visita realizada na UPRB por membro do Ministério Público no dia 16 de fevereiro de 2005, quando se constatou a situação caótica do UPRB, que recolhia, naquela época, número de presos 2 (duas) vezes superior à capacidade máxima do estabelecimento, num total de 316 detentos onde só caberiam 105, tendo, ainda, sido verificados no estabelecimento outros problemas, tais como a falta de guaritas para vigilância e rachaduras no muro.

Diante da omissão do Governo Sul-Matogrossense, após novo comunicado da direção da UPRB, no qual informava que a situação de superlotação havia se agravado ainda mais, com recolhimento de 17 a 18 presos por cela que, devido ao seu tamanho, cerca de 10 m², só poderia receber 5, o Ministério Público, propôs Ação Civil Pública em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, que recebeu o número 019.05.001226-4, na qual pretendia fazer cumprir as

determinações constitucionais e legais que visam impedir a superlotação dos estabelecimentos penais, com pedidos de transferência dos presos excedentes e de abstenção de recolhimento de presos além do limite máximo de capacidade do presídio, com aplicação de multa diária.

Nesta ação, o Ministério Público pediu também a condenação do requerido em outras duas obrigações de fazer: a primeira, consistente em efetuar as obras necessárias para que fossem garantidas adequadas condições de higiene, aeração, saúde e segurança aos detentos e demais internos que se encontrassem encarcerados no estabelecimento prisional local, sob pena de multa diária; e a segunda, consistente em classificar e distribuir entre as celas os detentos da UPRB, obedecendo aos procedimentos e critérios regulados pela Lei n. 7.210/84, especialmente em seus artigos 5º a 9º.

Assim, após esta breve introdução, pretende-se analisar as decisões judiciais proferidas no caso, apontando soluções que privilegiem a tutela efetiva dos direitos fundamentais. Posteriormente, considerando a complexidade da questão que envolve o controle judicial de políticas públicas, tratará o estudo de sugerir algumas singelas medidas, no objetivo de se alcançar maior efetividade nas determinações judiciais que envolvam a matéria.

5.1 POR UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO PONTA PORÃ.

Proposta a ação civil pública pelo Ministério Público em 19 de abril de 2005, que tratava de assuntos de alta gravidade, como superpopulação carcerária, má conservação da UPRB, condições precárias de segurança dentro da UPRB e violação das condições mínimas de dignidade dos detentos, a primeira decisão proferida pelo juízo de 1ª instância no dia 27 daquele mês foi a de, em razão da complexidade da matéria, deixar de apreciar os pedidos de antecipação de tutela por “prudência”, citando o requerido para apresentação de resposta.

Certamente, a questão enfrentada na demanda proposta pelo Ministério Público não pode ser classificada como de baixa complexidade, o que é

normalmente peculiar das demandas coletivas, podendo se afirmar que a medida tomada inicialmente pelo juízo vem ao encontro das afirmações feitas até o presente instante, que cobram uma postura mais cuidadosa na intervenção judicial. Ainda que a inicial demonstrasse o sério problema enfrentado na UPRB, havendo informações de um ofício enviado em 28 de fevereiro de 2005 pelo Ministério Público ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, a melhor solução inicial para o caso aponta para uma tentativa de conciliação e obtenção de informações do demandado, quando então poderia, por exemplo, apontar outras opções imediatas para o esvaziamento do UPRB, evitando-se tomar qualquer medida judicial mais gravosa, preservando-se a harmonia entre os poderes, com respeito à especialização das funções estatais.

Ocorre que a resposta dada pelo demandado deveria ser em prazo exíguo, possibilitando ao Judiciário um posicionamento mais efetivo diante do quadro existente de violação a direitos fundamentais. E não foi isto o que ocorreu no caso, pois a sucessão dos atos praticados demonstra que a resposta do demandado somente foi oferecida no dia 22 de julho de 2005, após quase 03 (três) meses da determinação judicial, período em que a situação caótica da segurança e as violações a direitos fundamentais continuaram a ocorrer, sem que o Judiciário tomasse qualquer medida.

O interessante é que, mesmo após o Estado ter respondido a ação tardiamente, o juízo da comarca, no dia 01 de setembro de 2005, entendeu por não apreciar os pedidos de antecipação de tutela, determinando que o Ministério Público se manifestasse sobre as preliminares argüidas e os documentos juntados pelo Estado.

Vejamos: a situação de superpopulação carcerária e de outras violações constitucionais já era grave no dia 19 de abril de 2005, quando da propositura da inicial, não havendo qualquer informação nos autos do contrário. Mesmo assim, após quase 05 (cinco) meses, já com a resposta do requerido, o despacho judicial apresenta um sentido puramente formal, despreocupado com

a concretização material dos direitos fundamentais, demonstrando um viés puramente legalista-liberal.

Ora, diante da insistência do Estado em violar os direitos fundamentais, outra não poderia ser a decisão judicial senão a de determinar, ainda que antecipadamente, o cumprimento das normas constitucionais e legais já expostas anteriormente, acatando assim os pedidos de tutela antecipada formulados pelo Ministério Público.

Destaca-se que o caso presente se refere à modalidade de controle judicial de execução de políticas públicas, vez que a Lei de Execução Penal estabelece claramente a forma de organização das unidades penitenciárias, de forma a garantir condições mínimas de segurança pública e a preservar os direitos fundamentais dos presos, dos funcionários que trabalham nestes estabelecimentos, e de toda a sociedade, que espera que a função (res)socializadora das penas seja cumprida pelo Estado. A violação é clara, não havendo que se falar em possibilidade de descumprimento destes comandos normativos.

Realmente, se o Estado quer manter para si o dever de punir, deve cuidar para que a punição seja cumprida eficazmente, estabelecendo condições possíveis de execução de sua tarefa de forma a assegurar a segurança de todos os envolvidos, prezando pelo respeito aos direitos fundamentais dentro e fora dos presídios, pois, como já se observou, o exercício irregular desta função tem permitido a proliferação de organizações criminosas comandadas de dentro dos próprios presídios.

Assim, diante da negativa do Estado em cumprir os comandos normativos existentes, violando direitos fundamentais dos mais diversos, cabe ao Judiciário a tomada de decisões que forcem o Estado a cumprir com o seu dever, sempre cuidando para que as medidas tomadas sejam suficientes para a cessação da violação. Nada mais do que isto, pois as políticas públicas são matérias de competências prioritárias do Legislativo e do Executivo.

Afasta-se, como já se disse, a idéia do se da discricionariedade administrativa, mantendo-se somente, neste caso, o *como* fazer, pois caberia ao Estado de Mato Grosso do Sul definir para onde seria melhor transferir os presos recolhidos indevidamente na UPRB.

Infelizmente, a conduta omissiva do juízo da comarca de Ponta Porã se repetiu diante da manifestação ministerial que ocorreu no dia 09 de setembro de 2005. É que, somente quase um mês após esta manifestação ministerial, o juízo de Ponta Porã se manifestou pela designação de uma audiência de conciliação, marcada para um mês após o despacho proferido, ficando inerte em relação às violações existentes na UPRB. Infelizmente, mais uma vez o Judiciário não se sensibilizou para a grave questão enfrentada, preferindo adotar uma postura de mero mediador no caso, deixando de assumir o seu papel constitucional de poder contra-majoritário, defensor da ordem constitucional em qualquer situação, ressaltando, mais uma vez, uma atuação caracterizada pelos ideais formalistas.

No dia da audiência conciliatória designada, 08/11/05, a conciliação restou impossibilitada, razão pela qual o juízo passou a sanear o processo, tendo ainda indeferido as questões preliminares alegadas pelo requerido e os pedidos de antecipação de tutela formulados pelo Ministério Público.

Inicialmente, é preciso se observar que a magistrada, ao analisar o caso, reduziu por si só a complexidade da demanda, deixando de considerar os argumentos ministeriais referentes à segurança pública, o que, desde já, permite verificar uma atuação típica do Estado social, na medida em que procura enfrentar a demanda a partir da reconstrução do problema através de sua única visão. Tal postura impede uma crítica mais ampla de sua decisão frente à temática da segurança pública, entretanto, ainda assim, a abordagem será realizada sob o foco da proteção dos direitos fundamentais.

Conforme as suas palavras, a demanda seria “complexa” por envolver um dos problemas sociais mais relevantes da atual sociedade, afirmando claramente a falência do sistema carcerário brasileiro. Em seguida, contudo, levantou

também o problema da extrema carência de recursos financeiros do Estado brasileiro, o que “impossibilitaria ou dificultaria quaisquer pretensões básicas de assistência e de respeito à integridade do apenado”.

A solução apontada pela magistrada, assim, foi a da aplicação da razoabilidade para resolução do conflito entre princípios. Assim, entendeu a magistrada que não seria razoável a determinação da transferência de presos pelo fato de que a medida simplesmente serviria para “criar mais entraves, sem obtenção de resultado eficiente”. Para a magistrada, “ainda que plausível o direito invocado, se inexistentes soluções para as conseqüências da postulação liminar, não há como deferi-la.”

A decisão judicial reconheceu ainda a competência do juízo da execução penal para a questão de transferência de presos, sendo que qualquer decisão a respeito de transferência de presos proferida no seu juízo extrapolaria os limites de sua competência.

No caso, a primeira observação a ser feita sobre esta decisão judicial se refere ao pleno reconhecimento da situação caótica do sistema carcerário brasileiro, o que compreende o drama da UPRB. Em sua decisão, ficou claramente demonstrado que o Judiciário reconhecia que os direitos fundamentais dos presos estavam sendo violados. Esta, com certeza, foi a única conclusão obtida pelo juízo através de provas colacionadas nos autos, o que, por si só, já autorizaria o deferimento dos pedidos antecipatórios requeridos pelo Ministério Público¹⁸⁹, vez que declaradamente presentes o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

Entretanto, a magistrada reconheceu a escassez financeira como um obstáculo praticamente intransponível para a concessão das “liminares” pretendidas.

¹⁸⁹ Ressalte-se, neste instante, que o Juiz, ao analisar os pedidos, tratando-se de tutela mandamental ou executiva, possui a discricionariedade para, na busca pela melhor efetividade, deferir os pedidos nos exatos termos da inicial ou determinar outras medidas que entender mais adequadas para a solução do problema. Neste sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61-62.

Conforme as suas palavras, uma decisão razoável compreende a tomada de decisões em razão das conseqüências, desconsiderando-se o direito, pois “ainda que plausível o direito invocado, se inexistente soluções para as conseqüências da postulação liminar, não há como deferi-la”.

Neste momento, a magistrada se posiciona absolutamente favorável pela existência do direito invocado na inicial. Ocorre que, segundo ela, na ponderação dos princípios envolvidos na demanda, a razoabilidade assinalaria para a negação do direito invocado em nome das conseqüências que poderiam advir da concessão das liminares pretendidas.

Bem, inicialmente, cabe perguntar quais os princípios identificados pela magistrada que estariam em confronto, pois ela mesma não os identificou. Um, com certeza, seria o da dignidade humana. Talvez o outro fosse o da limitação orçamentária.

