



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

**DANIEL ROCHA MAIA**

**A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS  
E O ATIVISMO JUDICIAL**

Orientador: Dr. José Diniz de Moraes

**NATAL / RN  
2014**

**DANIEL ROCHA MAIA**

**A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS  
E O ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito sob a orientação do Professor Dr. José Diniz de Moraes como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**NATAL / RN  
2014**

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Maia, Daniel Rocha.

A inefetividade dos direitos subjetivos constitucionais e o ativismo judicial /  
Daniel Rocha Maia. - Natal, RN, 2014.

63 f.

Orientador: Prof. Dr. José Diniz de Moraes.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do  
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito.

1. Direito – Princípio da eficiência - Monografia. 2. Poder judiciário –  
Monografia. 3. Direitos constitucionais – Monografia. I. Moraes, José Diniz de.  
II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.5651

DANIEL ROCHA MAIA

## **A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. José Diniz de Moraes – Orientador  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

---

Professor José Orlando Ribeiro Rosário – Examinador  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

---

Professor Fabrício Germano Alves – Examinador  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

*A Deus, porque dEle, e por Ele, e para Ele são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente (Romanos 11.36)*

*Aos meus pais e à minha irmã, meus sustentáculos.*

*À minha namorada Mariana, por seu companheirismo.*

*Ao meu orientador e amigo José Diniz de Moraes, por toda ajuda acadêmica prestada ao longo do curso*

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pois ele me deu a vida, a respiração e todas as coisas (Atos dos Apóstolos 17.25b).

Aos meus pais **Nicodemos Maia** e **Maria das Lágrimas** e à minha irmã, **Rute Rocha**, pelo simples fato de existirem.

À minha namorada **Mariana Oliveira**, pelo carinho, paciência e ajuda prestada incondicionalmente.

Ao professor **Doutor José Diniz de Moraes** pelos seus ricos ensinamentos, por despertar em mim o interesse e o fascínio pela filosofia da linguagem, e, acima de tudo, por sua amizade.

Ao professor de Hermenêutica Jurídica e Teoria da Argumentação, **Mestre Luciano Athayde Chaves**, pelos sábios conselhos dados em sala de aula, os quais, mesmo após decorridos quatro anos de curso, permanecem vivos na minha mente;

Ao meu amigo **Pablo Gurgel**, companheiro de sala desde o jardim II, no Centro de Educação Integrada – CEI.

Ao meu pastor **Reynaldo Odilo**, por me ajudar na vida espiritual.

## RESUMO

Os direitos subjetivos constitucionais, na condição de ditames fundamentais basilares e superiores, assumem acentuada importância no trato do estudo dos direitos consignados no ordenamento jurídico pátrio, porquanto concomitantemente ao fato de ostentarem a qualidade de fontes originárias de direitos, obstam que outros sejam criados quando em confronto com os seus enunciados (constitucionais). Estudar sua efetividade e os problemas aí decorrentes é entender porque há tantas normas previstas na Carta Maior quanto direitos de conteúdos vazios e inoperantes. Discute-se a problemática da efetividade dos direitos subjetivos constitucionais a partir de fatores impeditivos, a expansão do Judiciário e seus limites, através de um levantamento bibliográfico, pesquisa jurisprudencial, análise de dispositivos constitucionais relacionados à temática e de uma visão transdisciplinar das ciências. Constata-se que os obstáculos à implementação dos direitos estão situados no aspecto legal, pela ausência de normas regulamentadoras, no orçamentário, pela insuficiência de verbas destinadas à implementação de políticas públicas, e no ideológico, exercido por agentes políticos para a promoção da neutralização e controle social; que a expansão do Judiciário não possui aceitação unânime na doutrina e que existe a necessidade de se impor limites à sua atuação. Conclui-se que o Judiciário deve assumir seu papel de garantidor dos direitos dentro das balizas impostas pelo texto de Lei, a não ser em hipóteses excepcionais ou quando lance mão da jurisdição constitucional, e deve verificar sua capacidade institucional e os efeitos sistêmicos de suas decisões, principalmente diante de questões envolvendo políticas públicas e medicamentos.

**Palavras-chave:** Efetividade. Direitos subjetivos constitucionais. Fatores impeditivos. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

The constitutional subjective rights on condition of basic and upper basic dictates, assume importance in the treatment of the study of the rights enshrined in the native legal system, because the concomitant fact bearing the quality of sources originating rights, prevent others from being created when confrontation with their devices (constitutional). Study its effectiveness and problems arising here is to understand why there are so many rules laid down in the Greater Charter rights as void and inoperative content. It discusses the issue of the effectiveness of subjective constitutional rights from factors impeding the expansion of the judiciary and its limits, through a literature, jurisprudential survey, analysis of constitutional dictates related and the theme and a transdisciplinary vision sciences. It appears that the regulatory obstacles are situated in the legal aspect, the absence of regulatory standards, the budget, the lack of funds for the implementation of public policies, and ideological exercised by political agents for the promotion of social control and neutralization; that the expansion of the judiciary does not have unanimous acceptance in doctrine and that there is the need to impose limits on their actions. We conclude that the judiciary should assume its role as guarantor of rights through the limits imposed by the text of the law, except in exceptional circumstances or in case of constitutional jurisdiction, verify their institutional capacity and the systemic effects of their decisions, especially on matters involving public policy and medicine.

