

**A JURISDIÇÃO A SERVIÇO DO DESAFIO DEMOCRÁTICO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS : tutela coletiva, o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Judiciário e perspectivas à adequada consecução do controle judicial<sup>1</sup>**

**THE JUDICIARY AT THE SERVICE OF THE DEMOCRATIC CHALLENGE IN THE EFFECTUATION OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS: collective protection, the scope of public policies cognition by the Judiciary and perspectives to the appropriate implement of the judicial control**

Fernanda Raquel Thomaz de Araújo<sup>2</sup>  
Luiz Fernando Bellinetti<sup>3</sup>

**RESUMO**

O estudo é projetado sobre a exponência do papel da Jurisdição - identificada como instância última na salvaguarda da Constituição, suas normas, diretrizes e fins - diante da exigência constitucional de realização dos direitos fundamentais sociais, intentando-se explorar e abonar a fertilidade da tutela coletiva para este tratamento jurisdicional que se lança sobre as políticas públicas levadas (ou não) a efeito pelas atividades Administrativa e Legislativa, rubrica em que o processo coletivo é identificado como um instrumento de desenvolvimento democrático no funcionamento do Estado. Tal proposição vem viabilizada na premissa de que, estando a ação do Poder Público submetida à Constituição Federal, deve ser reconhecido seu caráter imperativo na definição e destinação dos gastos públicos, tônica em que a articulação destas despesas não é reservada exclusivamente à deliberação política da Administração, visto que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas. Daí que esta abertura ao controle jurisdicional é propugnada sob a perspectiva basilar de possibilidade de avaliação e realinhamento de opções orçamentárias implementadas pela Administração Pública, para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais lesionados nesta atuação estatal, com a determinação de que os demais Poderes promovam a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados à diretriz constitucional. A pesquisa é estruturada a partir da inicial sustentação da idoneidade do exercício da Jurisdição para controle de políticas públicas - diante da refundação difundida pela Lei Fundamental na formatação do princípio da separação dos Poderes e a inevitável reconfiguração do emblema da discricionariedade da Administração Pública -, seguida da abordagem do inovado paradigma do Processo Constitucional em que é operada a Jurisdição, para subsequente franqueamento da adequação e habilidade dos mecanismos de tutela jurisdicional coletiva para efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado brasileiro, substrato em que é embasada a investigação última tocante ao âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário e perspectivas à mais adequada e fértil consecução desta atividade indissociável da execução do projeto democrático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Judicial – Direitos fundamentais sociais - Tutela jurisdicional coletiva – Políticas públicas - Realinhamento orçamentário.

**ABSTRACT**

The study is designed on the exponential role of Jurisdiction - identified as the last instance in safeguarding the Constitution, its standards, guidelines and purposes - front the constitutional requirement of realization of fundamental social rights, attempting to explore and indorse the fertility of collective protection for this judicial treatment of public policies implemented (or not) by the activities Administrative and Legislative, moment that the collective process is identified as an instrument of democratic development in the functioning of the state. This

proposition is enabled on the premise that, being the action of the Government subordinated to the Federal Constitution, it should be recognized its imperative character on definition and allocation of public spending, reason by that the division of these expenses can't be reserved solely to the Administration's political deliberation, since a considerable spectrum of the public choices is already marked by constitutionally defined options. Hence, this opening to the judicial review is proposed in the fundamental perspective of possibility of evaluation and realignment of budget options implemented by the public authorities to enable the achievement of fundamental social rights affronted with the state action, with the determination that the other Powers promotes the practice of appropriate budgetary acts and attuned to the constitutional guideline. The research is structured from the initial support about the adjustment of the jurisdiction's exercise in the control of public policies - in the face of refoundation built by the Constitution on the formatting of the principle of separation of powers and the emblem's of the Administration's discretionarity. The research is structured from the initial support about the adjustment of the jurisdiction's exercise in the control of public policies - in the face of refoundation built by the Constitution on the formatting of the principle of separation of powers and in the emblem of the Administration discretionarity -, followed by the approach of the innovative paradigm of the constitutional process in which is operated the Jurisdiction, for the subsequent defense about the ability and adequacy of collective's mechanisms of judicial protection to the fundamental social rights by the Brazilian state, substrate in which is grounded the last research around the scope of public policies cognition by the Judiciary and the most appropriate prospects and fertile to achieving this activity inseparable from the execution of the democratic project.

**KEY-WORDS:** Judicial Control - Social fundamental rights – Collective judicial protection - Public policies - Budget's realignment.

## INTRODUÇÃO

O contexto evolutivo da edificação do Estado contemporâneo e suas pretensões de desenvolvimento institucional, social, político e econômico, desponta em si a premência da garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais, assentados na ordem constitucional vigente como diretriz primeira a nortear a atividade estatal em todas as suas formas de manifestação de Poder, representando, portanto, um desiderato que impõe a mais ampla perspectiva de cuidado e tutela na realidade social.

Eleva-se, então, a renovada ascensão da Função Jurisdicional como também braço do Estado que se volta à esta agenda democrática, momento em que se avança à releitura e readequação do papel da Jurisdição neste novo patamar normativo que orienta e disciplina o Estado e a sociedade brasileira, para arregar à esta função estatal a conjunta responsabilidade de persecução das metas republicanas.

É aí que, no avançado estágio em que se insere a processualística moderna, incessante e vertiginosamente afetada pelo movimento de constitucionalização - que no Brasil se articulou notadamente a partir do diploma de 1988 –, é sobremodo inflamado o estudo e a tentativa de se operar, principalmente no trato coletivo de direitos, a cooperação (vinculada)

do Poder Judiciário na construção da sociedade brasileira preconizada na Constituição da República.

Isto porque, em que pese a marcha ascendente perfilhada pelo trato coletivo de direitos metaindividuais – sendo hoje alçada a caminhada para um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também para uma teoria geral -, esta plataforma instrumental não tem sido proficuamente explorada em seu potencial de dar vazão a uma utilidade que deveria representar um dos seus principais objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Partindo desta rubrica da aptidão do tutela coletiva, a dizer, a perspectiva de legitimidade de avaliação (e alinhamento) - pela Jurisdição - acerca da adequação constitucional da atividade do Estado na promoção e execução de políticas governamentais articuladoras desta envergadura de direitos (aos quais a Constituição adjudica grau de essencialidade), aqui se intenta percorrer algumas considerações a respeito deste âmbito de cognição das políticas públicas no processo coletivo, em aspectos como seu objeto, limites, possibilidades e critérios à adequada consecução do provimento jurisdicional, exame motivado na necessidade de se otimizar a utilidade democrática deste veículo instrumental.

Para tanto, estruturar-se-á a pesquisa a partir da inicial justificação à idoneidade constitucional do exercício da Jurisdição para o controle de políticas públicas, ambiente em que serão assimiladas - em baliza sempre suportada pelo cotejo com o vetor constitucional da inafastabilidade da Jurisdição – a impropriedade das resistências argumentativas alusivas à ofensa ao princípio da separação dos Poderes e à discricionariedade própria da Administração. Isto aplicado, seguir-se-á à abordagem do novo horizonte do Processo Constitucional em que é operada a Jurisdição, para subsequente franqueamento da adequação e habilidade dos mecanismos de tutela jurisdicional coletiva para realização dos direitos fundamentais sociais pelo Estado brasileiro, substrato em que se assentará a investigação acerca do âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário e de perspectivas à mais adequada e fértil consecução de um provimento resultante desta atividade indissociável da execução do projeto democrático.

## **1 IDONEIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: uma decorrência lógica da inafastabilidade da Jurisdição**

A sustentação da legitimidade da atuação do Judiciário na avaliação e correção de políticas públicas - implementadas ou negligenciadas pelos demais poderes do Estado –

traduz uma digressão indissociável do forçoso enfrentamento da objeção que lhe é levantada diante dos estandartes da separação dos Poderes e da discricionariedade administrativa.