A questão é saber até que ponto um direito pode ser negado em nome desta limitação, partindo da constatação já feita no presente estudo de que a “reserva do possível” é uma limitação extrínseca ao direito fundamental, pois não se pode aceitar abstratamente o argumento de ausência de recursos por parte do Estado.

Verificando a decisão proferida, em momento algum se consegue observar a análise judicial de dados concretos que demonstrem a falta real de recursos públicos. Todos os argumentos judiciais utilizados não passam de análises teóricas, que pecam pelo abstrativismo e por uma visão unidimensional dos fatos. Conforme a magistrada, “o fato é que as penitenciárias brasileiras exigem, hoje, uma estrutura financeira vultosa que, somado a negligência do poder público, chega-se a um quadro de extrema carência de recursos financeiros, os quais dificultam ou inviabilizam quaisquer pretensões básicas de assistência e de respeito à integridade do apenado”.

Isto já é praticamente uma declaração de culpa por parte do Estado. Volta-se para os primórdios onde o Estado era o pleno detentor dos corpos dos

excluídos, podendo com eles fazer o que bem entendesse, sem que lhes fossem garantidas quaisquer reservas.

A ponderação proposta pela magistrada não pode negar as garantias dos direitos fundamentais, ainda que permita limitá-los de certa forma. Cabe indagar para quem a conclusão judicial obtida de negar a transferência dos presos é razoável? Para a magistrada? Para o Estado? E para os presos e funcionários que vivem e trabalham naquele local em situação caótica?

Os entraves apontados pela magistrada quanto aos critérios para transferência dos presos, e outros, não podem servir de empecilho para a efetivação de um direito fundamental. É como se o Estado dissesse para a mesma magistrada no momento do seu pagamento: “Olha, eu sei que Vossa Excelência necessita do seu subsídio para prover seu sustento. Entretanto, como eu (Estado) preciso pagar muitas contas e estou meio apertado, mesmo não querendo, não vou te pagar nos próximos 06 (seis) meses. Fique claro que, neste período, Vossa Excelência terá que prestar serviços gratuitos e obrigatórios para com a nação, sob pena de ser responsabilizada pessoalmente pelo descumprimento”.

Ora, um Estado que quer ser levado a sério deve primeiro cumprir com as suas obrigações, para depois exigir que os seus cidadãos também cumpram com as suas. E a principal obrigação do Estado para com os seus cidadãos no constitucionalismo atual é a obediência e a tutela dos direitos fundamentais.

É interessante observar como, nos dias atuais, falta recursos para o Estado cumprir com as suas obrigações básicas, mas sobra dinheiro para se gastar com medidas desnecessárias. Os noticiários estão fartos de exemplos cotidianos de má utilização de dinheiro público. Por isso, qualquer alegação de falta de recursos deve ser devidamente comprovada já na resposta inicial do Estado, sob pena de ter contra si imposta uma medida judicial que implique em gastos públicos, inclusive com bloqueio de verbas públicas.

Se o Estado não conseguisse apresentar soluções para as conseqüências advindas do deferimento dos pedidos antecipados do Ministério Público, mais

uma vez o Judiciário deveria tomar a frente da questão, buscando dar a melhor solução para a questão complexa.

A se permitir a convalidação do argumento genérico do juízo, a demanda proposta pelo Ministério Público já estaria completamente julgada, pois, diante da escassez absoluta do Estado, como obrigá-lo a reformar a UPRB. Melhor seria, então, ter o juízo resolvido o processo sem resolução de mérito, por ausência de condição da ação do interesse processual, em sua dimensão de utilidade, pois nunca tal demanda seria útil diante da falta de recursos estatais. Neste sentido, Habermas é claro ao afirmar que:

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens (HABERMAS, 2003a, p. 322)

No caso, a ponderação entre os “princípios” levaria para um raciocínio de melhor efetivação dos direitos fundamentais violados, e não para a sua completa negação em razão dos obstáculos financeiros.

A complexidade da demanda exige do juiz aquilo que Dworkin chama de esforço hercúleo na busca pela melhor solução. O juiz não pode limitar o direito às suas próprias limitações, pois “ele” não é o direito. O direito não se resume ao que o magistrado o diz ser. Isto seria a aplicação do pragmatismo, o que se nega intensamente neste estudo.

Curioso observar que, mesmo após ter indeferido os pedidos ministeriais antecipatórios, a juíza entendeu por se declarar incompetente para determinar a transferência de presos da UPRB, por ser atribuição do juízo da execução penal, o que é uma incoerência com a decisão até então proferida. De fato, se o juízo é incompetente para determinar a transferência de presos, não lhe caberia analisar, então, os pedidos de antecipação de tutela.

Sobre a questão da competência, o próprio Ministério Público explanou com muita propriedade em seu agravo de instrumento. De fato, a competência do juízo da execução é administrativa, sendo que a demanda proposta

ultrapassava o âmbito administrativo, cobrando atitudes do Estado que geram responsabilidades civis.

Desta decisão interlocutória o Ministério Público agravou para o Tribunal de Justiça, requerendo a declaração do efeito ativo do recurso, conforme art. 527, III, do CPC, com conseqüente antecipação dos efeitos do recurso, deferindo os pedidos antecipatórios formulados na inicial da ação civil pública ajuizada. O agravo ministerial foi autuado no TJMS sob o nº 2005.017192, sendo que, no dia 21 de novembro de 2005, foi proferida decisão na qual se entendeu pela presença dos requisitos para o deferimento da antecipação requerida pelo Ministério Público.

Nesta decisão, focada nos requisitos autorizadores para o deferimento da medida antecipatória pleiteada, reconheceu-se a complexidade da demanda proposta pelo Ministério Público, que não possuiria uma solução simplista, com abandono das “divagações acerca da obtenção ou não de resultados eficientes”.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação foi vislumbrado na situação de existirem 16 (dezesesseis) encarcerados em cela que suporta até 05 (cinco) detentos, o que comprovou, de plano, a superlotação do estabelecimento prisional de Ponta Porã. Esta situação poderia ensejar, então, receios de rebeliões, a propagação de doenças e de toda sorte de violências físicas e morais entre os detentos, sendo que deveria ser preservada a incolumidade física não só dos detentos, mas também dos funcionários que laboravam na referida unidade. O *periculum in mora* foi reconhecido, também, na possibilidade concreta de eclosão de manifestações violentas, em razão da superpopulação carcerária.

Declarou-se presente o *fumus boni juris* não só pela simples leitura dos direitos assegurados pela LEP, mas básica e principalmente, pelo princípio e garantias constitucionais dos artigos 1º, III e 5º, III e XLIX.

Verifica-se, assim, que ao ser proferida esta decisão judicial, primou-se pela tutela dos direitos fundamentais e pelo respeito das decisões democraticamente estabelecidas, que direcionavam a forma de atuação do Estado na formulação de suas políticas de segurança pública. A visão judicial passa a ser complexa, reconstruída pelos argumentos das partes, o que lhe fornece legitimidade.

A temática da segurança pública é posta no ponto central do debate novamente, vez que expressamente o Judiciário reconheceu que a superlotação carcerária produz um ambiente propício para a proliferação do conflito, expondo em risco a vida dos detentos e dos funcionários do estabelecimento penal, possibilitando a eclosão de manifestações violentas, o que contribuiria para o agravamento do caos.

Desta forma, foi deferido o efeito suspensivo ativo requerido pelo Ministério Público, deferindo-se as medidas pleiteadas antecipadamente na inicial, com fixação de multas, nos dois casos, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e prazo de 20 (vinte) dias para transferência do excesso de presos.

De se ressaltar que a corajosa decisão proferida em tempo hábil, mas já com 07 (sete) meses passados desde a sua propositura, acolheu os pedidos de tutela antecipada ministeriais, concedendo prazo extremamente razoável de 20 (vinte) dias para que a Administração fizesse os levantamentos de dados necessários no intuito de cumprir a ordem judicial. Guardou, desta forma, o compromisso até aqui defendido de sensibilidade judicial para com as soluções dos casos mais complexos.

Assim, deixou claramente o Judiciário de se abalar frente aos argumentos econômicos genéricos, privilegiando a defesa enérgica dos direitos fundamentais envolvidos, em detrimento de suas conseqüências, resguardando ao Executivo a realização de suas funções específicas, impondo-lhe medida assecuratória coercitiva de multa pecuniária, aplicada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Neste último ponto, entretanto, cabe ressaltar que melhor seria que a multa aplicada judicialmente fosse pessoal, o que, certamente, contribuiria para o rápido cumprimento da determinação judicial.

Ocorre que, com o deferimento do efeito suspensivo ativo requerido pelo Ministério Público em sede de agravo de instrumento, o Estado do Mato Grosso do Sul ingressou no Supremo Tribunal Federal, com pedido de suspensão de liminar, que foi autuado sob o nº 93-4.

Neste pedido de “suspensão de liminar”, o Estado de Mato Grosso do Sul se fundamentou nos argumentos de que a decisão do TJMS produziria grave lesão à segurança pública, grave lesão à ordem administrativa estadual, grave lesão à ordem econômico-financeira e lesão à economia pública.

Segundo o Estado requerente, a grave lesão à segurança pública poderia ser verificada diante da impossibilidade de recolhimento de delinqüentes ao cárcere. Já a grave lesão à ordem administrativa estadual decorreria da ingerência do poder Judiciário em atribuição do poder Executivo e da impossibilidade de promoção da transferência dos presos excedentes em 20 (vinte) dias, vez que, ao contrário do pressuposto, não existiriam vagas para realização da transferência determinada. Poderia ser constatada a grave lesão à ordem econômico-financeira em razão da multa imposta por dia de atraso no cumprimento da decisão. Por fim, diante dos ditames contidos na Lei nº 8.666/93, haveria lesão à economia pública, por expressa exigência de dotação orçamentária para início de processo de concorrência pública objetivando a criação de novas vagas para presos no sistema carcerário do Estado requerente.

Numa análise inicial, o então Ministro Nelson Jobim deferiu a liminar requerida pelo Requerente em razão do prazo exíguo para cumprimento da liminar e da plausibilidade do direito invocado. Pode-se afirmar que a decisão judicial proferida pelo então Ministro do STF Nelson Jobim demonstra certo descompromisso com a melhor técnica judicial argumentativa, típica de um Estado liberal excludente. Tal afirmação é feita até mesmo pelo fato de que a

justificativa da decisão ocorreu somente em duas linhas, a saber: “Em razão do prazo exíguo para cumprimento da liminar e da plausibilidade do direito invocado, defiro a liminar requerida”.

Ora, dizer que o prazo de quase um mês para o cumprimento da decisão judicial que determinou a transferência dos presos excedentes é exíguo, é praticamente declarar a ineficiência do Estado. Havendo um controle preciso de vagas, presos e localização dos mesmos nas unidades prisionais do Estado, poder-se-ia facilmente planejar e executar, em prazo até mesmo menor, a transferência determinada pelo TJMS.

Por outro lado, na fundamentação da decisão, não se precisou qual seria a plausibilidade do direito invocado. Partiu-se de uma pré-concepção formulada unicamente pelo então Ministro que a impôs nebulosamente em sua decisão. Qual seria então este direito plausível? O de descumprimento das leis? O de violação dos direitos fundamentais? Seria plausível perpetuar um sistema carcerário caótico de violação dos direitos humanos dos presos e dos funcionários em nome de um direito qualquer do Estado, sem que se impusesse, ao menos, obrigações futuras que extirpassem estas violações?