**Keywords:** Effectiveness. Constitutional subjective rights. Impediments factors. Judicial activism.



## SUMÁRIO

|              |  |           |
|--------------|--|-----------|
| <b>1</b>     | <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>10</b> |
| <b>2</b>     | <b>O OBJETO DA EFETIVIDADE E OS FATORES ÓBICES PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS.....</b>                      | <b>12</b> |
| 2.1          | DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA EFETIVIDADE.....  | 13        |
| 2.2          | FATOR LEGAL: A FALTA DE NORMAS REGULAMENTADORAS E O DEVIDO ENTENDIMENTO A RESPEITO DA FORÇA VINCULANTE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS..... | 14        |
| <b>2.2.1</b> | <b>As normas constitucionais programáticas.....</b>  | <b>20</b> |
| 2.3          | FATOR ECONÔMICO-ORÇAMENTÁRIO.....  | 22        |
| 2.4          | FATOR IDEOLÓGICO: A EFICÁCIA E ATIVIDADE LEGIFERANTE SIMBÓLICOS.....   | 26        |
| <b>3</b>     | <b>A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....</b>  | <b>30</b> |
| 3.1          | O ATIVISMO COMO REMÉDIO PARA UMA DOENÇA: TESES FAVORÁVEIS.....   | 34        |
| 3.2          | O ATIVISMO COMO EFEITO COLATERAL DE UMA DOENÇA: TESES DESFAVORÁVEIS.....   | 39        |
| <b>4</b>     | <b>POR UM ATIVISMO MODERADO: OS LIMITES DO JUIZ DIANTE DAS DEMANDAS ATUAIS QUE LHE SÃO SUBMETIDAS.....</b>                           | <b>44</b> |
| 4.1          | ENTRE A RELIGIOSIDADE E O ASSASSINATO DA LEI.....  | 44        |
| 4.2          | POLÍTICAS PÚBLICAS E MEDICAMENTOS.....   | 50        |
| <b>5</b>     | <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>55</b> |
|              | <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>58</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o universo jurídico vem assistindo à ruína de um obsoleto modelo de Estado estritamente legalista - “legicentrista”- para acompanhar o nascimento de um novo modelo de Estado calcado na supremacia das normas constitucionais.

Não mais consideradas meras e triviais “diretrizes” abstratas destituídas de imperatividade e de autêntico valor jurídico, as normas constitucionais, no âmbito do que podemos chamar de Neoconstitucionalismo ou “constitucionalização do Direito”<sup>1</sup>, foram alçadas à condição de dispositivos supremo-fundantes de toda ordem jurídica<sup>2</sup>. Desse modo, os princípios e regras constitucionais passaram a constituir tanto parâmetros para emanção de normas como fontes diretas de direitos.

E, justamente por ostentarem tal importância, o estudo dos direitos subjetivos constitucionais, na vertente de sua eficácia social ou efetividade, nos enviesa por um caminho que torna lúcida, ou ao menos se esforça a esclarecer o porquê de termos um rol tão numeroso de direitos – na Carta Constitucional, e, por vezes, em diplomas legais regulamentadores – mas, não obstante, carecermos de suas materializações no mundo dos fatos.

Paralelo a esse fenômeno de descaso com os direitos subjetivos constitucionais, tem crescido no judiciário brasileiro demandas judiciais em torno de questões antes deixadas à deliberação dos poderes representativos – legislativo e executivo –, o que torna imprescindível a procura de uma delimitação conceitual desse fenômeno de expansão do poder judiciário, a exposição de parte da opinião doutrinária a respeito do tema e, ao fim, o apontamento de algumas limitações a que o órgão judicante deve estar sujeito.

Assim, essa pesquisa inicia-se com uma análise da efetividade das normas constitucionais, conceituando-a e diferenciando-a de outros institutos, os quais com ela não se confundem.

---

<sup>1</sup> Numa interessante abordagem a respeito do tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 26 out. 2014. Para uma crítica do termo “neoconstitucionalismo” e de suas bases teóricas, ver DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

<sup>2</sup> Dentre os princípios norteadores da interpretação constitucional, destaca-se, por exemplo, o princípio da máxima efetividade, segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Em um segundo momento, investigar-se-á parte<sup>3</sup> das condições as quais impossibilitam os direitos subjetivos constitucionais de terem suas eficácias plenamente incidentes e exercíveis, baseando-nos nos seguintes fatores obstrutivos: fator legal, identificado pela reserva legal; fator econômico-financeiro, refletido pela reserva do possível, e o fator ideológico, demonstrado pelo controle psicológico exercido por parte dos agentes políticos. Analisar-se-á, ainda, como parte da doutrina brasileira tem se posicionado a respeito desses fatores.