No desígnio de manifestar a viabilidade do tema explorado, portanto, é salutar que se guie o abono pretendido a partir do confronto destas exponenciais oposições tangenciadas a este exercício da Jurisdição, como adiante se incita.

### **1.1 Impropriedade da invocação do princípio da separação dos poderes**

A ofensa à separação dos Poderes talvez represente a mais efusiva resistência ao exercício da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, sob o nuclear argumento de que, uma vez privativa a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, à sua ordem, seja em sua formulação seja quanto à sua execução, adviria ao Judiciário, por força deste princípio, a vedação à ingerência nas esferas exclusivas dos outros poderes.

O cuidado da polêmica requer, para sua consistência, uma leitura atual do princípio que tonifica o debate em análise, cuja “abordagem exige um esforço hermenêutico, pautado na ruptura com o apego ao positivismo jurídico e no cingir-se aos valores representados pelos fundamentos em que se fulcra a Constituição” (AMARAL, 2005, p. 25).

É cediço que, em sua formulação clássica (inspirada no legado de Montesquieu), a doutrina da separação dos Poderes, enquanto balizada no paradigma do Estado Liberal – projetado como mecanismo de defesa das esferas jurídicas individuais contra a arbitrariedade e ingerência estatal, servindo propriamente à limitação de poder -, não manifestava o desígnio de intervenção na esfera social, conjuntura que não só contribuía como justificava o absentismo judicial (FONTE, 2003, p. 92).

Entretanto, no Estado Contemporâneo, transportada para longe daquele contexto sócio-político em que germinada, a teoria vem experimentando flagrante abrandamento em sua concepção original<sup>4</sup>, dada a evidência de que

a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito também o princípio da separação dos poderes deve receber nova conformação, que não implica no abandono de seu núcleo essencial, mas leva à superação da idéia segundo a qual o princípio representaria um dogma de classificação material das funções estatais. (PIÇARRA *apud* AMARAL, 2005, p. 27).

Daí que, na regência do Constitucionalismo moderno, levanta-se como mais harmônica tradução à fórmula da tripartição do Poder, aquela que sinaliza para uma “separação de funções” na dimensão orgânico-funcional de um poder estatal uno, merecendo

o conceito, a partir disso, ser encarado como um princípio de moderação, limitação e racionalização do poder estatal em homenagem à liberdade (AMARAL, 2005, p. 26-28).

Oswaldo Canela Junior (2011, p. 67), em consideração à insurgência aqui tratada, tece vigorosa chancela à idéia da separação de funções:

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é o seu poder. Exerce ele o seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: este é o sentido da independência dos poderes.

A respeito deste novo horizonte desvelado à atividade jurisdicional na contemporaneidade, é equacionada por Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, pp. 17-18) a trajetória que fez emergir este desenvolvimento interpretativo:

[...] com base nas condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócio terapêutica, libertando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura Lex sed Lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio da equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

O que se está a habilitar, neste contexto, é o verdadeiro rompimento com a primitiva tríade de funções estatais, para aperfeiçoar-se um sistema que ganha nova valoração – e afinação com a realidade sócio-política do Estado -, em que a distribuição de competências – sempre embasada no compromisso republicano de justiça social - é avistada como meio de se assegurar a prestação dos direitos fundamentais.

Desmistificado o dogma da estanque independência entre os Poderes do Estado, ao se transpor os reflexos desta renovação principiológica ao enfrentamento da temática proposta - controle judicial – é forçosa a inferência de que “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 políticas públicas” (FRONTINI, 2002, p. 777).

Isto porque, incorrer-se-ia em flagrante incoerência na interpretação deste princípio em alienação ou desconformidade com os demais valores prestigiados na Constituição Federal, violando preceitos da hermenêutica constitucional, em especial, os vetores da unidade da Constituição e da máxima efetividade, condição que implica, de quebra, o reconhecimento de que este axioma “[...] não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela desses direitos” (CAMBI, 2009, p. 193).

Na convicção de que “o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo)” (ARENHART, 2005), não é incauta a assertiva de que sempre que ilegal ou contrária às diretrizes valorativas da Lei Maior a atuação dos demais Poderes - conquanto haja regular provocação - impõe-se a disciplina judicial “coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a*, quando verificada a omissão” (ARENHART, 2005).<sup>5</sup>

Trata-se, além disso, de aceção consentânea com a avaliação de Robert Alexy: “[...] um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor” (ALEXY, 2008, p. 514).

Equacionada, aí, a exigência de se interpretar o postulado da estrutura tripartite do poder estatal harmonica e sistemicamente com outros princípios de igual hierarquia – do mesmo modo consagrados na Carta da República -, como o é a máxima da inafastabilidade da jurisdição – que sujeita Legislativo e Executivo ao controle de constitucionalidade próprio do Judiciário -, receio não há em se afirmar que

a conjugação dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição impõe ao Judiciário o poder-dever de, exercendo sua atividade típica, qual seja, o controle jurisdicional, o fazer também em relação à administração pública, prestando a tutela jurisdicional devida, para tanto, substituindo-se à vontade das partes, vez que a substitutividade é característica própria da função jurisdicional. (AMARAL, 2005, p. 28)

Representa dizer: o Judiciário, no exercício de sua função típica (atividade jurisdicional) em face das demais formas de expressão do Poder do Estado, e, investido como última instância protetora dos direitos fundamentais, assume papel incisivo diante do desafio

de concretização do texto constitucional, sanando distorções do processo democrático mediante a análise da omissão dos outros poderes no exercício de suas correspondentes funções típicas.<sup>6</sup>

É com segurança, então, que se impinge a este princípio caráter instrumental à realização de direitos fundamentais – aí suplantando-se seu emblema de óbice a esta concretização -, “devendo ainda ser levado em conta que negar ao Poder Judiciário a atuação de sua atividade típica, em favor de suposta prerrogativa de algum outro poder constituído, é que configura, sim, flagrante e intolerável violação ao princípio da separação dos poderes” (AMARAL, 2005, p. 28).

Clarividente, neste consenso, que a sustentada participação do Judiciário no desenvolvimento da atividade do Estado – isto no desempenho da atividade jurisdicional que lhe é precípua -, não tem o condão de usurpar a atribuição de qualquer outra Função do Estado.

O que se defronta nessa nova expectativa, em verdade, é o chamamento do Judiciário “a exercer uma *função socioterapêutica*, corrigindo desvios na consecução de finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social” (CAMBI, 2009, p. 195).

Aqui se trata não de conferir ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão somente o de avaliar e corrigir sua implementação pelos poderes públicos – no condicionamento da inafastabilidade da Jurisdição, e, ainda, na regência de vetores como os da força normativa e máxima efetividade da Constituição –, atuando a imperiosidade de concreção dos direitos assegurados à sociedade em grau de essencialidade, enquanto tarefa de premência da agenda republicana que outorga a todas as expressões do Poder o encargo de edificação do projeto democrático.

## **1.2 A discricionariedade da Administração Pública na Constituição Federal**

Neste enredo, é semelhantemente emblemática a censura aparelhada no argumento de impossibilidade de invasão do mérito do ato administrativo (motivo e objeto) pelo Poder Judiciário – que aí agiria em usurpação da discricionariedade da Administração Pública, imiscuindo o juízo de conveniência e oportunidade adotado pelo Administrador -, objeção que vem atada à premissa de que o exame e a cognição judicial estariam adstritos ao aspecto da legalidade do ato (vide competência, forma e finalidade).<sup>7</sup>

Entretanto, tal ideário não mais reflete a significação hodierna conferida ao emblema da discricionariedade à luz da Lei Fundamental vigente, noção que proficuamente é tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010. p. 36) ao ministrar, em obra de fôlego, que o mérito está sim sujeito a controle judicial, entendimento que este autor de vanguarda extrai do princípio administrativo da supremacia do interesse público (que confere ao Administrador o poder-dever de realizar as melhores escolhas):

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eger, segundo critério de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Este embargo afeto à blindagem irrestrita dos atos administrativos (vinculados ou discricionários) ao controle pelo Judiciário torna-se sobremodo incongruente, então, quando confrontada com a noção assente de que, em regra, a liberdade conferida à produção desses atos é relativa, visto que “somente pode ser exercida, na extensão, medidas ou modalidades, necessárias a busca das finalidades constitucionais” (CAMBI, 2009, p. 236).