A própria complexidade da demanda não autoriza uma decisão judicial tão simplista como a proferida pelo então Ministro Nelson Jobim, como se a questão se resolvesse pela dinâmica do tudo ou nada, sem que o julgador assumisse a responsabilidade pelos danos causados. Este formato de decisão, que nos remete ao pensamento excludente do Estado liberal, não se coaduna com o paradigma atual do Estado democrático de direito, onde todos os vetores devem ser considerados na produção do resultado final.

Em continuação ao processamento do recurso do Estado de suspensão da liminar, a Procuradoria-Geral da República foi intimada a se manifestar, tendo inacreditavelmente opinado pelo deferimento do pedido do Estado de Mato Grosso do Sul, argumentando, em linhas finais, que:

“(…)

15. Afigura-se claro que não consta do orçamento do estado-requerente montante apto a cumprir os ditames da decisão vergastada em vinte dias. A reconstrução do sistema prisional reclama grande dispêndio e esforço, devendo ser executada paulatinamente e de fora constante.

16. Logo, mostra-se patente a violação à economia pública, na medida em que impôs ao ente federado um gravame com o qual não está habilitado a arcar, sendo, ademais, fixada multa, que culminará em maior oneração desse.”

Seguindo esta mesma orientação argumentativa, em sua sinóptica análise, a Min. Relatora Ellen Gracie declarou “presente a possibilidade de grave lesão à segurança pública, uma vez que a decisão, cujos efeitos se pretendem suspender, impede o encaminhamento de novos presos ao estabelecimento penal, circunstância que poderá colocar em risco a integridade física e patrimonial dos cidadãos”.

Acrescentou que vislumbrava existente, também, a lesão à economia pública, pois a determinação do TJMS de transferência dos detentos exigiria um dispêndio financeiro imediato por parte do Estado, que, naquele momento, certamente, não teria previsão orçamentária, comprometendo a execução do próprio orçamento estadual.

Por estes motivos, a Min. Ellen Gracie confirmou a “liminar” e deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão preferida pelo TJMS que antecipou a tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.017192-6, publicando a sua decisão no DJ em 15 de maio de 2006.

Estes posicionamentos parecem estar, no mínimo, equivocados, merecendo uma atenção especial em suas refutações.

Inicialmente, necessário reiterar que as tutelas antecipadas concedidas foram no sentido de determinar a retirada do excesso de presos da UPRB e de impedir a internação de novos detentos em desconformidade com a capacidade máxima da Unidade Penitenciária, e não de determinar a reconstrução do sistema prisional do Estado de Mato Grosso do Sul, como afirmado pela Procuradoria-Geral da República e sugerido pela Min. Ellen Gracie.

Assim, descabida a utilização do argumento de que a decisão judicial lesaria a economia pública, pois, em momento algum, impôs ao ente federativo uma obrigação que requisitasse grande quantidade de recursos públicos, uma vez que cabia ao Estado de Mato Grosso do Sul tão somente a realização da transferência dos presos excedentes, tendo também ficado impedido de recolher na UPRB presos além da capacidade mínima. Verifica-se, então, que a única atividade positiva imposta diretamente pela decisão judicial ao Estado requerente era a de transferir os presos excedentes, o que, com certeza, não requisitaria somas em dinheiro que lesassem seriamente a economia pública do Estado requerente.

Ainda é necessário acrescentar que, ao contrário do afirmado pela Ministra Ellen Gracie, com certeza o Estado possuía previsão orçamentária para o acatamento da decisão judicial, vez que lhe é serviço cotidiano providenciar a transferência de presos entre presídios diversos, bem como realizar o transporte dos mesmos para os Fóruns das Comarcas estaduais, havendo recursos financeiros, materiais e humanos destinados diariamente para tal finalidade, razão pela qual se tem por descabido falar em inexistência de previsão orçamentária.

O que se poderia contra-argumentar as razões expostas acima é que a transferência determinada pelo Judiciário sul-matogrossense poderia acarretar em necessidade de construção de novas vagas para presidiários, pois, ao se retirar internos da UPRB com destino a transferi-los para outras unidades prisionais, conseqüentemente deveriam ser criadas novas vagas em outros presídios ou até mesmo construir novos presídios.

Acontece que tal afirmação já pressupõe a superlotação do sistema carcerário do Estado de Mato Grosso do Sul, o que, por si só, já é uma gravíssima violação aos direitos fundamentais, sendo que em momento algum tal fato restou devidamente comprovado nas peças defensivas do Estado de Mato Grosso do Sul, traduzindo-se num argumento de defesa genérico.

Ainda que admitindo genericamente tal situação caótica, importante salientar que a decisão judicial combatida não agravou tal quadro, vez que somente determinou a transferência do excedente de presos, em respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos, não tendo o Estado recorrente demonstrado qualquer critério objetivo de divisão dos presos recolhidos que justificasse o não deferimento da liminar pleiteada pelo Ministério Público. Na verdade, é bom que se reafirme, nenhuma justificativa seria bastante para legitimar a gravíssima violação dos direitos fundamentais envolvidos na questão.

A atuação absolutamente ineficiente do Estado de Mato Grosso do Sul nunca poderia ter sido chancelada pelo Tribunal Constitucional brasileiro. Ainda mais sob o fundamento de grave lesão à segurança pública, como afirmou a Min. Ellen Gracie, o que é de importância fundamental para a presente pesquisa.

Ao contrário do arrazoado, como visto em nenhum momento se impediu novo recolhimento de presos na UPRB. Na verdade, o que se impediu foi a internação de novos detentos em desconformidade com o limite máximo da capacidade da UPRB, o que em nada atrapalharia a garantia da segurança pública local. Lógico, isto se o Estado cumprisse eficientemente com o seu papel de agente promovedor de políticas de segurança pública necessárias.

E aqui parece estar um dos maiores entraves para a efetivação da segurança pública em nosso tempo: o da visão de seu real significado. Não é possível que os intérpretes da norma continuem visualizando a segurança pública como algo de tempos remotos e não lhe compreendam dentro de sua complexidade atual.

Exemplificando, no caso específico das cadeias públicas, sabe-se que antigamente, elas funcionavam como verdadeiros depósitos torturantes de pessoas, sendo que, no momento em que um sujeito era ali colocado, praticamente perdia todo e qualquer contato com o mundo exterior. A partir deste instante, a sua vida deixava de ter a tutela do Estado, que não se preocupava em protegê-la também.

Ocorre que, atualmente, no exato instante em que o Estado coloca este sujeito em um de seus estabelecimento penais, deve ele assumir o seu papel de garantidor, sendo o primeiro a se preocupar com a segurança pessoal de cada indivíduo que ali se encontre.

Também neste sentido, as pessoas que trabalham nestes estabelecimentos penais também são detentoras, presentemente, de segurança de suas vidas, sendo certo que a atitude administrativa irresponsável de depositar excessivamente presos numa determinada unidade penal, com certeza, coloca em risco a vida daqueles que, de alguma forma, encontrem-se trabalhando nestes locais.

Agora, o mais interessante é que não se pode mais persistir na idéia de que a sociedade estará segura a partir do momento em que o criminoso é colocado dentro de uma cadeia. Ao contrário daqueles tempos remotos mencionados, atualmente a prisão de um sujeito não impede que o mesmo mantenha contato com o mundo exterior. E isto se deve bastante à superlotação das nossas prisões, que possibilita a perda do controle nestas unidades penais.

Não existe mais a idéia de que preso na cadeia garante a ordem e a paz pública, pois, com a crise do sistema carcerário brasileiro, verifica-se, na prática, que estas prisões têm servido para inúmeras finalidades, como trocas de experiências, contatos “profissionais” e administração do crime. Dia-após-dia a sociedade brasileira tem verificado que a criminalidade tem sido controlada de dentro das próprias cadeias públicas, que se tornaram um excelente álibi para os criminosos.

Sob este enfoque, não se garante segurança pública depositando criminosos em cadeias lotadas. Isto somente sobrecarrega o sistema ainda mais. É necessário que o sistema prisional no país seja reformulado, garantindo-se a sua prestação de forma eficiente.

Desta forma, se houve alguma violação à segurança pública local em decorrência da decisão judicial combatida, esta partiu do próprio Estado

recorrente que não se preparou adequadamente para atender a demanda do setor, não podendo a sociedade ficar padecendo pelas falhas administrativas evidentes e muito menos o Judiciário dar guarida a este tipo de comportamento indesejado.

O Judiciário sul-matogrossense, ao deferir os pedidos antecipatórios requeridos pelo Ministério Público, fez exatamente aquilo que lhe cabe na arquitetura constitucional contemporânea: defender os direitos fundamentais das tiranias políticas existentes, ainda que tenha que se impor contra a maioria ou corrigir a atuação dos demais poderes institucionalizados. Assim a irretocável decisão do TJMS não deveria ter sido suplantada pelas decisões proferidas pelo STF. Pelo menos não da forma em que foram proferidas as decisões já analisadas.

Infelizmente, esta decisão foi comunicada ao TJMS no mesmo dia 15 de maio de 2006, razão pela qual, tempo depois, o TJMS passou a julgar o Agravo de Instrumento pertinente ao caso. Neste sentido, o TJMS entendeu o Agravo por carecedor de interesse processual, diante da determinação do Pretório Excelso, o que tornaria o recurso prejudicado, motivo pelo qual se negou seguimento ao agravo, lastreado no art. 557, *caput*, do CPCB, com decisão publicada no DJ em 08 de março de 2007, conforme já relatado no início deste trabalho.

De se destacar que, embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha evoluído bastante nos últimos tempos, com inclusão, inclusive, do princípio da celeridade na Carta Magna em seu art. 5º, LXXVIII, o processo original analisado, após ter sido preparado, entre os dias 14 de maio e 05 de agosto de 2008, portanto por quase 03 (três meses), em cartório para conclusão, encontra-se concluso no gabinete judicial desde o início de agosto de 2008 aguardando proferimento da competente e esperada sentença, que, confia-se, de uma exata solução jurídica racional que o caso necessita.

Mas, qual seria esta solução? Poderia o Judiciário, ao final, da demanda, determinar, por exemplo, a construção de um novo presídio ainda que este não

fosse objeto de pedido ministerial? Desta forma, estaria o Judiciário legitimado a intervir nas decisões orçamentárias dos demais poderes?

Ora, como já mencionado no capítulo anterior, ao Judiciário cabe a tutela dos direitos fundamentais na exata medida de sua necessidade. Qualquer solução que possa aqui ser apresentada poderia correr no risco de ser mal interpretada pela comunidade jurídica como uma tentativa simplista de apropriação indevida da idéia genial de Dworkin de apresentação, através do juiz Hércules, de soluções para os casos apresentados em suas obras.

Não é isto que se pretende aqui fazer. A intenção é de fomentar uma cultura jurídica que enfrente a complexidade dos problemas que envolvem a sociedade e os Estados contemporâneos, não devendo o Judiciário se enfraquecer diante destas adversidades.