Superada essa segunda parte, far-se-á uma análise da crescente expansão do Poder Judiciário brasileiro a partir do fenômeno do ativismo judicial, procurando destrinchar seu conceito, apontar formas como ele tem se manifestado no Brasil através de ementas de decisões judiciais, e averiguar como parte da doutrina nacional e estrangeira tem encarado o fenômeno.

Finalmente, investigar-se-á se o judiciário brasileiro deve ter sua atuação ativista limitada em face dessa crescente expansão, e, em caso positivo, apontar possíveis limitações para que este órgão possa, de fato, assumir o papel de garantidor e efetivador dos direitos subjetivos constitucionais sem que extrapole seu âmbito de competência.

---

<sup>3</sup> Em realidade, os fatores que tornam os direitos subjetivos constitucionais inefetivos são inúmeros, motivo porque se torna imperioso, no presente trabalho, o apontamento de apenas uma amostra deles. Destaque-se, por exemplo, a aversão da economia brasileira ao livre mercado e sua dependência externa, as desigualdades sociais, a globalização, dentre tantos outros.

## **2 O OBJETO DA EFETIVIDADE E OS FATORES ÓBICES PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS**

Primeiramente é necessário advertir que, como parece óbvio, não cabe, ou melhor, é impossível, nos limites de um trabalho de conclusão de curso, analisar todas as causas que, de uma maneira ou de outra, afetam a eficácia social dos direitos subjetivos fundamentais. Um juízo crítico a respeito da realidade econômica, política, social, estrutural, histórica, educacional no Brasil, e, em escala mundial, do fenômeno da globalização, das normas emanadas por grupos internacionais, dentre outros aspectos relevantes, estão intimamente imbricados com a questão da efetividade das normas constitucionais de direitos subjetivos<sup>4</sup>.

Afinal de contas, não se pode imaginar que basta atrair a atenção sobre o verdadeiro teor da eficácia que é inerente às normas que serão solvidos entraves e dificuldades situados em outro âmbito: o da realidade sócio-política subjacente (MELLO, 2011, p.11).

Portanto, traça-se no presente trabalho, um recorte de tais óbices, apenas com caráter exemplificativo, motivo porque não se vislumbra aqui, até por impossibilidade fática, a pretensão de exaurir uma temática por demais ampla e complexa.

Segundo Ana Lúcia Sabadell (SABADELL; DIMOULIS, 2010, p. 176), embora não se conheçam estudos quantitativos sobre a ineficácia dos direitos fundamentais, é certo que uma análise de casos pelo Supremo Tribunal Federal, e, principalmente, a observação direta da situação brasileira, demonstram que há um sério problema afeto à eficácia social, principalmente no que tange aos direitos sociais.

---

<sup>4</sup> Tal processo de efetividade das normas constitucionais encontra-se na dependência de uma série diferenciada e complexa de fatores, dos quais boa parte é mesmo exterior ao próprio domínio do direito constitucional. Dentre os fatores externos (ao texto constitucional) temos a pressão da dinâmica social e econômica, mas também os impulsos por parte do processo político, por mais que a própria política seja também regulada constitucionalmente. Uma sociedade fragilizada, com uma economia dependente e em crise, dificilmente assegura os pressupostos para que os direitos sociais previstos nos texto constitucional tenham uma eficácia e efetividade em termos sequer próximos dos ideais. Estruturas conservadoras podem obstaculizar a concretização de imposições constitucionais e mesmo de direito fundamentais. Da mesma forma, atores sociais e políticos (incluindo aqui os agentes do Poder Judiciário como agentes políticos) comprometidos e capacitados para transformar a vontade em realidade são indispensáveis. Já nos casos dos elementos internos, cuida-se das garantias e instrumentos que a própria constituição oferece para assegurar a sua própria preservação e afirmação, seja em nível de controle de constitucionalidade dos atos dos poderes constituídos e da criação de uma jurisdição constitucional forte, ou mesmo no concernente a outras garantias, como a previsão de limites formais e matérias ao poder de reforma constitucional, ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, a regulação de estados de exceção (v.g estado de sítio), entre outros fatores que aqui poderiam ser referidos (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012. p. 183-185).

Antes, porém, de se averiguar os fatores que obstam a concreta efetivação dos direitos subjetivos constitucionais, torna-se imperioso definir o que se deve entender por efetividade.

## 2.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA EFETIVIDADE

Abstraindo quaisquer pretensões classificatórias acerca do tema, antes de qualquer coisa, torna-se imperioso traçarmos uma delimitação do significado do que seja o atributo da eficácia, inerente ou não às normas jurídicas, bem como sanar possíveis confusões doutrinárias que envolvam o termo e outros institutos afins, de forma breve e objetiva.

Conforme lição do ilustre professor Norberto Bobbio (2008, p. 27), a eficácia das normas jurídicas estaria intrinsecamente ligada ao fato de estas serem ou não seguidas pelas pessoas a quem se destinam, e, caso sejam violadas, sejam observadas por meios coercitivos pela autoridade que as estabeleceu. Coadunando com a mesma linha de pensamento, Miguel Reale (2010, p.112) nos ensina que “a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é regra jurídica enquanto momento da conduta humana”.