Como possível reforçar em lição também radicada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 394):

[...] assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.

É tangenciando esta linha conceitual que hoje se avança a um vigoroso consenso no sentido de que “dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discricção nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de liberdade vigiada” (MANCUSO, 2002, p. 776).

Sublima-se, aí, a indissociável vinculação da Gestão Administrativa à força normativa da Constituição, conforme locução de Ruy Samuel Espíndola (2003, p. 256):

Nenhuma autoridade constitucional ou legal, poder, órgão ou agente públicos ou pessoas privadas escapam à sua força normativa vinculante. Todos devem se submeter aos seus ditames, de acordo com o grau de densidade de cada norma constitucional continente de princípio jurídico. Como já dito, sentenças, leis e atos administrativos e privados devem-lhe obediência, sob pena de invalidade.

Nem se perca de vista, aliás, que a admissão do controle jurisdicional da atividade administrativa é claramente enunciada pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ao assentar – em sede de Ação Popular - a possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa<sup>8</sup>, abertura que eleva garantia de proteção contra abusos e arbitrariedades do Administrador, em superação aos limites de sua discricionariedade.

Sobre o tema em pulso, é interessante destacar a influência que a Carta dos direitos fundamentais da União Européia - aliada à difusão do movimento de constitucionalização de todo o direito e poderes constituídos - tem manifestado sobre parte da doutrina administrativista contemporânea no sentido de se assinalar a existência de um verdadeiro direito fundamental à boa administração pública, que estaria vinculada ao pleno atendimento de todos os princípios e cláusulas gerais a ela correspondentes.

Ademais, a eloquência do Constitucionalismo moderno na esfera de atuação da Administração Pública é idoneamente assimilada em lição de Ruy Samuel Espíndola (2003, pp. 261-262):

Esses princípios, entre outros, endereçam-se ao objetivo precípuo do Constitucionalismo: o controle do poder político, o controle do atuar administrativo em face dos direitos da pessoa humana, dos grupos sociais organizados e suas demandas por saúde, educação, justiça, lazer, moradia, segurança e demais elementos que compõe o feixe de valores circundantes da esfera mínima de dignidade exigível por cada pessoa, especialmente as desprovidas de posses e recursos materiais suficientes à sua subsistência e de sua família. Controlar o poder para impedi-lo de cometer injustiças ou compeli-lo a realizar o justo é a aspiração do direito constitucional (e administrativo) da atualidade, revelando-se pelos princípios que condensam direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais a prestações.

É neste espírito que se afirma: sendo absoluta a sujeição de todo e qualquer ato da Administração aos requisitos formais e materiais apostos na Constituição e, competindo ao Poder Judiciário zelar pela constitucionalidade das ações estatais (em conformidade com o princípio constitucional de que lesão alguma a direito pode ser excluída de sua apreciação), nenhuma questão - ainda que exclusivamente política - pode ser subtraída de sua análise (SILVA FILHO, 1994, p. 131).

Sempre que incompatível com a Lei Maior a conduta do agente público, portanto, caberá ao Judiciário – mediante legítima e adequada provocação – examinar se o ato administrativo está ajustado, hipótese em que não substituirá a conveniência e a oportunidade da Administração - em favor de sua própria discricionariedade -, “posto que o controle judicial recairá apenas sobre os motivos fáticos e jurídicos do ato administrativo frente aos

postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais são, em última ratio, critérios de aplicação do direito” (CAMBI, 2009, p. 243).<sup>9</sup>

Nutre-se, então, com a argumentação coligida, suficiente fundamento a justificar a submissão de todo e qualquer ato administrativo viciado (que desatenda ao interesse público ou ofenda ditames e finalidades constitucionais) ao crivo do Judiciário, dado que a ortodoxa fronteira da discricionariedade da Administração ganha agora, à luz da Constituição Federal e sua força normativa, renovados horizontes de significação e novos parâmetros de funcionamento.

## **2 A JURISDIÇÃO NA NOVA REALIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

É manifesto que através do processo – porque mecanismo hábil para se exigir a tutela jurisdicional – é que se permite viabilizar direitos fundamentais inobservados voluntariamente no plano político-social, dado tratar-se de via instrumental à manifestação do princípio do acesso à justiça, fundamento de vanguarda da ordem constitucional.

Não é por outro motivo que o Estado de Direito e Social depende em grande parte deste veículo instrumental para se concretizar em sua inteireza. Assim, processo, democracia e direitos fundamentais são sublimados como as três chaves matriciais para a concretização da justiça – em sua plenitude -, e o adequado funcionamento de sua organização. (NOGUEIRA, 2003. p. 92; 96)

Indissociável, nesta compreensão, a ascendente e vertiginosa influência que a nova Carta Fundamental da República passou a exercer no processo - instituindo direitos e garantias que o tutelam, disciplinando-o diretamente -, fenômeno que resultou em ostensiva reconfiguração na comum sistemática de interpretação e aplicação do Direito com base na legislação ordinária, ao limite de inadmitir-se, atualmente, a compreensão de qualquer instituto jurídico sem que o seja à luz da Constituição.

É neste sentido que esta inversão paradigmática – movimento tradicionalmente denominado “constitucionalização do processo” - opera verdadeira alteração ideológica do Processo Civil, maximizando a regulamentação das normas processuais dentro da Constituição, que passa a ser tomada como “o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do *neoprocessualismo*” (CAMBI, 2006. p. 672).

Nesta nova pretensão deontológica, é insuficiente adaptar a “dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente

com o processo”, impõe-se, para além disso, concebê-lo reformulado, reestruturando-o “de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático” (GUERRA FILHO, 2000. p. 25).

Daí a asserção desta conjuntura, por Willis Santiago Guerra Filho (2000. p. 27), como um

um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias.

Em consequência desta abertura, a constitucionalização do processo estende “uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos” (GUERRA FILHO, 2000. p. 24).

Por isso a exponência deste “fenômeno da *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da *descodificação*), ressalta o carácter publicístico do processo” (CAMBI, 2006. p. 674).

Enquanto recente categoria jurídica estudada pela ciência do Direito, o “*direito processual constitucional* é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição Federal” (DINAMARCO, 2003. p. 188), sede em que se desenvolve, primeiramente,

o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela constitucional do processo* e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional das liberdades* (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública *etc.*). (DINAMARCO, 2003. p. 188-189)

Este direito processual renovado, que se debruça tanto sobre as garantias ou remédios constitucionais - que compõem o aparelho de tutela constitucional das liberdades<sup>10</sup> - como também sobre a jurisdição constitucional<sup>11</sup> - responsável pelo controle de constitucionalidade das normas -, reivindica, assim, a ideia de uma Jurisdição promotora dos interesses e valores individuais, grupais e difusos integrantes do Estado Democrático de Direito, como instância de exercício da cidadania em todos os níveis (NOGUEIRA, 2003. p. 349).

Adapta-se a Jurisdição nesta recontextualizada aspiração institucional como

O espaço que no passado serviu de interesses segmentados, em conformidade com os paradigmas existentes nas formas sociais vivenciadas. Agora se propõe sirva ela aos propósitos de uma sociedade moldada no novo modelo preparado para o iniciante terceiro milênio, o de um Estado Democrático de Direito ainda mais avançado, matizado pela incorporação da esfera humanista no centro de sua estrutura organizacional. (NOGUEIRA, 2003. p. 471)

Coteja-se, por conseguinte, que o processo constitucional integra, ao lado da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das normas e tutela constitucional das liberdades), “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007. p. 85).