O olhar construtivista do intérprete jurídico hodierno deve admirar a complexidade dos casos concretos, buscando apresentar soluções que contribuam positivamente na elucidação dos problemas, considerando todos os canais de comunicação possíveis e os vetores contingenciais prováveis, sendo, mais do que um farol na tempestade, um filtro dos anseios da sociedade plural, de forma a apresentar a melhor solução possível para determinado caso.

Ocorre que, ainda que a intenção do presente não seja de apresentar uma solução para o caso Ponta Porã, que poderia correr o risco de representar as pré-concepções unidimensionais de determinado intérprete, interessante se torna a análise de um determinado caso ocorrido no Estado do Espírito Santo, que muito pode contribuir para fomentar o cultivo de uma cultura democrática que enfrente melhor as complexidades do Estado democrático de direito.

Este caso, que se passará chamar de caso Jaguaré¹⁹⁰, ocorreu no município de Jaguaré, situado no norte do Estado do Espírito Santo, onde havia um grave

¹⁹⁰ Como exemplo do potencial resolutivo da atuação do Ministério Público como “agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais”, o caso Jaguaré foi apresentado e analisado pelo Professor do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da

problema envolvendo a segurança pública local. O problema era tão sério que, segundo os índices oficiais da época, este município era relacionado entre os municípios mais violentos do Estado, considerando o número de homicídios por ano, fazendo com que Jaguaré, um cidade de pouco mais de 20 mil habitantes, “competisse” com cidades vizinhas, que possuíam muito mais do que o dobro de sua população.

Por este motivo, cansada dos problemas enfrentados com o aumento da criminalidade e da violência local, buscando encontrar uma solução para o problema de segurança pública do município, a população desta cidade procurou o Ministério Público na esperança de que ele resolvesse o caso.

De fato, após o encontro com diversos cidadãos e autoridades públicas de Jaguaré, o Ministério Público identificou que a cidade tinha um problema agudo com a falta de cadeia pública local. Conforme se apurou, a cadeia pública local foi desativada por falta de número suficiente de policiais para administrá-la. Em razão deste fato, os presos desta comarca eram transferidos para cidades vizinhas, onde, freqüentemente, aconteciam rebeliões de presos.

Este problema da desativação da cadeia pública local terminou por gerar outro: o de falta de vagas para recolhimento de presos. A situação era tão complicada que começou a afetar a própria condução das atividades judiciais na cidade, uma vez que o Judiciário e o Ministério Público não podiam contar com as vagas necessárias para efetivação das prisões cautelares necessárias.

Faculdade de Direito de Vitória, Doutor Alexandre de Castro Coura, em Mesa redonda do IV Encontro Anual da ANDHEP, ocorrido na sede da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, nos dias 07 a 10 de outubro de 2008. Na ocasião, o caso foi destacado pelo Professor na seguinte palestra: “**Direitos fundamentais e democracia: o papel do Ministério Público como agente fomentador da gestão democrática de problemas sociais à luz do caso da segurança pública na Comarca de Jaguaré-ES.**” Tal experiência democrática foi também abordada, pelo Professor Alexandre Coura, Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo, no evento “Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal”, ocorrido na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em Vitória, às 14hs do dia 10 de outubro de 2008, durante palestra intitulada “**Ministério Público, tutela jurisdicional e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no atual paradigma constitucional**”.

Obviamente, em diversos casos, a impossibilidade de efetivação de prisões cautelares aumentou o risco para ordem pública de Jaguaré.

Diante deste caos, o Ministério Público desenvolveu uma forma de atuação que, na verdade, revelou uma experiência de duas vias, que serve de reflexão para a análise do caso Ponta Porã, sendo que uma via será chamada de via unilateral e a outra de via democrática.

Pela via unilateral, entendeu o Ministério Público por buscar reativar a cadeia pública municipal. Após tomar as medidas pré-processuais pertinentes, ajuizou uma ação civil pública em desfavor do Estado do Espírito Santo com pedido de determinação judicial de obrigação de fazer consistente na recuperação da cadeia pública. A causa de pedir apontada na ação foi o direito fundamental à segurança pública da população, afetada pelos obstáculos à efetivação das prisões cautelares quando necessárias, bem como o direito dos próprios acusados, de permanecerem na comarca onde residem e foram capturados por ordem judicial.

É bem verdade que, sob esta via, existia uma grande potencialidade de uma solução mais célere, pois dependeria somente da atuação eficiente do Ministério Público e do Judiciário. Acontece que, por outro lado, esta forma de atuação apresentava uma ótica unilateral do Estado, típica do paradigma do Estado Social, com todas as suas falhas típicas.

Fato é que, ainda que o Ministério Público tenha obrado com eficiência e celeridade e o juiz de primeiro grau tenha deferido o pedido de tutela antecipada, o processo ainda encontra-se em curso, assim como a população aguarda a efetivação da decisão e a resolução da questão, no que toca o incremento da segurança pública no Município de Jaguaré. Nesta situação, se o município de Jaguaré continuasse até hoje necessitando desta intervenção judicial unilateral, estaria órfão de uma solução efetiva para o seu problema de segurança pública.

Por outro lado, o Ministério Público também desenvolveu uma forma de atuação que se revela mais eficaz no paradigma do Estado democrático de direito, por isso chamada de democrática. Nesta via, após novos encontros entre representantes da sociedade e o Ministério Público, foi identificado que o aumento da criminalidade ocorria principalmente na época da colheita de café, o que ocorria três vezes por ano naquele município.

Conforme análises feitas pelos próprios cidadãos de Jaguaré, com a chegada da colheita, muitos trabalhadores de outros Estados e municípios se dirigiam à cidade para trabalharem na colheita, aumentando significativamente o seu número normal de habitantes, que na época consistia em, aproximadamente, vinte e dois mil habitantes, sendo que, após a colheita, estes trabalhadores permaneciam na cidade sem trabalho e condições sociais apropriadas. Como os cidadãos ouvidos esclareceram, esta ampliação descontrolada da população, sem condições sociais correspondentes, gerava muito conflito e contribuía para um aumento considerável dos índices de criminalidade, especialmente o de homicídios.

Assim, diante destas informações, foram realizadas algumas audiências públicas, nas quais o Ministério Público pode verificar a veracidade dos fatos e incentivar uma maior integração do Conselho Municipal de Segurança Pública, das autoridades públicas locais e da sociedade civil em prol da resolução da questão de segurança pública que a todos afetava.

Diante dos fatos, o Ministério Público propôs a reativação deste Conselho, tendo a sociedade, logo em seguida, sugerido um cadastramento dos trabalhadores rurais que viessem buscar trabalho em Jaguaré, idéia, aliás, proveniente dos próprios cidadãos. Nesse contexto, o Conselho de Segurança desenvolveu um programa de computador para realizar o cadastro, bem como disponibilizou material humano para efetivação da tarefa. Por sua vez, os produtores rurais locais se comprometeram a somente contratar os trabalhadores rurais após apresentarem a carteirinha de cadastramento fornecida pelo Conselho.

A idéia contagiou a cidade, que passou a colar cartazes e a espalhar panfletos por todas as ruas da cidade, tendo os trabalhadores rurais, a partir de então, sido informados da necessidade do cadastro para conseguir o trabalho na colheita.

No ato de cadastramento do trabalhador, eram solicitados ao mesmo alguns dados pessoais, que permitiam, além do efetivo controle de trabalho, uma consulta aos sistemas existentes de dados sobre um eventual mandado de prisão expedido em desfavor do trabalhador.

A questão é que, após a implantação deste sistema de cadastramento dos trabalhadores rurais, criminosos condenados e foragidos foram localizados, bem como puderam ser individualizados todos aqueles que passassem pela cidade em busca de trabalho temporário.

Diante desta nova realidade, no período da primeira colheita subsequente à implantação do sistema de cadastramento dos trabalhadores rurais, o número de homicídios em Jaguaré caiu de forma evidente e toda população sentiu os efeitos benéficos daquele “engajamento social”, em busca da solução para o problema de segurança pública na cidade.

Esta experiência da via democrática demonstrou que os problemas enfrentados por determinada sociedade, muitas vezes, não possuem uma solução de responsabilidade exclusiva apenas do Estado ou da sociedade.

Comprova, igualmente, que as potencialidades de solução dos problemas se multiplicam diante das parcerias promovidas entre a sociedade e o Estado, pois os afetados são convocados a participar/deliberar da gestão dos problemas que os afligem.

Para tanto, o Ministério Público no paradigma do Estado democrático de direito é convocado a realizar um papel importantíssimo de agente fomentador de gestão democrática dos problemas sociais, inclusive em relação aqueles envolvendo políticas de segurança pública.

Desta forma, já partindo para a conclusão do presente capítulo deste trabalho, o próximo tópico tratará de analisar o papel do Ministério Público no controle de políticas públicas, focando a sua atuação para as atividades de gestão democrática dos problemas sociais.

5.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL: UMA MISSÃO POSSÍVEL?

Não há uma instituição no sistema de organização do Estado brasileiro que tenha evoluído tanto quanto o Ministério Público nos últimos anos, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, que lhe concedeu inúmeras atribuições na moldura constitucional, permitindo um giro de atuação jamais visto na história deste país.

Ainda que não seja o objetivo do presente o resgate histórico da evolução do Ministério Público, especialmente o brasileiro, não é forçoso lembrar que o Ministério Público sempre esteve ligado à idéia de acusação, de um órgão estatal responsável pelas acusações feitas contra aqueles que desafiavam as leis existentes. Por isto mesmo, o Ministério Público sempre esteve fortemente ligado às ciências criminais, não sendo incomum a população se referir a seus membros como os “homens da beca”.

Ocorre que, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Ministério Público foi alçado à figura de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, sendo-lhe asseguradas várias funções para cumprimento da suas novas missões.

De fato, até aqui não se afirmou nenhuma grande novidade, podendo praticamente se falar que tais afirmações são quase que de conhecimento popular, estando devidamente descritas nos arts. 127 e 129 da Carta Magna.

Como se sabe, a introdução da CRFB/88 no sistema jurídico brasileiro proporcionou a proclamação do novo modelo de gestão do Estado brasileiro,

que agora se constitui em Estado democrático de direito, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Assim sendo, pode-se afirmar que esta Constituição, ao afirmar os fundamentos do Estado brasileiro e ao tutelar os direitos e garantias fundamentais, transformou-se numa espécie de tábua de salvação dos cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado e por maiorias eventuais.

Considerando a evolução do constitucionalismo moderno, ganhou espaço e notoriedade nos debates públicos e jurídicos de todo o mundo a realização de políticas públicas por parte do Estado como forma de proporcionar a concretização dos direitos de cunho prestacional.

Desta forma, uma das grandes missões conferidas pelos constituintes de 1988 ao Ministério Público foi a de fiscalizar o cumprimento das políticas públicas, o que pode ser verificado nos artigos da Constituição já mencionados acima.

Esta fiscalização é feita através de inquéritos civis¹⁹¹ e de ações civis públicas que são promovidas pelo Ministério Público, conforme o texto constitucional, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, com a CRFB/88, o Ministério Público adquiriu não somente a função de fiscalizar o cumprimento das políticas públicas, como também os instrumentos de realização desta fiscalização, capazes de proporcionar a imposição da concretização de políticas públicas na tutela de direitos fundamentais.