Verifica-se que os referidos autores atribuíam como qualidade inerente à eficácia das normas, condutas que correspondessem a suas prescrições, isto é, ao fato de serem obedecidas. Contudo, a propósito de uma conceituação mais genérica, leciona Luís Roberto Barroso (2002, p. 83) ser eficácia tão-somente a “aptidão para produção de efeitos”, e complementa, afirmando ser eficaz “o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado”.

O mesmo autor, visando afastar possíveis confusões doutrinárias, diferencia a eficácia da efetividade ou eficácia social, definindo esta como sendo a “concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos” (BARROSO, 2002).

Nesse mesmo sentido, agora na seara constitucional, o constitucionalista Ingo Sarlet (2012, p. 183) leciona que a eficácia social das normas constitucionais diz respeito, então, à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido, muito embora o referido programa normativo seja, ele próprio, resultado de uma articulação com o mundo dos fatos, economia, dos movimentos sociais, dentre outros aspectos.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., porém, vai além. Para este autor, a “observância” é um importante critério para reconhecer a eficácia social, mas esta não se reduz àquela: a efetividade ou não de uma norma está, antes, relacionada com seu *sucesso* normativo (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 168) <sup>5</sup>. Esse tema será melhor desenvolvido quando tratarmos sobre o fator ideológico de inefetividade dos direitos subjetivos constitucionais.

Dada a importância que o atributo da eficácia possui, há autores que chegam a identificá-la como requisito mínimo para validade formal das normas<sup>6</sup>, ou mesmo como uma dimensão desta<sup>7</sup>.

Não se pode confundir, ademais, os institutos retrocitados com outros atributos, como a validade, vigência e vigor de uma norma, distinção ignorada por alguns autores<sup>8</sup>. Há de se entender que, enquanto o termo vigência está correlacionado ao tempo de duração de uma lei, o vigor relaciona-se à sua força vinculante (GONÇALVES, 2010, p.60) <sup>9</sup>. Uma norma válida, diversamente, é aquela integralizada no ordenamento jurídico, quando atendidas as formalidades legais e materiais contedísticas (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 165).

## 2.2 FATOR LEGAL: A FALTA DE NORMAS REGULAMENTADORAS E O DEVIDO ENTENDIMENTO A RESPEITO DA FORÇA VINCULANTE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Os fatores jurídico-dogmáticos que corroboram para ineficácia social dos direitos subjetivos constitucionais, conforme já exposto, consubstanciam-se na maior parte dos casos na falta de uma norma legal para integralizar a norma carecedora de regulamentação (reserva

<sup>5</sup> Para esse autor (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 171), a eficácia de uma norma jurídica dá-se por três formas: 1) quando há produção concreta de seus efeitos estando presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, imposta ou espontânea; ou 2) quando atendidos ou satisfeitos os objetivos visados pela norma (efetividade ou eficácia social); 3) quando presentes as condições técnico-normativas para sua aplicação (eficácia técnica).

<sup>6</sup> Kelsen (KELSEN, 1999), Miguel Reale (REALE, 2010), Dreier *apud* Habermas (1997, p. 51). Em sentido contrário cf. Bobbio, para quem a eficácia, justiça e validade das normas são atributos que, embora correlacionados, são independentes.

<sup>7</sup> Nesse sentido Habermas (1997, p.51); afirmando que a validade social (facticidade, efetividade ou *Geltung*, em alemão) se mede pelo grau de obediência às normas –, e conjuntamente com a legitimidade formariam a validade.

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, Miguel Reale, para quem vigência e validade formal possuem o mesmo objeto semântico (REALE, 2010, p. 105).

<sup>9</sup> No mesmo sentido julgado do TRF1 Apelação Cível AC 14904 AM “2. Não há como se confundir vigência, eficácia e vigor de um ato normativo, pois enquanto a vigência diz com o seu tempo de validade, a eficácia representa a sua aptidão para produzir efeitos concretos e o vigor revela a sua força vinculante”. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2222380/apelacao-civel-ac-14904-am-950114904-8-trf1>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

legal). Tais direitos subjetivos seriam, em tradicional classificação doutrinária proposta pelo professor José Afonso da Silva (1998, p. 70), normas de eficácia limitada<sup>10</sup>.

Para o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 168), as normas do ordenamento jurídico estão enlaçadas com outras normas, sem as quais não podem produzir seus efeitos. Sem essas normas regulamentadoras, há o que o autor chama de “ineficácia técnica”.