Neste cenário, então, é inevitável reconhecer o funcionamento da Constituição não apenas como tronco de embasamento de direitos fundamentais, mas, justamente, como igual (e genuína) fonte dos instrumentos hábeis a tutelá-los e efetivá-los no plano social.

A visão constitucional do processo, portanto, ao lado da instrumentalidade, da noção de acesso à justiça (adiante tratada) e da dimensão axiológica do fenômeno processual, formam as bases de sustentação da moderna processualística em que estão sendo edificados os parâmetros imanentes à análise e interpretação de todo o Direito Processual, sobretudo diante do corolário da efetividade.

### **3 O PROCESSO COLETIVO A SERVIÇO DA EXIGÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: uma perspectiva de alinhamento da atividade orçamentária à realização dos fins e prioridades constitucionais**

A admissibilidade de avaliação judicial da Atividade Administrativa na gestão de políticas públicas é prospecção que vem, na evolução de seu enfrentamento, vencendo a censura doutrinária e jurisprudencial - superando, neste embate, além de emblemáticas questões políticas aí articuladas (*ex vi* insurgência sobre a violação ao princípio da separação dos Poderes), a tradicional objeção da impossibilidade de invasão do mérito administrativo -, ambiente em que é manifesta a habitualidade e ascedência da utilização de ações coletivas.

No que diz respeito à admissão deste exame e controle, entretanto, a modalidade coletiva de tutela de direitos metaindividuais - a despeito da marcha ascendente que trilha, sendo hoje alçada a caminhada para um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também para uma teoria geral<sup>12</sup> -, não tem sido explorada em todo o seu potencial de dar vazão a uma utilidade que deveria representar um dos seus principais objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A utilidade suscitada – cuidado de direitos fundamentais sociais – vem impulsionada por uma realidade de fácil percepção do evolutivo e substancial reconhecimento formal de direitos fundamentais na agenda republicana, ao mesmo tempo em que é observado tênue e vago discurso sobre sua efetivação; um cenário em que, sem muito esforço argumentativo, apatia e recalcitrância são denotadas como postura do Poder Público na utilização dos recursos públicos para a realização de políticas públicas aneladas às prioritárias e reais necessidades do Estado brasileiro. Esta dinâmica, todavia, não se sustenta ou se legitima diante da baliza normativa edificada na Lei Fundamental de 1988, tanto no que diz respeito à sagração e disciplina desta categoria de direitos, quanto no que alude aos objetivos republicanos fixados em seu artigo 3º.

Daí o relevo ao funcionamento da Jurisdição - na salvaguarda da Constituição, suas normas, objetivos e fins – que, como defende Fábio Konder Comparato – para quem as normas de direitos fundamentais (inclusive aquelas de princípios) tem aplicabilidade direta e imediata -, deve ser orientada pelos objetivos fundamentais da organização política brasileira, previstos no referido artigo 3º (COMPARATO, 2001. p. 29).

É sob esta matriz, portanto, que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição será integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça (WATANABE, 1980. p. 28), assumindo aí, a dicção do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, significância muito além da formal, atingindo desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, servindo, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia, ao permitir a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso (CANELA JUNIOR, 2011. p. 137).

À vista desta perspectiva, salutar a proposta de Willis Santiago Guerra Filho (2005. p. 11-12):

[...] o processo de tutela de direitos fundamentais deve começar a ser desenvolvido conscientemente como um processo de natureza constitucional, da mesma forma como as ações, previstas em nosso ordenamento jurídico para garantir esses direitos fundamentais são ações constitucionais, sendo elas próprias, igualmente, direitos (ou melhor, garantias) fundamentais.

Neste sentido, diante de direito subjetivo amparado (CF, artigo 6º) e alegação de lesão a este direito (CF, artigo 5º XXXV) o Poder Judiciário tem o dever constitucional de exercer sua função típica (sendo-lhe vedado valer-se de argumentos externos à atividade jurisdicional para bloquear o acesso ao processo), permitindo a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado (mesmo decorrente de postura omissiva).

Esta abertura se dá pela outorga do direito de ação, permitindo-se, na dialética do

processo, a cognição sobre a alegada lesão e o reajuste eficaz das políticas públicas, por meio da plasticidade dos provimentos jurisdicionais, sendo, portanto, o processo coletivo, o instrumento natural para este debate ao permitir a emissão de provimento com alcance social (CANELA JUNIOR. 2011. p. 140-141).

Nesta essência, como no Estado Democrático contemporâneo o centro de decisões politicamente relevantes sofre sensível deslocamento - do Executivo e Legislativo - em direção ao Poder Judiciário, o processo judicial que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania (GUERRA FILHO, 2005. p. 26).

Abone-se a isso que a confiança depositada nesta modalidade de ações para a proteção jurídica de interesses metaindividuais desenvolve-se suplantando a outrora nebulosidade da compreensão do processo de interesse coletivo como relevo fértil também para o tratamento de atos omissivos do Estado (WATANABE, 2003. p. 17), hesitação que comumente não se maximiza diante de atos comissivos, representados por políticas públicas ilegais ou inconstitucionais.

É consentâneo, então, que a ofensa aos direitos fundamentais sociais - entendidos como direitos difusos - deve ser examinada e eventualmente reparada por meio do processo coletivo, porquanto mecanismo tecnicamente apto à efetivação desta estirpe de direitos, sendo destacada - do atual quadro dos instrumentos processuais de que dispõe o âmbito do processo coletivo - a ação civil pública como certamente a via mais adequada<sup>13</sup>, mesmo que ainda não adaptada, para a proteção dos direitos fundamentais sociais (CANELA JUNIOR, 2001. p. 142).

Esta preconização da tutela coletiva tem seu embasamento fortalecido na prudência do patrocínio de Osvaldo Canela Júnior (2011. p. 135-136):

Não se está, evidentemente, preconizando a abertura indiscriminada do sistema no trato do processo coletivo. Ao contrário, o que sustentamos é que as normas infraconstitucionais, que eventualmente impeçam ou mesmo dificultem a efetivação dos direitos fundamentais, são inconstitucionais e, portanto, não podem ser aplicadas pelo julgador. As leis, atos normativos e os atos administrativos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo constituem políticas públicas e, portanto, devem se harmonizar com os direitos fundamentais sociais e com os núcleos constitucionais de irradiação. A abertura do sistema, por conseguinte, é meramente episódica e decorre da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, princípio implícito que extraímos da interpretação sistemática da Constituição Federal. Segundo o princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em

instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais. Logo, não somente os atos administrativos e de governo poderão ser examinados pelo Judiciário sob este prisma, como também as normas subconstitucionais, as quais constituem o produto de uma política pública mais ampla daqueles poderes.

Para esta projeção, sedimenta-se a inteligência do conceito de políticas públicas como a via de excelência para efetivação dos direitos fundamentais de caráter prestacional - com o condão de possibilitar verdadeira concretização destas normas constitucionais de premente relevância em que plasmados os fins e valores democráticos -, compreensão que não permite perder de vista que “algumas políticas públicas já estão definidas na Constituição, devendo necessariamente ser adotadas por corresponderem, seus fins, aos objetivos da República” (FRONTINI, 2002, p. 744).

Incita-se, aí, o Direito - a partir do discernimento de que o planejamento e a consecução de políticas públicas exigem, inequivocamente, a disponibilidade de anteparo econômico pelo Estado-, a fecundar respostas adequadas à desafiadora equação que reclama a solução sobre, diante de um direito fundamental universalmente assegurado, o que (e a quem) o Estado deve (ou não) atender, na realidade da insuficiência de suporte material para a satisfação de todos? (BREUS, 2007. p. 232)

É neste palco que emerge a nevrálgica tensão em torno da questão da demanda econômica da implementação dos direitos e o problema contingencial da finitude dos recursos públicos - elementares ao custeamento das políticas públicas manejadas no Estado Constitucional -, conflito que é explorado na articulação do debate em torno da “reserva do possível”, teoria originária da jurisprudência alemã (Vorbehalt des Möglichen)<sup>14</sup>, cuja desconexão com a realidade brasileira e impropriedade de invocação no cenário nacional foram tratadas em estudo anterior<sup>15</sup>, proposta em que se cuidava da superabilidade desta tese de resistência.