¹⁹¹ Neste sentido, Mazzilli (2000, p. 142-143) afirma que: [...] nosso entendimento é o de que, tanto em matéria de inquérito civil como de ação civil pública, o Ministério Público pode ingressar no exame: a) do ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; b) do ato administrativo vinculado, no seu mérito; c) do ato administrativo discricionário, no seu mérito, se tiver havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade; d) do ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes; e) do ato administrativo de reação impositiva.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p. 18) afirmam que:

A Constituição passa a figurar como remédio contra maiorias eventuais. No limite, políticas públicas arbitrariamente não implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo passam a ser exigíveis por intermédio de ações de índole prestacional. Nesse sentido, a principal instituição eleita pelo poder constituinte e autorizada a buscar essa intervenção da justiça constitucional é o Ministério Público, o que resulta claramente perceptível a partir da leitura do art. 127 e imediatamente seguintes da Constituição brasileira.

Entretanto, ainda que a missão constitucional de fiscalização da realização de políticas públicas e a garantia constitucional de promoção do inquérito civil tenham sido conferidas na vigência do Estado democrático de direito, não é raro encontrarmos uma atuação ministerial desfocada da noção que permeia este paradigma constitucional.

Na verdade, esta atuação desconforme é fruto também de todo um processo cultural de ensino jurídico que privilegia o conflito e a produção unilateral pelo Estado da solução dos problemas sociais, o que igualmente pode ser visto em definições conceituais do inquérito civil, como a que segue:

O inquérito civil é uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública. (MAZZILLI, 2000, p. 53)

Tal pensamento é reforçado pela própria leitura do art. 127 da CRFB/88, no qual o Ministério Público é visto como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e não como instituição essencial ao devido funcionamento do Estado democrático de direito.

Assim, embora constituído em plena vigência do Estado democrático de direito, o inquérito civil é, muitas vezes, conduzido através de uma visão ministerial que não reflete as aspirações deste paradigma, o que reduz consideravelmente as possibilidades de resoluções concretas dos problemas sociais.

Em recente artigo publicado, Marcelo Zenkner (2008, p. 93-97) analisou as fases evolutivas do Ministério Público no Brasil através da característica principal que norteia a sua atuação, afirmando que o Ministério Público atual deve focar o seu desempenho nas resoluções dos problemas, classificando este Ministério Público de *resolutivo*¹⁹².

Segundo o autor, na primeira fase, o Ministério Público apresentou uma “faceta voltada precipuamente para a área criminal” (ZENKNER, 2008, p. 94), sendo poucas as incursões ministeriais pela área cível, notadamente marcada por uma atuação ministerial como *custus legis*, o que permite concluir que o perfil de sua atuação totalmente comprometido com os ideais do Estado liberal. Esta fase pode ser denominada de *fase acusatória*, na qual o Ministério Público era identificado pelas suas funções criminais.

Já na segunda fase, impulsionado pelo advento da CRFB/88, o Ministério Público desenvolveu um perfil de atuação como órgão agente, que se caracterizava pela tomada de iniciativas no sentido de se buscar a materialização dos direitos fundamentais sociais. Cresce vertiginosamente a sua atuação nas áreas cíveis, num equilíbrio interessante no rol de funções ministeriais. Entretanto, via de regra, nesta fase, os olhos do Ministério Público estavam voltados para as suas funções judiciais, sendo que o resultado de seus esforços geralmente produzia novas demandas judiciais (ZENKNER, 2008, p. 94). Havia uma grande ação individualizada pelo Ministério Público, que buscava unilateralmente formar a sua convicção sobre as necessidades sociais. Por estes motivos, esta etapa de atuação ministerial pode ser chamada de *fase demandista*, fortemente influenciada pelos pensamentos que permearam o Estado social.

A atual fase do Ministério Público apresenta um viés de atuação que prima pela resolução de conflitos através de formas não judiciais, considerando até mesmo as limitações do Judiciário em fornecer respostas satisfatórias aos

¹⁹² É bom que se esclareça que esta terminologia já havia sido utilizada por Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 510-511) e por Marcelo Pedroso Goulart (1998, p. 119-123), que afirmaram haver dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*.

jurisdicionados (ZENKNER, 2008, p. 94). Esta fase é identificada como a *fase resolutória*, permeada por ideais do Estado democrático de direito.

Entretanto, na análise da evolução das funções ministeriais, qual o verdadeiro perfil de atuação atual do Ministério Público? Dizer que ele deve concentrar as suas atenções para a resolução extra-judicial dos conflitos não fornece todos os elementos de atuação deste Ministério Público. Ainda que se acentue o avanço das atividades ministeriais conciliatórias, é preciso que o condutor deste processo esteja totalmente influenciado por uma visão de atuação condizente com o atual paradigma constitucional.

De fato, a atuação do Ministério Público só será democraticamente resolutive quando ele entender o seu atual papel constitucional de, nas palavras de Alexandre de Castro Coura, “**agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais**”, viabilizando a interlocução entre o Estado e a sociedade.¹⁹³

De nada adianta, por exemplo, a criação de um mecanismo de atuação democrática do Ministério Público se ele é presidido por um membro ministerial tomado por um espírito de atuação acusatório-liberal ou demandista-social.

¹⁹³ O potencial resolutivo da atuação do Ministério Público, bem como a legitimidade de eventuais intervenções jurisdicionais provocadas pelo *Parquet* são, segundo o Professor Alexandre de Castro Coura, reforçados quando essa Instituição assume o papel de “agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais”. Nesse caso, salienta o Professor, a própria identificação do problema, assim como das possíveis soluções, deixa de ser feitas de forma unilateral pelo Estado (do qual o Ministério Público também é parte), e passa a ser fruto de uma gestão conjunta e democrática dos problemas sociais, na qual os próprios afetados têm a possibilidade de participar da construção das respostas a serem dadas, sejam judiciais ou extrajudiciais. Como destacado anteriormente, tal noção foi objeto das seguintes palestras realizadas por esse Constitucionalista e Membro do Ministério Público Estadual, quais sejam: ***Direitos fundamentais e democracia: o papel do Ministério Público como agente fomentador da gestão democrática de problemas sociais à luz do caso da segurança pública na Comarca de Jaguaré-ES.*** Palestra proferida em Mesa redonda do IV Encontro Anual da ANDHEP, evento ocorrido na sede da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, nos dias 07 a 10 de outubro de 2008; “**Ministério Público, tutela jurisdicional e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no atual paradigma constitucional**” Palestra proferida no evento “Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal”, ocorrido na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em Vitória, às 14hs do dia 10 de outubro de 2008.

A visão que influencia a atuação prática do Ministério Público é que vai permitir, ou não, não só a correta utilização do inquérito civil como também a própria potencialização das soluções dos problemas sociais enfrentados pela sociedade, fortalecendo o sentido forte do paradigma do Estado democrático de direito.

Por estes motivos, deve-se começar a entender que a atuação ministerial, antes de mais nada, deve estar focada na real solução do problema analisado, que, muitas vezes, independerá da judicialização do caso.

Assim, o fortalecimento da ação do Ministério Público no paradigma democrático de direito se encontra na visão de sua atuação extra-judicial, que possibilita a criação de uma nova arena de debates na sociedade, conduzida por uma instituição que deve estar interessada no seu bem-estar social.

Esta abertura de visão permite também que o inquérito civil seja conduzido de forma mais ampla, com uma participação maior da sociedade na construção democrática dos problemas e das soluções, que não devem mais ser estabelecidos unilateralmente pelo Estado, através de uma visão paternalista e inibidora.

Deste modo, é preciso incentivar a participação social no curso da atuação ministerial, seja através de manifestações formais escritas, de reuniões com conselhos municipais, ou de audiências públicas, que permitem uma ampla discussão social e fornecem legitimidade para a sua atuação¹⁹⁴.

O Ministério Público, portanto, deve se permitir construir o real sentido do problema social apresentado e encontrar a solução deste problema juntamente com a sociedade, buscando ser um canal de ligação dos envolvidos, ou um agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais, de forma,

¹⁹⁴ Em recente artigo publicado, Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar (2009, p. 18) sugere ainda a utilização de pesquisas de opinião, debates públicos, pareceres de juristas e de especialistas externos aos quadros para potencializar a legitimidade das ações do Ministério Público.

inclusive, a gerar uma maior legitimação das medidas judiciais eventualmente adotadas¹⁹⁵.

Percebe-se que ao se permitir presidir o inquérito civil imbuído desta visão, o Ministério Público colherá frutos que ultrapassam a sua atuação extra-judicial. Melhor explicando, a condução do inquérito civil sob uma perspectiva resolutória democrática possibilitará o seu melhor aproveitamento tanto na área extra-judicial quanto na área judicial, cumprindo com a sua missão constitucional de eficiência.

É possível dizer que na área extra-judicial, através de uma visão resolutivo-democrática como aqui defendida, além de conseguir construir o real significado dos problemas e encontrar as possíveis soluções destes problemas, a participação direta e irrestrita de todos os envolvidos permitirá uma maior facilidade na celebração de um termo de compromisso de ajustamento de conduta.

De fato, esta união de esforços entre a sociedade e o Estado, certamente, possibilitará que os responsáveis pela realização das soluções se mobilizem mais facilmente e concordem em celebrar um termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Ainda, é admissível afirmar que estas soluções provavelmente serão fruto de auto-imposição, permitindo um cumprimento voluntário e imediato, o que, muitas vezes, não poderia ocorrer através de uma ordem judicial impositiva, mesmo porque ninguém pode ser obrigado a fazer nada sem expressa previsão legal.

Por outro lado, as conseqüências judiciais poderão aparecer no campo da celeridade processual, vez que as possíveis provas necessárias para o

¹⁹⁵ Neste mesmo sentido, Alexandre de Castro Coura (2008, p. 317) afirma que: "A idéia de respeito ao sistema jurídico-constitucional, vista agora como meio para a realização da justiça, reflete-se também no processo e requer a preservação de condições de participação discursiva dos cidadãos na formação da decisão, por meio da institucionalização de procedimentos que, em última análise, permitam conceber a decisão como uma (auto) imposição da sociedade".

juízo da demanda ajuizada através de uma ação civil pública já estariam presentes no processo desde o seu início.

Para tanto, contudo, o Ministério Público precisaria se libertar de uma visão mais conservadora do contraditório no inquérito civil. É que, de acordo com a corrente majoritária, no inquérito civil, por ser um procedimento inquisitivo, não vige o princípio do contraditório, que teria, no máximo, uma atuação mitigada¹⁹⁶.

Bem, como já dito, uma atuação ministerial resolutivo-democrática deve primar por uma abertura da sua atuação à participação da sociedade, o que produz também reflexo na condução do inquérito civil.

Muitas vezes, o problema construído pela ação conjunta do Estado e da sociedade pode identificar que a solução seja encontrada no próprio Estado, através de um de seus ramos de atuação. Como envolvido, também este ramo de atuação do Estado deve ser chamado para participar da questão, devendo ser ouvido nos autos do inquérito civil.