A título de exemplo trazido de nossa jurisprudência, assim decidiu os Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, e o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais:

SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. INDENIZAÇÃO. REVISÃO GERAL E ANUAL. Inadmissibilidade. Norma dependente de lei específica, de iniciativa do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário suprir eventual omissão do Poder Executivo. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Decisão de caráter meramente declaratório. Ainda que reconhecida a omissão do chefe do Poder Executivo, em observar a norma do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, não há se falar em indenização, em face da falta de prazo estipulado para o seu atendimento - Inocorrência de prescrição. Preliminar afastada. Recursos providos<sup>11</sup> (SÃO PAULO, 2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM LOTEAMENTO POPULAR. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO FIRMADO COM O MUNICÍPIO. INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS DO PREÇO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF, INVOCADO COMO MATÉRIA DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO. EFICÁCIA LIMITADA. Na sua dimensão prestacional (positiva), o direito à moradia, como norma de conteúdo ou princípio programático, depende de manifestação legislativa para produzir todos os efeitos pretendidos, até mesmo pela preexistência de orçamento e de dotação específica. Dito de outro modo, o direito à moradia na sua dimensão positiva, como regra, não confere direito subjetivo a uma prestação efetiva e imediata do Poder Público, já que não é diretamente aplicável (=exequível). Diz-se de regra porque, quando o direito social, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, implicar um padrão mínimo existencial (=uma moradia simples), há meios para se garantir a eficácia plena desse direito ao cidadão, sem intermediação

<sup>10</sup> As normas de eficácia plena seriam aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais. Normas de eficácia contida, a exemplo das primeiras, também incidiriam imediatamente e produziriam (ou poderiam produzir) todos os efeitos almejados, porém poderão prever reservas que permitam manter sua eficácia contida dentro de certos limites. Por fim, as limitadas seriam todas as outras que, com a entrada em vigor, não estão aptas a produzirem seus efeitos essenciais, devido ao fato de o legislador constituinte, por algum motivo, não ter estabelecido, sobre a matéria, uma normatividade para isso o bastante, deixando tal encargo ao órgão do executivo ou ao legislador ordinário (SILVA, 2008, p. 70).

<sup>11</sup> Também nesse sentido, em que se pleiteia a concretização da lacuna normativa cf. RMS 14001 SC 2001/0169044-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 25/05/2004, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJ 02/08/2004 p. 419JC vol. 106 p. 340; ADO 7 AM, Relator: CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/04/2009, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 15/04/2009 PUBLIC 16/04/2009; MI 3480443120108260000 SP 0348044-31.2010.8.26.0000, Relator: Francisco Vicente Rossi. Data de Julgamento: 14/02/2011, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/03/2011.

do legislador. Hipótese em que o Município, ao possibilitar ao cidadão a aquisição da casa própria com valor do lote, ao que tudo indica, subsidiado e o pagamento do preço do imóvel em 120 parcelas, o Poder Público não fez mais do que garantir ao particular uma moradia minimamente compatível com a exigência da dignidade da pessoa humana. Inexiste, portanto, afronta ao direito à moradia, impondo-se a manutenção da sentença que declarou a resolução do contrato e concedeu ao Município a reintegração do imóvel. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70060015500, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 02/07/2014) (TJ-RS - AC: 70060015500 RS , Relator: Dilso Domingos Pereira, Data de Julgamento: 02/07/2014, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/07/2014).

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DE LEI, QUANTO AO CARGO DE AUXILIAR DE SERVIÇOS INTERNOS - NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO. "Ainda que o servidor público municipal possa estar laborando em ambiente insalubre, o pagamento do adicional (ou gratificação) de insalubridade somente poderá ser deferido se houver lei devidamente regulamentada que o preveja, já que, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tal vantagem deixou de ser um dos direitos sociais absolutos do servidor público". (Ap. Cív. n. , rel. Des. Jaime Ramos, j. em 6/12/2007).(TJ-SC - AC: 398140 SC 2007.039814-0, Relator: Orli Rodrigues, Data de Julgamento: 02/05/2008, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Chapecó).

REALIZAÇÃO DE CONSULTA PLEBISCITÁRIA PARA CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR FEDERAL - PRECEDENTES DO E. TSE - PEDIDO INDEFERIDO. É de se indeferir pedido de autorização de consulta plebiscitária para criação de município, enquanto não editada lei complementar a que se refere o artigo 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal. (TRE-MT - OPC: 668 MT, Relator: LICÍNIO CARPINELLI STEFANI, Data de Julgamento: 23/09/2003, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 28, Tomo 6737, Data 24/09/2003, Página 21).

Canotilho, advogando a ineficácia das normas de eficácia limitada quando pendentes de regulamentação, expõe que, malgrado a presença do dispositivo constitucional retro (CF, art. 5.º §1.º)<sup>12</sup>, “não significa que sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos” (CANOTILHO *apud* MENDES, et al, 2009, p. 286).

Para identificar estas normas, ensina Mendes (2009, p. 331): “o constituinte utiliza-se de expressões diversas, v.g., ‘nos termos da lei’ (art. 5, VI e XV), ‘nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer’ (art. 5, XII)”, e, por vezes, a norma fundamental faz referência a um

<sup>12</sup> Art. 5º, § 1º, CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1998).



“conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula de ‘função social’ (art. 5, XXIII)”.