É sabido que, inevitavelmente, as políticas públicas implementadas e executadas pela Administração vinculam o emprego de recursos públicos previamente disponibilizados, conforme leis de diretrizes orçamentárias. É também verdade que a Constituição, ao estabelecer os objetivos aos quais o Estado se vincula, igualmente delinea, com certo grau de precisão, - além dos limites formais referentes à digressão da destinação orçamentária para o atendimento aos dispêndios públicos - limites materiais hábeis a disciplinar e orientar a gestão estatal e que desautorizam a dissonância da alocação dos recursos públicos em face destas diretrizes vinculantes na persecução dos desideratos e prioridades republicanos.

Disso decorre que, se justamente através do orçamento é que são instrumentalizadas

as políticas públicas - bem como definido o grau de concretização dos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal -, é de rigor apreender, na prática orçamentária, um instrumento de governo catalisador do desenvolvimento social, político e econômico.

É do magistério de Eduardo Cambi (2009, pp. 389-390; 407-409) que se colhe tentativa de desmistificação do impasse entre a demanda por promoção do mínimo existencial material e o paradoxo da finitude das finanças públicas:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*). Procura-se, destarte, uma *otimização* nos gastos públicos, voltadas à aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (*maximização do mínimo existencial*). [...]

Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve *priorizar* os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as *condições gerais mínimas* para emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa *mais favorável* à realização dos direitos fundamentais em *países de modernidade tardia* como o Brasil. [...]

Os direitos que compõem o mínimo existencial são tão importantes que a sua outorga não pode ficar sujeita à vontade (discricionariedade) da maioria parlamentar ou da Administração Pública. Desse modo, a ausência de previsão de despesa, nas leis orçamentárias, bem como a inexistência de políticas públicas não impede a efetivação judicial do mínimo existencial. [...] Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais ou, ao menos, do mínimo existencial. Deve o Judiciário sopesar os distintos atos materiais que podem ser praticados pelo Executivo, quando, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, restar demonstrado que a opção do administrador é manifestamente inconstitucional. Há de ficar comprovado que foi preterido o valor da dignidade humana para se implementar outras alternativas incapazes de promover a tutela do mínimo existencial.

Neste raciocínio, a prática orçamentária merece ser discernida justamente como “o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer” (BARCELLOS, 2005, p. 101), ângulo pelo qual é sedimentado o entendimento de que a articulação dos gastos públicos não se reserva integralmente à deliberação política, já que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas.

Logo, quando da demanda pela exigibilidade da efetivação de dado direito, é clarividente a necessidade de adequada compreensão entre as hipóteses de uma concreta inexistência de recursos (aptos ao custeio das políticas públicas que viabilizam a implementação do direito tutelado) e a de sua indevida alocação<sup>16</sup>, ambiente em que se instala a investigação sobre como está sendo desenvolvida a função orçamentária do Estado e se esta

vem sido operada em consonância com as prioridades alinhadas na Lei Fundamental.

Para esta percepção,

[...] existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.

Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados [...]. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E a obediência aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico, mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição. (BREUS, 2007. p. 240)

É neste sentido, então, que se avalia o mérito da avaliação e correção de políticas públicas pelo Poder Judiciário: na possibilidade de realinhamento da atividade orçamentária - implementada pelos demais poderes do Estado - às prioridades, diretrizes e objetivos com os quais a Constituição vincula - com o grau indissociável de sua força normativa e máxima efetividade - a integralidade da ação estatal.

Representa discernir o impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenem a satisfação de direitos fundamentais sociais, provimentos diante dos quais cumprirá aos agentes públicos no exercício das funções administrativa e legislativa, promover o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E este efeito se deve, pois a consequência do trânsito em julgado das sentenças será a vinculação do orçamento à exigência de satisfação dos bens da vida amparados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 106)

Em última instância, a Jurisdição, reconhecendo a proteção ao mínimo existencial - ainda que inexistente previsão específica no orçamento -, determina que os demais Poderes promovam a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados à diretriz constitucional, incluindo a receita necessária ao cumprimento da obrigação, sinalizando, neste viés, a prioridade absoluta de proteção à dignidade da pessoa humana em relação às diversas dotações contempladas no orçamento.

#### **4 O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO COLETIVO: objeto, critérios e perspectivas de consecução do provimento jurisdicional**

Já que a concreção de direitos fundamentais sociais consubstancia uma diretriz normativa constitucional dirigida a todas as formas de expressão do poder estatal, é natural que a avaliação e correção de políticas públicas pela Jurisdição na tutela destes direitos – aqui em tratamento na modalidade coletiva<sup>17</sup> - seja seu resultado reflexo.

Contudo, uma vez que a vocação desta disciplina tem por estandarte a salvaguarda da Constituição da ação dos demais poderes que ofendam, desalinhem ou enfraqueçam suas normas, princípios e objetivos - e, isto, mediante o exercício de atividade tipicamente jurisdicional -, não é admissível que este exame de políticas públicas no processo coletivo se opere de forma indiscriminada.

É imperioso, nesta cautela, que o âmbito de cognição das políticas públicas seja delineado neste trato coletivo em paralelo à exigência de efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma demarcação vital a se evitar ilegítima e injustificada invasão nas atribuições institucionais das demais formas de manifestação do poder do Estado, sob pena de corromper – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) - o processo coletivo, além de insuflar-se potencial crise institucional.

Compreensão basilar que se adéqua a nortear esta investigação é a de que as políticas públicas implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo – enquanto lesionem ou vulnerem os direitos fundamentais sociais – é que representam o verdadeiro objeto de cognição do processo coletivo, e não o seu controle.

Isto porque, sendo função precípua do Executivo e Legislativo irradiar formal e materialmente os direitos fundamentais plasmados na Constituição - levando a efeito as políticas públicas reclamadas à sua espontânea satisfação -, apresenta, o Judiciário, uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas, modo pelo qual não lhe é aberto intervir indistamente nesta atividade típica desenvolvida por estes Poderes, porquanto exercício que se justifica exclusivamente em caso de omissão ou contrariedade com os vetores constitucionais de irradiação daqueles direitos.

Nesta perspectiva, na hipótese de lesão aos direitos fundamentais – verificada no manejo (ou sua ausência) de políticas públicas omissas ou insatisfatórias à sua concreção – estarão os seus titulares habilitados a provocar o funcionamento da Jurisdição para exame e tutela desta pretensão a um bem da vida (não satisfeito espontaneamente), este que, a seu turno, segundo lição emblemática trazida por Cândido Rangel Dinamarco (2001. p. 180), constitui o objeto do processo.

É aí definido o objeto do processo coletivo: a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida inscritos no artigo 6º da Constituição Federal. Por conseguinte, o fundamento

jurídico vem extraído desta mesma inferência normativa, pedido este que - dadas as especificidades dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão de alcance – se recomenda seja formulado sob o pálio coletivo, de maneira a permitir que o órgão jurisdicional emita, de forma residual e corretiva, provimento com eficácia social, “de tal sorte que o veículo para a obtenção do bem da vida esteja concretamente à disposição de todos os componentes da sociedade” (CANELA JUNIOR, 2011. pp. 151; 152; 153;155).

Em razão disso, é salutar que a composição desta categoria de litígios seja articulada por um provimento jurisdicional dotado de uma necessária plasticidade<sup>18</sup>, visto que aí o Judiciário é invocado a realizar uma atividade criativa para exigir, dos entes do Poder a quem competia típica e espontaneamente a implementação dos direitos fundamentais sociais, o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas (envolvendo esta estirpe de direitos) cuja contradição e desafinação com o penhor constitucional ou insuficiência ao atingimento dos objetivos e fins republicanos firmados na Carta Fundamental sejam confirmadas no processo coletivo.