Assim, ainda que não presida o inquérito, é importante que o responsável pela construção da solução do problema participe ativamente das atividades investigatórias até mesmo para fornecer maior credibilidade às provas colhidas pelo Ministério Público

Deste modo, sob o prisma da efetividade e da valoração das provas, especialmente no âmbito do controle judicial de políticas públicas, sabendo que as provas colhidas pelo Ministério Público no inquérito civil têm o objeto imediato de formar a convicção do órgão ministerial e mediato de auxiliar o juízo do magistrado, o contraditório deve ser ofertado ao investigado, como forma de conferir maior credibilidade à prova colhida. É claro que esta

¹⁹⁶ Segundo DIDIER JR e ZANETI JR. (2008, p. 247): "O contraditório no *inquérito civil* existe, embora em seu aspecto mínimo: o direito de ser informado (direito à informação). Obviamente, o direito de reação (poder de influenciar a convicção daquele que proferirá uma decisão) será exercido plenamente no processo jurisdicional coletivo. Garante-se ao *investigado*, por exemplo, ser acompanhado por advogado.

postura também permitirá uma melhor construção do problema e da solução possível¹⁹⁷.

No campo fático, isto representaria, por exemplo, a informação ao investigado da existência do procedimento com direito de defesa, podendo o mesmo acompanhar a colheita de provas, com direito de perguntas, podendo, ainda, indicar testemunhas para serem ouvidas.

Ressalte-se que o pequeno atraso, se existir, ocasionado pela observação do princípio do contraditório na condução do inquérito civil não possui maior peso que as conseqüências processuais futuras que advirão com a maior credibilidade concedida às provas colhidas, considerando, até mesmo, o fato de que nem sempre se consegue reproduzir em juízo as provas colhidas durante o inquérito civil público.

Aceita-se, no entanto, a tese de que em casos excepcionais, que envolvam situações emergenciais, o contraditório possa ser relevado para se garantir uma rápida solução judicial do caso, como, por exemplo, em questões que envolvam o fornecimento de medicamentos.

Outra conseqüência judicial para a atuação ministerial resolutivo-democrática ocorre no âmbito da melhor formação da convicção do magistrado, tanto para apreciação final da lide como, também, para a concessão de uma medida de urgência pleiteada pelo Ministério Público.

Sabe-se que dificilmente a prova colhida no inquérito civil será equivalente à prova colhida na instrução processual. E isto se deve ao fato de que a colheita desta provas somente é realizada pelo juiz durante o processo. Entretanto, observado o contraditório, o inquérito civil terá muito mais força para auxiliar no

¹⁹⁷ Obviamente, não se defende que o oferecimento do contraditório deva ser imposto ao investigado, até mesmo por que ele pode se recusar a participar deste processo. O importante é a criação de mecanismos democráticos de resolução dos problemas. Também não se advoga aqui uma participação incondicionada do investigado, que pode, justificadamente, ter afastado o seu contraditório quando interferir indevidamente na condução dos trabalhos, o que pode ocorrer, por exemplo, quando provocar tumultos indevidos na oitiva de uma testemunha ou quando tentar, de alguma forma, prejudicar a realização de alguma perícia técnica.

convencimento do magistrado na tomada das decisões judiciais, sem que se tenha que buscar uma morosa produção antecipada de provas, permitindo, inclusive, o deferimento antecipado de um pedido ministerial.

Todavia, nenhuma destas conseqüências judiciais referidas acima se equivale à seguinte, que trata do aperfeiçoamento da causa de pedir e dos pedidos a serem construídos pelo Ministério Público na ação civil pública que, porventura, necessite ser ajuizada.

Ao se permitir construir o problema e identificar as soluções juntamente com a sociedade, o Ministério Público poderá cumprir com as suas funções de forma mais ampla e coerente com as necessidades sociais, identificando os problemas sociais de forma mais precisa e completa.

Exemplificando melhor, no caso Jaguaré, se o Ministério Público não tivesse buscado atuar em parceria com a sociedade, poderia concentrar a sua atuação de forma descompassada com as reais necessidades do caso.

Assim, poderia o Ministério Público, por si só, por exemplo, relacionar a questão da crise na segurança pública em Jaguaré com o fato da venda indiscriminada de bebidas alcoólicas nos comércios da cidade durante o período noturno, pedindo, então, ao Judiciário a determinação de fechamento destes comércios a partir de determinada hora do dia, ou da noite.

É possível ver no exemplo que, ao fazer a sua argumentação do problema ao Judiciário, o Ministério Público fatalmente iria construir a sua causa de pedir desfocada dos verdadeiros motivos do problema de segurança pública identificados pela sociedade de Jaguaré, que no caso o relacionou com a chegada dos trabalhadores rurais para a colheita do café no município.

Esta construção descompassada com a realidade dos fatos, certamente, também interferiria na formulação dos pedidos ministeriais, que, no caso do exemplo dado acima, seriam focalizados no fechamento dos comércios de venda de bebidas alcoólicas a partir de certa hora do dia, ou da noite.

O desenvolvimento do raciocínio presente permitirá constatar que, agindo de forma resolutivo-democrática, o Ministério Público poderia formular pedidos ao Judiciário que, muitas vezes, estariam relacionados com *questões de meio* dos problemas sociais, e não necessariamente com *questões de fim*, considerando até mesmo as reais limitações jurídico-administrativas do Judiciário.

Desta forma, o pedido ministerial poderia ser conduzido, por exemplo, no sentido de se buscar um funcionamento eficiente do Conselho Municipal de Segurança Pública, equipando o Conselho com condições materiais que lhe permitam desempenhar o seu papel, o que, por si só, possibilitaria que a sociedade melhor administrasse os seus problemas sociais de uma forma, até mesmo, mais dinâmica e célere.

É preciso entender o verdadeiro sentido do papel do constitucional do Ministério Público no controle de políticas públicas a ser desenvolvido no atual paradigma do Estado democrático de direito, que privilegia a atuação da sociedade na busca das soluções de seus próprios problemas sociais, através de uma ação tipicamente catalisadora e democrática.

Este agir constitucional democrático é que confere ao Ministério Público a legitimidade de suas ações, devidamente identificadas com as necessidades sociais do povo, que são construídas através de um processo dinâmico e inclusivo.

Portanto, também o Ministério Público deve, no atual paradigma constitucional, se entusiasmar pela complexidade dos problemas sociais, desempenhando as suas funções para além das funções judiciais, num intenso pulsar democrático, propiciando uma real autonomia da sociedade plural.

CONCLUSÕES

Antes de se colocar um ponto final sobre a pesquisa aqui realizada, é preciso destacar os principais pontos que foram abordados durante o seu desenvolvimento, como forma de se obter uma síntese conclusiva da mesma.

Com certeza, entender a paixão despertada pelo tema examinado nos debates jurídicos e políticos permite compreender a sua extrema importância nos contornos do constitucionalismo contemporâneo.

Durante a pesquisa, pode-se constatar, desde o início, que a origem do constitucionalismo moderno esteve intensamente atrelada à noção de especialização coordenada das funções públicas como forma de impedir o arbítrio. Neste sentido, pretendia-se viabilizar um maior controle das ações desenvolvidas pelo Estado, tudo para garantir a concretização dos direitos fundamentais.

A democracia é peça vital neste novo modelo de organização do Estado e da sociedade, proporcionando uma contínua oxigenação das instituições públicas e desenvolvendo um papel fundamental na legitimação do poder estatal. Entretanto, não pode ser considerada por si só a própria encarnação da legitimação do poder estatal, sob pena do império da maioria.

Assim, a questão envolvendo a democracia como forma absoluta de gestão encontra uma nova versão diante da necessidade de se preservar os direitos fundamentais da minoria em relação às decisões utilitaristas da maioria, até mesmo para impedir a formação de elites e impérios que possam ser intitulados como detentores da vontade geral, ao arrepio de valores e direitos humanitários.

Pode-se afirmar, entretanto, que existe uma forte e imprescindível coesão interna entre os direitos e a democracia, especialmente entre os direitos fundamentais, tão caros ao constitucionalismo moderno. A noção de real significação desses direitos só pode ser obtida através de um processo

democrático, que é construído co-originariamente com o próprio código do direito.

Se, por um lado, pode-se dizer que a democracia não pode ser mal utilizada ao ponto de negar direitos essenciais a um indivíduo ou a uma coletividade de pessoas, também não se pode negar, pelas idéias habermasianas, que a democracia é, ela própria, um direito vital da sociedade hodierna, que possibilita a sua assunção aos papéis de autora e de destinatária de suas próprias normas, construídas através de um processo discursivo.

Foi apresentado o conceito atual de políticas públicas como sendo aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado democrático de direito.

Para Dworkin o sistema de direito é constituído por padrões normativos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas, que não podem mais ser consideradas como um campo isolado de atuação exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, como se o Judiciário não desempenhasse uma função estatal importante para a concretude dos direitos fundamentais.

Conforme Dworkin, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007a, p. 36).

Assim, a *policy* seria “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36), diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo.

Com esta nova roupagem dada por Dworkin às *policies*, o poder Judiciário assume um papel de igualdade e independência com os demais poderes, sendo também responsável direto pela concretização dos direitos elencados nos textos constitucionais dos Estados contemporâneos.

A atuação judicial no controle de políticas públicas desperta zonas de tensão com os demais poderes, havendo inúmeras críticas esta atividade que podem ser sucintamente apresentadas na falta de sustentação constitucional, na feição contra-majoritária e antipopular, que se revelaria pela falta de legitimidade democrática do poder Judiciário neste tipo de atuação, e pela inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados.

O estudo da teoria da separação de poderes revelou que esta teoria se originou numa visão maior de proteção aos direitos fundamentais, sendo imperioso o seu reconhecimento como instrumento de efetivação dos direitos, por ser um dos mecanismos de defesa da sociedade contra o arbítrio estatal. Assim, imprescindível concluir que a interferência do poder Judiciário sobre as funções desempenhadas pelos demais poderes, para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, não pode ser considerada uma violação à teoria da separação de poderes.

Também o argumento da falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional não pode ser aceito, pois, atualmente, a Constituição serve como instrumento de proteção jurídica contra decisões arbitrárias tomadas pela maioria em desfavor da minoria, sendo o poder Judiciário autorizado pela Carta Magna para dirimir possíveis conflitos que possam advir desta situação. Desta forma, o Judiciário possui legitimidade democrática para intervir no processo democrático, desde que respeitados alguns limites, o que é vital para a sobrevivência do sistema harmônico de especialização das funções públicas.

No Estado liberal, com a prevalência do império da lei e, conseqüentemente, com a centralidade do poder Legislativo, as atividades estatais se limitavam a concretizar as liberdades clássicas almeçadas pela sociedade da época. Essas

atividades eram caracterizadas mais pela omissão estatal do que pela ação, sendo reservado ao poder Judiciário um papel de mero reprodutor inanimado das regras fechadas ditadas pelo poder Legislativo, motivo pelo qual se caracterizou esta perspectiva como formalista.

Já com a introdução do paradigma social, o Estado foi convocado a participar mais ativamente na promoção dos direitos sociais dos cidadãos, sendo conferida ao poder Executivo esta importante missão promocional, razão pela qual esse poder adquiriu superior *status* na dinâmica da relação entre os poderes estatais.