Embora discordando de José Afonso quanto à classificação das normas constitucionais referente à intensidade de suas “eficácias”<sup>13</sup>, justamente em face do que dispõe o art. 5º, § 1º, CF, o professor Leonardo Martins leciona que a “aplicabilidade imediata” a que faz referencia este dispositivo constitucional possui significados distintos quando se está diante do titular ou destinatário da norma:

Por um lado, temos o imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias. Por outro lado, temos o problema das condições impostas para o exercício de determinado direito ou garantia. Enquanto o *destinatário passivo* deve imediatamente se conformar com os mandamentos constitucionais implementando o direito “diretamente aplicável”, o *titular do direito*, muitas vezes, não pode exercer esse direito de imediato. (MARTINS, 2010, p. 92) (grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio (MARTINS, 2010, p. 91), o art. 5º, § 1º, CF refere-se apenas a normas “definidoras” de direitos, e não àquelas que definem insuficientemente um direito, visto ser “impossível aplicar” um direito sem conhecer de antemão suas condições de incidência e sua forma de exercício, tratando-se, portanto, de normas de baixa densidade normativa. Nessa categoria, estariam os direitos sociais, os quais consistem em *pretensões* dos indivíduos diante do Estado e, assim, não podem ser exercidos de forma imediata, tal como estabelece a referida norma.

É importante destacar, no entanto, que a questão envolvendo a falta de normas regulamentadoras deve ser precedida pelo juízo de se saber se determinada norma “é ou não” de aplicabilidade mediata ou imediata<sup>14</sup>.

Isso porque, conforme lição do professor Ingo Sarlet (2012, p. 182), “a decisão por determinada eficácia jurídica e aplicabilidade, é sempre também uma decisão que afeta o plano da efetividade”, visto que a decisão/entendimento sobre os efeitos potenciais de uma

<sup>13</sup> Segundo o Leonardo Martins (2010, p. 90 e 91), “classificação das normas constitucionais quanto à intensidade de suas ‘eficácias’ (‘plena’, ‘contida’ e ‘limitada’) cunhada pelo citado autor José Afonso da Silva ainda na década de 1960 não tem como subsistir após 1988 em face do teor do art. 5º, § 1º, da CF. ‘Aplicação imediata’ denota todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que devem ter, segundo a vontade do constituinte, a mesma eficácia, o mesmo efeito jurídico”.

<sup>14</sup> Na definição do professor J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1178-1179), aplicabilidade direta significa “a rejeição da ‘ideia criacionista’ conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”, ou, mais que isso, conduz ao entendimento de que direitos, liberdades e garantias fundamentais se valem “diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição”. A *contrario sensu*, normas de aplicabilidade indireta são aquelas que necessitam da intermediação legislativa para surtirem efeitos.

norma constitucional (já no plano da eficácia jurídica) e a medida de sua aplicabilidade repercute na decisão sobre o ‘se’ e o ‘como’ da efetiva aplicação do programa normativo e, portanto, de sua efetivação.

Exemplificando, o professor cita o direito à saúde, insculpido nos arts. 6º e 196 da CF, e explica que enquanto a jurisprudência reconhecer tal direito como sendo de eficácia limitada,

a consequência será a decisão de não reconhecer (pela via judicial) um direito subjetivo a qualquer prestação em matéria de saúde que não tenha já sido objeto de previsão legal e, para alguns, inclusive de previsão orçamentária. Se, contudo, como atualmente corresponde ao pensamento majoritário, se reconhece a eficácia jurídica e aplicabilidade imediata (direta) de tais normas, um possível efeito (jurídico e concreto) do direito à saúde será até mesmo o reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações, ainda que não previstas em legislação infraconstitucional, já por força da normativa constitucional.

No que tange ao direito à greve (art. 9º, CF) e ao direito à moradia (art. 6º, CF), ensina o ilustre professor:

(...) assim que a posição sobre eficácia da norma e os meios para a sua realização mudaram, o STF não apenas reconheceu um direito subjetivo ao exercício da greve por parte dos servidores, mas alterou seu entendimento sobre o modo pela qual, em termos práticos, se poderia assegurar a fruição do direito e salvaguardar interesses e direito de terceiros, no caso, determinando, entre outros aspectos, a aplicação do estatuto legal que rege a greve no setor privado. A terceira situação toca o direito à moradia. Ao passo que para o STF o direito à moradia é direito fundamental, não lhe tendo sido negada a direta aplicabilidade, mas sim, tendo sido admitida a sua restrição, em função de bens constitucionais conflitantes (além de outros fatores), há juízes – como já ilustrado – que referem tratar-se o direito assegurado por norma não auto-aplicável, apto sequer a derrogar norma infraconstitucional anterior e manifestamente incompatível com o direito à moradia <sup>15</sup>.

Saliente-se, contudo, que, conforme ensinamento do ministro Gilmar Mendes (2009, p. 94), “não existe um *critério objetivo* que nos permita identificar, com segurança, quais dispositivos constitucionais reputam-se autoaplicáveis e quais outros dependem de regulamentação”, motivo pelo qual múltiplas tem sido as divergências doutrinárias a respeito do tema, e na própria jurisprudência, como visto acima.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.10), dentro de uma perspectiva mais “concretizante”, mais “efetiva” das normas constitucionais, leciona que as questões que envolvem a baixa eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais deve-se menos ao fato

<sup>15</sup> Em caráter exemplificativo, o autor cita a v. a ApCiv. 700017624842, 15.ª Câm. Civ. Do TJRS, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos, j. 14.02.2007, na qual se invocou o caráter eminentemente programático da norma constitucional que reconhece o direito à moradia, afastando-se inclusive a condição de direito subjetivo em sentido negativo.

de que os “preceitos em causa são juridicamente débeis, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada *compreensão* da força jurídica que lhes é própria”.