Neste sentido é que desponta como mais razoável uma prospecção que confira amplitude à interpretação judicial do pedido, como sustentam Paulo Henrique dos Santos Lucon, Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves e Tathyana Chaves de Andrade (2006. p. 189):

“Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado”.

A fim de que o exercício criativo acima inferido possa resultar na mais adequada solução para o problema, é ponderado que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida intentados no pedido inicial, conforme sugere Osvaldo Canela Junior (2011. p. 153): “Há que se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada”.

Avançando-se, então, ao estudo admitido neste ponto, após a delimitação do objeto sobre o qual se aplicará a cognição do Juízo – as políticas públicas levadas a efeito pelo Executivo ou Legislativo - e o apontamento introdutório das perspectivas de amplitude na interpretação do pedido e de plasticidade e fungibilidade do provimento produzido, permite-se

divisar que o Poder Judiciário desenvolverá - nesta proposta de demanda coletiva<sup>19</sup> - duas espécies de análise das políticas públicas (em atenção à peculiaridade do momento processual), delineadas, por isso, em duas fases distintas, a dizer, a fase declaratória do direito fundamental social lesionado e a fase de cumprimento de sentença.

É neste primeiro momento processual declaratório que a noção de indeclinabilidade da Jurisdição (ALVIM, 2001. p. 183) - ou, também proteção judiciária (WATANABE, 1887. p. 21) - é invocada em toda a sua vivacidade, para conduzir à exigência de que a ofensa ao direito fundamental social tutelado seja aferida e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional, ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade.

Tal proposição é sustentada com destreza na já aludida tese de doutoramento de Osvaldo Canela Junior, ao assim coligir:

Há limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, que, todavia, não afastam o reconhecimento judicial da violação. Tais limitações restringem a atividade jurisdicional na fase de cumprimento de sentença ou nas hipóteses de tutelas de urgência, porque condicionam a efetivação dos direitos fundamentais no tempo.

Trata-se, pois, de limitações à efetivação dos direitos fundamentais, mas não ao seu reconhecimento judicial. [...]

A distinção é de absoluta relevância, porquanto na fase de declaração do direito fundamental violado as políticas públicas serão analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais colimados. [...] As políticas públicas serão estudadas pelo Poder Judiciário, portanto, a partir da adequação aos meios e fins. Inadequadas, ou omissas, as políticas públicas deverão ser realinhadas e corrigidas por meio do provimento jurisdicional.

Desta distinção resulta a conclusão de que o Poder Judiciário não poderá paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob o fundamento de que esbarra em limitações à efetivação do provimento jurisdicional. O direito fundamental violado será declarado, mas na efetivação do provimento jurisdicional observar-se-ão as limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz.

Da distinção ora notabilizada decorre, portanto, o afastamento de qualquer raciocínio que proponha haver impedimento - ao Poder Judiciário - à declaração de violação de direitos fundamentais sociais invocados em juízo, ideário em que não se admite a paralisação da atividade jurisdicional, tencionando-se no tempo, posteriormente, a vinculação do orçamento público para compatibilização com o provimento alcançado, segundo critérios programáticos.

Aqui estamos diante da perspectiva de que, após o trânsito em julgado da sentença, novos parâmetros sejam atentados por seu órgão emissor - agora embasados no comando judicial - inaugurando-se, com a fase de cumprimento do julgado, a prática dos atos de

realinhamento coercitivo das políticas públicas que constituíram objeto da demanda coletiva, prevalecendo a análise temporal para a efetivação do provimento jurisdicional.

Esta projeção é equacionada na obra do autor acima destacado, da seguinte forma (CANELA JUNIOR, 2011. p. 150; 106):

“Admite-se, de outro vértice, que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social.

A vinculação do orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento de sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente irradiada e efetivada. Ajusta, por fim, a transição do Estado liberal para o Estado social no âmbito do processo, facilitando a compreensão da natureza do orçamento programático”.

Trata-se de expectativa autenticamente consentânea com o desafio de harmônico empreendimento da indeclinável atividade da Jurisdição na salvaguarda da Constituição - suas normas, valores e objetivos – em face da atividade (típica) das demais formas de expressão do poder, visto que esta avaliação e controle são executados não em usurpação destas outras funções estatais, mas sob a premissa do vinculado reconhecimento de lesão a direitos fundamentais e a conseqüente exigência de realinhamento de sua atuação com os critérios constitucionais.

Reside, neste modelo, grande especificidade na apreciação sobre o tempo exigível para o desempenho efetivo do veículo de concreção do direito tutelado no provimento. É que, não obstante as políticas públicas já sejam ordinariamente lastreadas em normas de conteúdo programático - ou seja, que têm diferida no tempo a sua execução -, o tempo não configura elemento impeditivo para concessão de provimento que tutele direitos fundamentais sociais – dotados de eficácia plena e imediata -, pelo contrário, deflagra sua inequívoca violação e desatendimento.

Por isso se lança a asserção de que, na conjuntura em que a própria sentença do processo coletivo – que tutelou dado direito fundamental social - articule conteúdo igualmente programático – no sentido de se projetar um interlúdio específico para a disponibilização do vetor material de satisfação do bem da vida -,

“[...] é razoável que o magistrado, após analisar as cadeias de ramificação das políticas públicas, a partir dos núcleos constitucionais de irradiação, acomode o provimento jurisdicional, estabelecendo prazo para que se concretize a efetiva disponibilização do serviço. O magistrado, ao mesmo tempo em que julga procedente o pedido, fixa termo para a disponibilização do serviço público, consoante a proporcionalidade exigida no caso concreto,

constituindo este o provimento jurisdicional que posteriormente vinculará a conduta do Estado.

Os eventos programáticos, portanto, embora não exerçam qualquer influência sobre a configuração da lesão aos direitos fundamentais sociais, encontra-se dentro do campo de cognição do magistrado, a fim de que se possa produzir o provimento jurisdicional mais adequado para redução ou supressão de desigualdade. As vicissitudes do caso concreto é que vão orientar o ajuste do tempo na prestação jurisdicional, sempre sob o crivo do critério da proporcionalidade”. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 158)

O que aí afigura patente é a cognição plena e exauriente - no plano vertical (WATANABE, 1987. p. 83-84) - das políticas públicas no bojo do processo coletivo, visto ser dada ao julgador a completa e cabal exploração e confronto de toda a estrutura lógica entre meios e fins empregados pelo ente estatal demandado no exercício de seu mister público previamente já orientado e determinado por escolhas e prioridades erigidas na Constituição.

A estampada amplitude da cognição das políticas públicas funciona, diante disso, em favor da necessidade de se investigar a observância aos paradigmas de razoabilidade e proporcionalidade – enquanto exigências constitucionais - pelas formas de expressão do poder do Estado em face das quais se oponham as pretensões coletivas a direitos fundamentais sociais.

E mais. Da complexidade da matéria decorre ainda a incitação à anteriormente referida plasticidade<sup>20</sup> – ou possibilidade de adaptação – do provimento jurisdicional, discernimento que se justifica pela necessidade de que o exercício da atividade jurisdicional possa determinar a solução ótima diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo, com o programa que melhor atenda à exigência de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, a partir da disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

Com isso, agindo o Judiciário de modo a, essencialmente, colmatar a conduta omissiva/ofensiva dos entes públicos perante os direitos fundamentais – em cumprimento ao disposto nos artigos 3º e 6º da Constituição Federal -, impende que esta atividade se promova balizada no postulado da máxima eficiência, porquanto reflete a própria vontade criativa do Estado. Este provimento jurisdicional, portanto, deve servir de elo entre o bem da vida constitucionalmente tutelado e o seu correspondente oferecimento a todos os componentes que o titularizam. (CANELA JUNIOR, 2001, p. 159-160)

Ao se possibilitar esta abertura sistêmica à intervenção da Jurisdição nas políticas públicas - a partir da admissão do direito de ação diante de ofensa aos direitos fundamentais – e a sua ampla cognição, advém a imperiosidade de se assentar, neste mecanismo, um

elemento norteador à prevenção do emprego de soluções desarrazoadas e desproporcionais que funcione, em última análise, como um critério limitador desta atuação.