Neste novo modelo, o perfil estatal ficou caracterizado por ações promocionais, desenvolvidas através de políticas públicas. Diante dos novos desafios, criou-se uma idéia de desvinculação da “justiça” e do “direito”, vez que o Legislativo, através das leis, não supria mais os anseios da sociedade, sendo conferida ao poder Judiciário uma maior liberdade de ação, no intuito de se concretizar os direitos fundamentais.

Surgem, então, os princípios gerais do direito e novos instrumentos interpretativos que permitem ao juiz analisar a situação posta de forma a descobrir o direito para aquela exata ocorrência. Entretanto, neste marco constitucional, a decisão ainda continua sendo conferida pela cabeça de alguns poucos, ficando o povo alijado do processo de escolha.

A sociedade permanece sendo vista simplesmente como beneficiária das decisões políticas e jurídicas de seres iluminados que ditam as normas e as escolhas para a vida do povo, que permanece subordinado.

A visão do Judiciário como uma instituição capaz de prover sozinho as necessidades do povo através de um processo de racionalização independente, permite a distinção deste período como uma perspectiva substancialista da atuação judicial.

Na medida em que a sociedade foi evoluindo, as relações sociais se tornaram cada vez mais plurais e complexas, havendo necessidade de se garantir uma maior participação dos cidadãos no processo de formação das decisões institucionais, até mesmo por que as promessas do Estado social não se efetivaram para toda a sociedade.

O Estado democrático de direito surge, portanto, com a missão de incrementar participação e racionalidade ao complexo processo decisório da formação do consenso social, especialmente no tocante à implementação e execução de políticas públicas, sendo reservada ao poder Judiciário certa centralidade na condução deste processo, que passa a contar com instrumentos especiais de interpretação do sistema jurídico: os princípios jurídicos.

São estes princípios que vão garantir maior mobilidade à atividade construtiva do juiz para formar a melhor decisão para o caso concreto apresentado. Entretanto, o desempenhar destas funções judiciais requer, neste novo paradigma, um respeito à participação democrática da sociedade, primando pela proteção dos direitos fundamentais e pela garantia de liberdade e de igualdade da participação dos cidadãos no processo de formação das decisões sociais.

A jurisdição constitucional deve estar assim realmente preocupada em ocupar o seu real papel no paradigma do Estado democrático de direito, sempre voltada para a legitimidade de suas decisões, que não permitem o abandono do princípio da soberania popular, extraída através de ações dialogadas.

No paradigma constitucional do Estado democrático de direito, o controle judicial das atividades realizadas pelos demais poderes é, assim, um controle procedimental, que não desconhece as suas limitações fáticas, mas aposta na formação da vontade popular através de canais comunicativos abertos como a solução para a complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea.

É, por outro lado, um controle que se preocupa com as condições mínimas de participação qualificada dos sujeitos do direito no processo de formação da opinião e da vontade, permitindo ao juiz que faça um controle sobre o mínimo de condições existenciais que viabilizem a real autonomia privada e pública.

Também se caracteriza por ser um controle que exige dos demais poderes públicos uma obediência irrestrita às leis e às deliberações populares formadas nos espaços de construção da cidadania ativa.

Diante de tal constatação, a nota característica da atividade judicial neste paradigma é a garantia do respeito às regras de participação democrática de cada cidadão na formação das decisões coletivas, razão pela qual se identificou este momento constitucional sob uma perspectiva procedimentalista.

Entretanto, como explicado outrora, este modelo de atuação judicial está longe de ser um mero retrocesso à fase formalista, pois, além da garantia das formas, tutela também o conteúdo das decisões coletivas, uma vez que possui um olhar focado na qualidade da participação social, exigindo condições mínimas de autonomia privada para a formação das decisões coletivas.

O direito fundamental à segurança pública precisa ser construído sob o enfoque do Estado democrático de direito, sabendo-se que sempre esteve presente na história da humanidade. Assim, incabível entender que o direito fundamental à segurança pública possa pertencer somente ao Estado ou a um grupo de pessoas, pois cada indivíduo é detentor deste direito.

Qualquer análise sincera sobre as dimensões dos direitos fundamentais constatará a imprescindibilidade do direito à segurança pública em todas elas, ganhando coloridos especiais em cada dimensão, que garantiram a sua melhor efetividade.

Apesar desta relação próxima com outros direitos fundamentais, não deve o direito fundamental à segurança pública ser entendido como uma extensão, como consequência, ou como dependente de algum outro direito fundamental.

O sentido é de complementação e não de dependência, razão pela qual o direito à segurança pública deve ser visto como um direito fundamental independente.

No atual paradigma do Estado democrático de direito, o direito à segurança pública deve ser compreendido como um direito fundamental autônomo garantido igualmente a cada cidadão do país, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado, numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não a repressão.

De fato, ao se falar em direito à segurança pública no Estado democrático de direito, almeja-se é que o mesmo seja concretizado pelo Estado de forma eficiente, criando-se possibilidades sólidas de prevenção da ocorrência de condutas ilícitas. No cumprimento de seu dever, entende-se que este serviço deva ser prestado pelo Estado de modo a conseguir dar respostas eficazes tanto aos “crimes de gabinetes” como aos “crimes de rua”, que são geralmente praticados pela população mais carente.

A redução ou o aumento da criminalidade e da violência nem sempre terão uma relação direta com as atividades desenvolvidas pelo Estado para preservação da segurança pública, pois muitas são as contingências que interferem no resultado final. Assim, a luta a ser travada se reflete mais na questão da garantia de possibilidades do que de resultados.

Na evolução do constitucionalismo moderno, algumas teorias foram sendo construídas, como a do *desvio de finalidade*, a dos *motivos determinantes* e, mais recentemente, a da *vinculação direta dos atos administrativos aos princípios*, tendo a discricionariedade administrativa deixado de ser vista como um *poder* para passar a ser compreendida como um *dever*, deixando de contemplar gradativamente o se do agir administrativo para se restringir cada vez mais somente ao *como*.

Assim, a discussão travada no cenário jurídico não seria mais de possibilidade ou não de controle dos atos administrativos discricionários, mas sim os limites (intensidade) e os parâmetros (critérios) deste controle.

No momento atual do constitucionalismo, a análise judicial sobre as políticas públicas deve seguir a lógica da primazia do caso concreto, em razão das especificidades de cada caso, sempre buscando salvaguardar os direitos fundamentais.

A solução jurídica para uma violação ao direito fundamental é melhor construída diante da apreciação de um caso específico, onde são considerados todos os fatores possíveis para se descobrir as causas, as conseqüências e as soluções para aquele determinado caso.

O poder Judiciário não pode ter a pretensão de realizar políticas públicas, pois ele não substitui o legislador e o administrador. Entretanto, também não pode se omitir diante de uma violação concreta a direito fundamental se escondendo atrás do *non liquet*. A construção da solução para o caso específico deve passar pela noção do direito principiologicamente aberto.

O papel constitucional reservado ao Judiciário não permite que o mesmo assuma diretamente a realização em abstrato das políticas públicas, sob pena de usurpação não só das funções especializadas de poder, mas, principalmente, das zonas de deliberações democráticas, sendo certo que, neste ponto, ao Judiciário é reservado um papel subsidiário contra-majoritário, o que não lhe diminui em importância ou necessidade, visto que deve guardar a Constituição contra ataques intencionais que violem as suas normas.

O controle judicial de políticas públicas no atual paradigma do Estado Democrático de Direito revela um enfoque compromissado com a análise coerente e responsável do caso em concreto, o que permitirá também que o controle seja desenvolvido no caso de riscos iminentes e potenciais para salvaguardar disposições constitucionais expressas que envolvam, por

exemplo, aplicação mínima de recursos em garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

Diante da pluralidade e complexidade da sociedade atual, bem como da indivisibilidade dos direitos fundamentais, o poder Judiciário pode e deve intervir em casos de omissão ou ineficiência na concretização de políticas públicas que envolvam direitos fundamentais em sua dimensão individual, coletiva *stricto sensu* e difusa, devendo, no entanto, tomar as devidas precauções para que sua interferência se dê modo a garantir a eficácia destes direitos numa perspectiva de especialização de funções, onde a realização destas políticas públicas continue sendo efetuada pelos poderes designados para tanto, com a tomada de medidas fiscalizatórias que garantam o seu real cumprimento.

No Estado democrático de direito, torna-se impreterível a participação da sociedade na formulação das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário, prioritariamente, a função de resguardar os espaços de deliberação democrática. Por esta razão, na formulação das políticas públicas, a sua intervenção de controle ocorre de uma forma mais branda, assegurando a participação efetiva da sociedade na deliberação destas políticas, respeitando os direitos fundamentais.

Além de salvaguardar o procedimento de deliberação democrática das políticas públicas, o Judiciário deve estar atento também para garantir que a participação da sociedade nestas deliberações tenha ocorrido de forma efetiva. Nestes casos, então, o Judiciário tem o dever de assegurar aquilo que tradicionalmente a doutrina tem denominado de “mínimo existencial”.

Constatado que a omissão estatal na formulação de políticas públicas tem afetado seriamente as condições materiais mínimas de um único indivíduo, o juiz deve intervir, construindo, no caso concreto, a exata solução que atenda às necessidades materiais deste indivíduo.

Poderá também o Judiciário se intrometer na formulação de políticas públicas quando a solução do caso enfrentado aponte somente para uma atitude a ser tomada, o que a doutrina vem classicamente denominando de caso de “discricionariedade zero”.

Na formulação das políticas públicas a serem desempenhadas num determinado caso concreto, ainda que as mesmas não violem direitos fundamentais em seu aspecto mínimo, pode ocorrer que somente haja uma solução possível para o caso, quando então o Judiciário, aplicando o princípio da razoabilidade poderá determinar que o Executivo adote a solução adequada para o caso.

A atuação do Judiciário no controle da execução de políticas públicas é exigida para garantir a efetividade das decisões institucionais e sociais tomadas anteriormente, determinando ao Executivo a adoção de medidas cabíveis em respeito às decisões prévias, de forma a torná-las concretas.

Identificada uma violação aos casos apresentados de possibilidade de intervenção judicial, o Judiciário deve tomar todas as medidas para que a infração seja cessada, podendo, até mesmo, impor obrigações positivas ao administrador, sempre na exata necessidade de proteção do direito fundamental violado.

A atuação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais deve ser proporcional à lesão praticada, sendo imperiosa a determinação de medidas que cessem o dano, sempre respeitando à especialização das funções administrativas, em cumprimento da ordem constitucional vigente.

A ação do Judiciário no controle de políticas públicas deve guardar uma posição dúplex de respeito à centralidade do Legislativo e do Executivo na formulação e execução de políticas públicas, estabelecendo uma ordem clara de intervenção, e de tutela dos direitos fundamentais, devendo ser construídas medidas que garantam a efetividade destes direitos, podendo, extraordinariamente, o Judiciário intervir, direta e cuidadosamente, no

orçamento administrativo, vez que, muitas destas medidas envolvem custos, por conterem comandos positivos.