Na sua concepção, as normas de aplicabilidade indireta, apesar de existentes no ordenamento, não precisariam da intermediação legislativa para produzir efeitos, os quais seriam conferidos pela atividade interpretativa.

Tomando o pressuposto de que não existe norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o ilustre administrativista propõe uma nova classificação das normas constitucionais veiculadoras de direitos subjetivos segundo a *imediata geração de direitos aos administrados* (MELLO, 2011, p. 22-24). Por isso, subdivide tais normas constitucionais em a) “poderes jurídicos”, aquelas que não querem atuação alheia, mas uma *abstenção, omissão* do Poder Público; b) “direitos em sentido estrito”, as quais veiculam um bem jurídico cuja fruição depende de uma *prestação alheia*; c) as finalísticas ou programáticas que, por sua dicção, expressam apenas uma finalidade, sem, contudo, apontar os meios a serem adotados para atingi-la.

À última categoria (“c”) já destacamos subtópico específico, o qual tratará das normas programáticas.

Com relação às duas primeiras categorias (“a” e “b”), isto é, normas que conferem direitos suscetíveis de serem *desfrutáveis imediatamente e exigíveis*, há de se discriminar dois outros subtipos de normas: 1) aquelas que delimitam com precisão o conteúdo do direito, valendo-se de expressões inelásticas (art. 7º, XV, da CF <sup>16</sup>, por exemplo) – sem que isso queira significar que não são passíveis de interpretação, saliente-se – e, 2) aquelas que delimitam “aproximadamente” o conteúdo do direito, de significado fluido (as palavras “*perigoso*” e “*insalubre*”, constantes no art. 7º, XXXIII, da CF <sup>17</sup>). Tais normas seriam, reiterar-se, *imediatamente fruíveis e exigíveis* pelos seus interessados.

Discorrendo sobre o art. 7º, XXXIII, da CF, leciona o ilustre administrativista que é preciso e indubitavelmente desejável que o legislador ordinário venha a precisar, com rigor, o alcance das expressões contidas no enunciado, mas daí não se segue que os interessados fiquem prejudicados pela inércia do poder público, notadamente naquelas diversas e numerosas situações em que seja indiscutível a *periculosidade* ou a *insalubridade*.

---

<sup>16</sup> Art. 7º, XV, CF: “Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” (BRASIL, 1998).

<sup>17</sup> Art. 7º, XXXIII, CF: “Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos” (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Desse modo, se por um lado as referidas palavras encerram conteúdo fluido e impreciso, por outro não se pode retirar-lhes a aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação. De fato, “desde o instante em que é reconhecível um significado central, incontrovertível da palavra, nenhuma razão existe para diferir a aplicação do preceito para o instante em que norma ulterior venha a recortar” o seu sentido (MELLO, 2011, p. 27).

Citando Garcia de Enterría, Celso Antônio (MELLO, 2011, p. 28-9) ainda leciona que os conceitos jurídicos indeterminados são comuns em todas as esferas do direito, e conclui, dizendo:

Se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceito, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação -, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional?

Por fim, para o desembargador Néviton Guedes (2014), do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os direitos sociais nada mais são do que princípios, os quais podem sim ser efetivados pelo Poder judiciário, desde que, no caso concreto, sejam atendidas as seguintes condições:

quando a prestação material em que se concretiza o direito fundamental social não estiver prevista em lei e concretizada pela própria Administração, *somente* quando o direito fundamental social puder, em cada caso concreto de colisão com outros direitos e princípios constitucionais, afirmar em seu favor a *eficácia, suficiência e proporcionalidade em estrito sentido* (ponderação de bens) da medida a ser imposta pelo Estado-Juiz, é que se poderia considerar constitucional a sua aplicação e concretização direta pelo Poder Judiciário.

### **2.2.1 As normas constitucionais programáticas**

Durante muito tempo sustentou-se que as normas constitucionais programáticas, por sua dicção abstrata e vaga, limitar-se-ia a veicular “fórmulas morais” ou “conselhos políticos” ou “indicações” para “desejáveis” atuações governamentais. Porém tal entendimento, além de enganoso, afronta violentamente a força normativa da constituição e sua pretensão de eficácia.

Aliás, a classificação entre normas operativas e programáticas sempre teve grande prestígio, menos por seu valor intrínseco do que pelos propósitos a que, vez por outra, tem servido: “via de regra, quando se quer negar eficácia a um preceito constitucional diz-se que

ele não pode ser aplicado porque se trata de norma simplesmente *programática*” (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, p. 93).