Enquanto no tratamento de políticas públicas por intermédio de suas decisões, é especialmente forçosa ao Judiciário uma postura de alinhamento frente aos vetores constitucionais de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade, linha de raciocínio em que, o princípio da proporcionalidade sintetiza um instrumento adequado para a correta composição do litígio coletivo ao propiciar a busca do justo equilíbrio entre os meios encadeados e os fins a serem atingidos (GRINOVER, 2008. p. 16).

Neste particular, os fins a serem perseguidos são aqueles traçados no artigo 3º da Constituição Federal, ao passo que os meios a serem aplicados estão representados nas políticas públicas, que agora incluiu o provimento jurisdicional produzido no processo coletivo.

Aqui é tomado em seu conceito mais amplo o axioma da proporcionalidade, albergando os princípios da razoabilidade e da justiça e, via reflexa, os conteúdos ínsitos às ideias de equidade, igualdade, equivalência, congruência, proporção e adequação.<sup>21</sup>

Resulta daí a incursão do princípio da proporcionalidade, no processo de caráter coletivo, como método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento jurisdicional.<sup>22</sup>

Por tratar-se de princípio impingido a todos os ramos do Direito – inclusive o Direito Processual –, a ciência processual, reestruturada pelo Direito Constitucional, sedimenta o princípio da proporcionalidade como parâmetro a este exame judicial, diretriz que

instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas, sempre que os direitos fundamentais – e, por consequência, os objetivos do Estado – forem alvo de violação pelas demais formas de expressão do poder estatal. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é o catalisador das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais. Sem este instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal. [...] O princípio da proporcionalidade, ao corrigir a crise metodológica instaurada entre o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e a ciência processual contemporânea, pontifica o princípio da inafastabilidade como garantia constitucional de ordem substancial. Referido princípio dá coesão ao subsistema do processo coletivo, surpimindo a crise aparente entre as formas de expressão do poder estatal. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 165; 167-168)

Para o desiderato aqui impulsionado, enfim, a sublimação do princípio da proporcionalidade reside, especialmente, em sua habilidade de instrumentalizar e otimizar a ampliação do âmbito de cognição judicial das políticas públicas no processo coletivo, aptidão que não só lhe avulta a índole de genuíno mecanismo processual ético de efetivação de direitos fundamentais, como conjuga à Jurisdição - ao limitar racionalmente sua intervenção no controle de políticas públicas – o papel constitucional de integração e equilíbrio geral do sistema, como, exponencialmente, o papel de genuíno mecanismo processual ético de efetivação de direitos fundamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No cenário contemporaneamente vivenciado na formação e funcionamento das instituições jurídico-políticas do Estado é desenvolvido intenso debate – para além da função do Direito e o aperfeiçoamento de seus sistemas - em torno da exponência da Jurisdição e seu papel de vanguarda diante do desafio republicano de garantia e realização dos caracteres alçados como a expressão máxima do ideário axiológico plasmado na estrutura do Estado Democrático de Direito em formação, a dizer, os direitos fundamentais.

Indubitavelmente, dita categoria jurídica – calcada na centralidade e supremacia da Constituição - irradia um paradigma jusfilosófico que hoje permeia qualquer discussão travada nas mais diversas áreas do desenvolvimento e estudo do Direito, informando, revisando e redesenhando seus institutos para a exigência de alinhamento de suas engrenagens com este panorama teórico-constitucional, esforço por adequação do qual não escaparia o exame da função jurisdicional, seus mecanismos e dimensões de atuação para a estruturação da sociedade moderna.

Consagrados os direitos sociais como de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Carta Fundamental), vinculam-se todas as funções do Estado à concreção de tais normas – que se articulam pelas políticas públicas - e, estando a ação do Poder Público incondicionalmente submetida à Constituição Federal e seu caráter imperativo na definição e destinação dos investimentos públicos - deliberação na qual se deve operar a realização dos fins constitucionais -, é inevitável reconhecer o exercício típico da Jurisdição no exame e eventual correção da discrepância desta atividade estatal em face das diretrizes e prioridades constitucionais como condição indispensável ao próprio funcionamento do processo de deliberação democrática.

É nesta matiz, portanto, que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) assume significância muito além da formal, atingindo desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, perspectiva hábil a fundamentar a submissão da atividade típica das demais formas de expressão de Poder ao crivo do Judiciário (quando provocado) sempre que seu empreendimento implicar contrariedade ou omissão diante dos ditames e finalidades constitucionais, até porque a tradicional fronteira da discricionariedade da Administração recebe agora, à luz da Constituição Federal e sua força normativa, renovados horizontes de conformação e parâmetros de funcionamento.

Diante da ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Poder Público, a tutela jurisdicional coletiva desponta como mecanismo tecnicamente mais adequado à efetivação desta estirpe de direitos (entendidos como direitos difusos) - servindo, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia, ao permitir a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso -, sede em que a ação civil pública - do atual quadro dos instrumentos processuais de que dispõe o âmbito do processo coletivo - é assimilada como a via mais apta a este propósito.

É neste sentido que a pesquisa, delimitando como verdadeiro objeto de cognição no processo coletivo as políticas públicas implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo que ofendam ou vulnerem os direitos fundamentais sociais (e não o seu controle), propôs-se a divisar o desenvolvimento de duas espécies de análise das políticas públicas pelo Poder Judiciário, a dizer, a fase declaratória do direito fundamental social lesionado e a fase de cumprimento de sentença, sendo invocada, neste primeiro momento processual declaratório, a indeclinabilidade da Jurisdição, para conduzir à exigência de que a lesão ao direito fundamental social tutelado seja avaliada e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional, ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade.

Neste discernimento, posicionada a atividade jurisdicional diante do objeto desta categoria de demanda - qual seja, a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida inseridos no artigo 6º da Constituição Federal - e, percorridas as perspectivas de amplitude na interpretação do pedido do processo coletivo coletivo e de plasticidade e fungibilidade do provimento nele produzido, a perspectiva de atuação do Judiciário que aí se adentra trata de uma atividade criativa no sentido de se exigir, dos entes do Poder a quem competia típica e espontaneamente a implementação dos direitos fundamentais sociais, o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas envolvendo o direito fundamental tutelado.

É neste projeção que a consecução do provimento jurisdicional se opera na vinculação do orçamento, para o seu necessário ajuste ao plano de cumprimento de sentença - sempre matizado pelo princípio da proporcionalidade, aí erigido como método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento -, diante do que cumprirá aos agentes públicos - no exercício de suas funções administrativa e legislativa - realizar o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira.

Decorre, por fim, da complexidade da matéria, a incitação à possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional – consubstanciada na tratada noção de plasticidade - para melhor proveito deste instrumento democrático aqui investigado, abertura que se justifica pela necessidade de que o exercício da atividade jurisdicional possa determinar a solução ótima diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo, com o programa que melhor atenda à exigência de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, a partir da disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Assosiação de Juízes para a Democracia, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254-293.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*. Revista USP n. 21, 1994, p. 12-21.

FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, a. 1, n. 1, abr./jun. 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, out. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: 2010.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público* 8, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi elaborado pela primeira autora sob a orientação e colaboração do segundo autor.

<sup>2</sup> Advogada. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: ferrtaraujo@hotmail.com.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação strictu sensu - mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Procurador de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: luizbel@uol.com.br.

<sup>4</sup> Neste avanço paradigmático, já se admite até mesmo que “considerar a idéia de “separação de poderes” como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo” (ARENHART, 2005).

<sup>5</sup> A solidez da perspectiva em estudo confere idoneidade à afirmação: “No Brasil, sem dúvida alguma, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo – aqui em particular – as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (LICC, art. 4º) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que, no domínio de uma nova hermenêutica constitucional, consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 331).

<sup>6</sup> É o que designa Eduardo Cambi (2009, p. 195): “Sempre que os demais poderes comprometem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los”.