Ao determinar ao Executivo a realização de alguma medida, o Judiciário deve, inicialmente, entender o seu caráter constitucional residual e subsidiário da concretização de políticas públicas, determinando prioritariamente a realização dos comandos judiciais pelos demais poderes, o que não impede a sua atuação direta, desde que na medida exata para a proteção dos direitos fundamentais, podendo inclusive intervir no orçamento público, desde que necessário para salvaguardar urgentemente um direito fundamental violado.

A reserva do possível tem sido invocada pelos órgãos estatais, em processos judiciais, como justificativa para o descumprimento do comando normativo constitucional de garantia dos direitos fundamentais sociais, que deveriam ser limitados diante da escassez de recursos do Estado, numa tentativa de se evitar, até mesmo, decisões que destoem da realidade orçamentária estatal.

A “reserva do possível” faz com que o intérprete constitucional, ao analisar o emprego do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade na gestão dos recursos públicos, enfrente com cautela a questão do direcionamento dos recursos públicos, dado que, em sua tríplice dimensão, também age como uma garantia de efetivação de direitos fundamentais em conflito, não podendo a mesma ser desconsiderada por qualquer argumento.

Para analisar a questão da “reserva do possível”, necessário se realizar uma análise constitucional *vertical* e outra *horizontal* da aplicação dos recursos orçamentários no Estado democrático de direito que privilegie a proteção dos direitos fundamentais.

A primeira, *vertical*, trata de uma análise de prioridade, onde os direitos fundamentais, especialmente em sua dimensão de “mínimo existencial”, possuem absoluta preferência orçamentária sobre os demais direitos.

Desta forma, na tutela dos direitos fundamentais, o Judiciário pode determinar a retirada de recursos aplicados em rubricas não prioritárias, como publicidade, shows, eventos, patrocínios, e outras, definindo o seu uso para atendimento de questões prioritárias, como saúde, educação e segurança pública, além de outras.

A análise *horizontal* deve incidir sobre a forma de aplicação destes recursos dentro da promoção estatal de um mesmo direito fundamental. Com isto se defende a adoção de critérios objetivos na distribuição dos recursos estatais existentes de forma a se procurar garantir indistintamente direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros.

Esta análise *horizontal* possibilita falar em uma *distribuição equânime de recursos*, que discipline o estabelecimento de critérios objetivos e racionais na promoção igualitária dos direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros. Neste exame, cabe observar a distribuição de todos os recursos disponíveis pelo Estado, sejam eles materiais, orçamentários ou, até mesmo, humanos.

As medidas assecuratórias das decisões judiciais possuem papel vital no controle judicial em concreto, quando se verifica a omissão estatal num determinado caso de clara violação a um direito fundamental, sendo possível também que o descumprimento da ordem judicial sujeite o administrador a sanções específicas, como no caso dos crimes de responsabilidade e das ações de improbidade.

Os instrumentos processuais de implementação das políticas públicas podem ser classificados como *meios de coerção* e *meios de subrogação*. Os meios de coerção são aqueles através dos quais são aplicadas sanções ao devedor com o fim de estimulá-lo a realizar o ato que lhe cabe. Já os meios de subrogação são os meios que promovem a substituição do devedor, de modo que a prestação é realizada, isolada ou conjuntamente, por terceiro ou pelo próprio Judiciário

Dentre os *meios de coerção*, pode-se falar, principalmente, em *multa* e *prisão civil*. A *multa* possui previsão expressa no art. 287 do CPC e, especificamente, no art. 11 da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, que disciplina a possibilidade de o juiz de ofício cominar multa diária no caso de descumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva.

A *prisão civil* é modalidade de instrumento judicial coercitivo para o cumprimento de determinações judiciais. Diversamente da prisão criminal, a prisão civil visa a coagir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Sua previsão constitucional é expressa no art. 5º, LXVII, da CRFB/88, que prevê a possibilidade de prisão civil para o devedor de alimentos ou para o depositário infiel.

A doutrina e a jurisprudência têm aceitado a decretação da prisão civil do administrador em razão de descumprimento voluntário e inescusável de ordem judicial que estabelece a prestação de serviço eficaz para a tutela do “mínimo existencial”.

Na aplicação dos meios de *subrogação*, a intervenção do Judiciário deve ser proporcional a urgência da medida pleiteada, pois quanto menor a urgência maior o prazo para a sua execução, garantindo-se uma maior possibilidade da execução direta pela própria administração. Pelo contrário, havendo extrema urgência na execução da medida, há considerável redução do prazo, limitando-se a possibilidade de execução direta pela própria administração, que deverá prontamente se manifestar sobre a execução.

Assim, o grau de intervenção judicial sobre as demais funções estatais será proporcional à urgência da medida pleiteada, devendo o Judiciário agir eficazmente na tutela do direito fundamental violado, sempre dando primazia para a execução direta do objeto pelos demais entes públicos, realizando uma intervenção que deve ocorrer de forma gradativa, dando oportunidade para o adimplemento direto pelos próprios entes públicos.

A atual fase evolutiva do Ministério Público apresenta um viés de atuação que prima pela resolução de conflitos através de formas não judiciais, considerando até mesmo as limitações do Judiciário em fornecer respostas satisfatórias aos jurisdicionados. Esta fase é identificada como a *fase resolutória*, permeada por ideais do Estado democrático de direito.

A atuação do Ministério Público só será democraticamente resolutiva quando ele entender o seu atual papel constitucional de, nas palavras de Alexandre de Castro Coura, *agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais*, viabilizando a interlocução entre o Estado e a sociedade.

A visão que influencia a atuação prática do Ministério Público é que vai permitir, ou não, não só a correta utilização do inquérito civil como também a própria potencialização das soluções dos problemas sociais enfrentados pela sociedade, fortalecendo o sentido forte do paradigma do Estado democrático de direito.

O fortalecimento da ação do Ministério Público no paradigma democrático de direito se encontra na visão de sua atuação extra-judicial, que possibilita a criação de uma nova arena de debates na sociedade, conduzida por uma instituição que deve estar interessada no seu bem-estar social.

O Ministério Público, portanto, deve se permitir construir o real sentido do problema social apresentado e encontrar a solução deste problema juntamente com a sociedade, buscando ser um canal de ligação dos envolvidos, ou um agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais, de forma, inclusive, a gerar uma maior legitimação das medidas judiciais eventualmente adotadas.

A atuação do Ministério Público de forma resolutiva-democrática permitirá a produção de ótimos resultados tanto no âmbito judicial quanto no extra-judicial.

Na área extra-judicial, além de conseguir construir o real significado dos problemas e encontrar as possíveis soluções destes problemas, a participação

direta e irrestrita de todos os envolvidos permitirá uma maior facilidade na celebração de um termo de compromisso de ajustamento de conduta.

É admissível afirmar que estas soluções provavelmente serão fruto de auto-imposição, permitindo um cumprimento voluntário e imediato, o que, muitas vezes, não poderia ocorrer através de uma ordem judicial impositiva, mesmo porque ninguém pode ser obrigado a fazer nada sem previsão legal.

As conseqüências judiciais poderão aparecer no campo da celeridade processual, vez que as possíveis provas necessárias para o julgamento da demanda ajuizada através de uma ação civil pública já estariam presentes no processo desde o seu início.

Sob o prisma da efetividade e da valoração das provas, especialmente no âmbito do controle judicial de políticas públicas, sabendo que as provas colhidas pelo Ministério Público no inquérito civil têm o objeto imediato de formar a convicção do órgão ministerial e mediato de auxiliar o julgamento do magistrado, o contraditório deve ser ofertado ao investigado, como forma de conferir maior credibilidade à prova colhida.

Outra conseqüência judicial para a atuação ministerial resolutivo-democrática ocorre no âmbito da melhor formação da convicção do magistrado, tanto para apreciação final da lide como, também, para a concessão de uma medida de urgência pleiteada pelo Ministério Público.

Por fim, e mais importante, a atuação do Ministério Público de forma resolutiva-democrática possibilita o aperfeiçoamento da causa de pedir e dos pedidos a serem construídos pelo Ministério Público na ação civil pública que, porventura, necessite ser ajuizada.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000.

AGUIAR, Claudio Tenorio Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas – dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

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

ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079)>. Acesso em: 01 out. 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª ed. - Brasília: Editora UNB, 1997.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos Del Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, nº 240, 2005, p.1-42.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização – 2ª ed. rev. e atual. –* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Ed. Campus, 2000.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed., 2ª tiragem - São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. - São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Cadernos Democráticos, Coleção Fundação Mários Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Gryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Eduardo Santos de. *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, número 20, jul-dez/2004, Rio de Janeiro, p. 67-92.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

_____. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 88, p. 81-108, 2003.

CASANOVA, José Antonio Ganzález. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Madrid: Editorial Vicens-Vives, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

CHAI, Cássius Guimarães. *Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 17-42.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr./jun., Brasília, 1998.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do estado democrático de direito: reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (orgs.). *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 311-329.

_____. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 409-420.

COURA, Alexandre de Castro; SOUSA, Pedro Ivo de. Controle judicial de políticas públicas. In: *XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador-BA*. XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, p. 4051-4070.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven & London: Yale University, 1998.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria Geraldo Estado*. 19ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2 – Salvador: Editora JusPodvm, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4 – Salvador: Editora JusPodvm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos*, n. 4, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Virtud soberana: La teoria y la práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertolomeu. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ; Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 8 ed.– Madrid: Civitas, 1998.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de La antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GOUGH, J. W. A separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão e SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de. *Pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rosseau* – São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBI, ET. AL. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: UNB, 2004, p. 401-409.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo, 2005.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 5ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2000.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de direito, 1998.

GRILLO, Vera Araujo. A teoria da separação dos poderes e a hegemonia do poder executivo. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. *Revista de processo*. vol. 102 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 219-227.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – vol. I, 2. ed. – Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – vol. I, 2. ed. – Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.

HARRIS, J. W. *Legal philosophies*. Londres: Butterworths, 1997.

HERÓDOTO. *História*. 2.ed. São Paulo: Ediouro, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

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

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 25-60p.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Revista de Direito do Estado, ano 2, nº 5, jan./mar. de 2007, p. 243-265.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. Vol. 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de processo civil: execução*. Vol. 3 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000, p. 183-202.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2ª ed. rev., ampl., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr.-jun. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Incêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Traducción de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992.

MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra Editora, 1995, p. 91-104.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo III. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5 – São Paulo: RT, 1968.

MONTESQUIEU, Charles Louis Sccondant, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.

MORO, Sergio Fernando *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 164, jul. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª Ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 88, p. 109-147, 2003.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PISARELLO, Gerardo. Constitución y gobernabilidad. In: CAPELLA, Juan-Ramón (Ed.) *et al. Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. J.J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. IN: LEAL, César Barros; PEIDADE

JÚNIOR, Heitor (orgs.). *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, Jorge da. *Segurança pública e polícia: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Polícia, Direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003;

SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. *Revista Eletônica Atualidades Jurídicas*. Ano I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Carlos Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (org.). *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O estado da arte da interpretação do direito nos vinte anos da Constituição do Brasil. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (orgs.). *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 49-77.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, out./dez. 1999, ano 7, p. 66-71.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TORRAINE, Alain. *O que é a democracia?* Petrópolis: Vozes, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 20-49.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, n. 11, 2002.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves; ROSENVALD, Nelson (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 93-119.