<sup>7</sup> Esta retrata uma objeção calcada na doutrina administrativista clássica, aqui exponenciada por Hely Lopes Meirelles (1995, p. 102).

<sup>8</sup> Aqui se dá conta de princípio expressamente alçado à categoria de diretriz fundamental a orientar a atividade da Administração Pública – artigo 37, *caput* –, lançando-se como premissa que se vincula imediatamente aos freios instalados aos agentes públicos na execução dos poderes discricionários; portanto, trata-se de princípio jurídico-administrativo regulador de toda a produção de atos realizada pelo Estado e de sua sistemática na persecução de objetivos públicos traçados a partir da adequada convergência entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, servindo, por sua essência, não apenas ao fortalecimento dos demais princípios imanentes a esta atividade como “para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceitualização do sistema jurídico na ciência contemporânea” (FREITAS, 1997, p. 68).

Salutar entendimento acerca deste vetor reclamado na gestão da coisa pública é retratado por Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, pp. 192-193), em lição que conduz ao amparo da aqui avalizada exigência de análise da atividade administrativa: “Considerando que o princípio da moralidade administrativa aperfeiçoa, assim, a virtude do comportamento da Administração Pública e, ainda, que esta virtuosidade é apreciada em sua adequação aos fins postos e cujo atingimento se busca pela pessoa pública, verifica-se que ele não seria plenamente observado se os meios de que se devem valer os agentes competentes não fossem objeto de exame e avaliação em sua consonância com as necessidades para realização daqueles objetivos. [...] E é exatamente nesta perspectiva mais alargada e aprofundada da moralidade administrativa, como princípio jurídico dotado de substância de justiça e não apenas de forma de Direito, que importa, para saber-se de sua observância e respeito, a virtude dos meios praticados sob o argumento ou sob o fundamento de que por eles se chegará a determinado fim público. [...] Na Administração Pública não podem prosperar a idéia [...] e a prática de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando de seu emprego sobrevier a concretização de determinada finalidade ou a obtenção de determinada utilidade para o público”.

<sup>9</sup> Fortalecendo a digressão sob esta rubrica principiológica, propõe-se ao Judiciário verificar se a atuação administrativa foi (ou não) realizada dentro do razoável, considerando ilegais atos que afrontem o axioma normativo da proporcionalidade, “por não encontrarem respaldo fático no caso concreto, por se fundarem em motivos impróprios em face da Constituição e das leis, por procederem a uma exegese abusiva dos textos normativos ou, ainda, por lhes atribuírem uma extensão desproporcional” (CAMBI, 2009, p. 241).

Nesta tônica, vale realçar o princípio da razoabilidade - habitualmente utilizado como parâmetro para avaliação dos atos do Poder Público - como valioso fundamento à realização da justiça no caso concreto, a fim de se aferir a compatibilidade da atividade pública com o valor supremo de qualquer ordem jurídica, a justiça. (BARROSO, 2002, p. 153)

<sup>10</sup> A expressão “tutela constitucional das liberdades” foi cunhada por Mauro Cappelletti, “por serem remédios constitucional-processuais para a proteção de liberdades públicas e direitos fundamentais – sejam de caráter individual, coletivo ou difusos” (GUERRA FILHO, 2005, p. 4).

<sup>11</sup> A jurisdição constitucional apresenta aí função bastante diferente e peculiar, na medida em que não irá defender direta e imediatamente direitos subjetivos, mas sim proceder ao “controle de constitucionalidade dos

---

atos normativos, cujo objetivo consiste, num primeiro momento, em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR; 2006. p. 25).

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11 e s.).

<sup>13</sup> Esta adequação também se justifica pela amplitude da tutela judicial atingível via ação civil pública - e desenvolvimento da técnica processual nela radicada -, abertura a respeito da qual assinala Rodolfo de Camargo Macuso (2002, p. 764): “[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”.

<sup>14</sup> Acerca da matéria, acolhe-se o patrocínio de que a projeção da reserva do possível não pode ser admitida como uma limitação absoluta, tampouco como um complacente fundamento para a evasiva estatal frente à exigência da promoção de direitos que integram o mínimo existencial, dado que não constitui elemento essencial ou integrante dos direitos fundamentais, mas, sim, que emerge apenas como um limitador fático-jurídico ou um critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, devendo se prestar, por isso, à salvaguarda do direito ao mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30). Não se trata, assim, de espécie normativa, mas de condição de realidade, ou seja, um contingente do mundo dos fatos que influencia a aplicação do Direito (BREUS, 2007. p. 237).

<sup>15</sup> ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; BELLINETTI, Luiz Fernando. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA FORMAÇÃO HUMANA INTEGRAL E DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO CONTEXTO DO MUNDO GLOBALIZADO: a demanda econômica de sua realização na atividade orçamentária e um enfrentamento da invocação da cláusula da “reserva do possível” pelo Poder Público. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). *Anais do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2012, v. 1.

<sup>16</sup> Nesta noção de assimetria prejudicial à prestação de serviços públicos, denota-se que “o dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos municípios” (KRELL, 2002. p. 99).

<sup>17</sup> Sobre a adequação da tutela transindividual como plataforma à este debate jurisdicional, elucida Osvaldo Canela Júnior (2010. p. 148): “A intervenção do Poder Judiciário há realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos -, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas. Mencionado paradoxo, poderá, então, causar o desgaste indevido de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal”.

<sup>18</sup> Trata-se de linha argumentativa situada em momento histórico correlato ao do desenvolvimento teórico acerca do Custo dos Direitos, corrente propulsionada por estudos levados a efeito pelos estudiosos americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, em cuja obra emblemática (*The cost of rights*) manejava-se a proposta reflexiva sobre a necessidade de se levar em conta o valor econômico da realização dos direitos e a relação existente entre o custo de sua implementação e a sua significação social (GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292. p.210).

<sup>19</sup> Aqui se realça - à falta de outra estrutura processual mais adequada - o ajuste do procedimento encetado na Lei 7.347/85.

<sup>20</sup> A esse respeito é o desenvolvimento argumentativo de Osvaldo Canela Junior, que arroga à esta noção estirpe constitucional (2011. p. 159. *nota de rodapé 391*): “A idéia é a de adequação do provimento jurisdicional para que promova o máximo alcance social. Considerando-se que o Poder Judiciário executa políticas públicas por intermédio dos atos judiciais, não há dúvida de que o provimento jurisdicional haverá de atender ao disposto no art. 3º da Constituição Federal da forma mais efetiva possível. Como a correlação entre meios e fins pressupõe a existência de grande plexo de soluções possíveis, a adaptabilidade do provimento jurisdicional às circunstâncias do caso concreto é requisito inarredável para que se atinja a prestação jurisdicional justa. Do exposto decorre que a plasticidade do provimento jurisdicional, mais do um instrumento processual, é um princípio implícito de magnitude constitucional, decorrente da norma inserta no art. 3º da Constituição Federal”.

<sup>21</sup> Segundo Humberto Ávila (2008. p. 173) o exame da proporcionalidade pressupõe a incursão sobre a adequação e a necessidade entre meios e fins.

<sup>22</sup> Sobre a tomada deste postulado como procedimento de exame dos reflexos no orçamento, imprescindível destacar a advertência: “É imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário tenha especial cautela na utilização do

---

*princípio da proporcionalidade, porquanto a intervenção generalizada no orçamento, sem o esgotamento necessário da cognição e a análise consistente de programação no tempo, poderá engessar outras políticas públicas igualmente importantes para a satisfação, em conjunto, dos direitos fundamentais. O pressuposto, portanto, é o de se garantir, na medida das possibilidades, uma harmonia do Estado na satisfação conjunta dos direitos fundamentais [...]. Daí por que, salvo em casos de indiscutível urgência, é recomendável que se postergue a efetivação do direito fundamental para a fase de cumprimento de sentença, a sua via natural.”* (CANELA JUNIOR, 2011. p 167).