Segundo Canotilho (2003, p. 1176):

O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. (...) qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instancia legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositivo* do legislador; *é a possibilidade das normas programáticas que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.*

Na visão de Celso Antônio (2011, p. 25), tais regras permitem, desde logo e imediatamente, deduzir que é “proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos antagônicos ao disposto no preceptivo, pois seriam de todo inconstitucionais”, assim como permite concluir que a Administração terá de comportar-se de acordo com as diretrizes destes preceitos, e o Judiciário, nos casos concretos, “haverá de ter presentes estes vetores constitucionais como fator de inteligência e interpretação da relação jurídica *sub judice*”.<sup>18</sup>

Advirta-se que, problema diferente ao que está sendo discutido no presente tópico é o de saber em que circunstâncias uma norma constitucional é susceptível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo (CANOTILHO, 2003, p. 1176-1177), questão essa a ser debatida em outro momento.<sup>19 20</sup>

Uma interessante abordagem do tema também pode ser visualizada na proposta de Carlos Ayres Britto. Segundo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (BRITTO, 2010, p. 102-104), as ditas normas programáticas deveriam ser vistas como programas governamentais mínimos e obrigatórios de todas as esferas de governo<sup>21</sup>, o que invariavelmente as fariam

<sup>18</sup> Segundo o professor Luís Roberto Barroso (2002, p.121), as normas programáticas possuem conteúdos finalísticos e consagram unicamente direitos subjetivos negativos dos indivíduos para com o Estado.

<sup>19</sup> A aplicabilidade direta das normas programáticas a fim de conferir direitos fruíveis, verdadeiras “prestações” às partes em litígio é defendida no seguinte artigo: MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. Themis Revista da ESMEC – Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza: ESMEC, v. 6, n. 2, p. 1-403, ago./dez. 2008.

<sup>20</sup> A essa questão, Canotilho (2003, p. 1180) responde que “além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as ‘normas programáticas’ vinculam também os tribunais, pois os juízes ‘tem acesso à constituição’, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referencia (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento, dos actos normativos contrários às mesmas normas”.

<sup>21</sup> Nas próprias palavras do ex-ministro: “um fazer primeiro o que a Constituição ordena, impessoalmente, para somente depois se pensar (havendo folga financeira) em empreitadas que já signifiquem a personalizada

escarnar o máximo de segurança jurídica, visto que já se saberia de antemão o que os governantes deverão fazer.

Assim, essa nova concepção tornaria as referidas normas o “*nervo e a carne das programações orçamentárias*”, das políticas públicas, atos administrativos, acordos e tratados internacionais. A Constituição se tornaria, assim, efetivamente o que ela já é no papel: “o mais estrutural, abarcante e permanente projeto nacional da vida”.

Tal mudança, mais do que nunca, traria ainda o benefício de se exigir, já na disputa eleitoral, um denso conhecimento jurídico dos agentes políticos, visto que estes

deverão saber por antecipação – esse é o ponto – que chegarão ao poder para trabalhar com pautas normativas que encerram um quase completo programa de governo e de administração pública (...) Aí, sim, fará todo o sentido a solenidade de uma posse presidencial que se dá mediante o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade, e a independência do Brasil (BRITTO, 2010, p. 103-4).

### 2.3 FATOR ECONÔMICO-ORÇAMENTÁRIO<sup>22</sup>

Outro grande obstáculo que se sobrepõe à concreção das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos encontra terreno na questão orçamentária, isto é, na disponibilidade de recursos. Tal constatação deve-se ao fato, bastante óbvio, por sinal, de que os direitos custam<sup>23</sup>.

Com efeito, desde a Crise de 1929, com a implementação do “*New Deal*” no Governo de Franklin Roosevelt, nos Estados Unidos, opera-se uma verdadeira mudança no perfil de atuação do Estado, quando este deixa de atuar nas clássicas atividades restringidas aos direitos de liberdade e propriedade, e passa a assumir um papel ativo no atendimento às demandas sociais, relacionadas à previdência, saúde, moradia e educação (CAPPELLETTI, 1999, p.33).

Segundo Fernando Facury Scaff, de nada adianta falarmos em direitos sem levarmos em consideração o montante destinado a sua realização. Aliás, “a singela proclamação de

---

ocupação da cadeira do Poder por esse ou aquele bloco de parlamentares, por esse ou aquele chefe do Poder Executivo”.

<sup>22</sup> Sobre o tema, ver HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton, 1999

<sup>23</sup> Veja-se, por exemplo, infográfico produzido pela Folha de São Paulo, no qual se compara os gastos com a Copa do Mundo 2014, realizada no Brasil, e os gastos anuais com saúde, educação, e programas governamentais. (v. FOLHA DE SÃO PAULO. O mundial e as despesas do governo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/05/82605-o-mundial-e-as-despesas-do-governo.shtml>. Acesso em: 20 out. 2014).

direitos tem um papel muito mais retórico e simbólico do que eficaz, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação” (SCAFF, 2014).

Nesse contexto, o orçamento público, outrora visto como um quadro frio e contábil das despesas e receitas públicas passa a ser visualizado como “instrumento representativo da vontade popular”, principal instrumento de intervenção estatal (HARADA, 2009, p. 58-62). Através do “quantum” alocado no orçamento é possível depreender o nível de prioridade que se dá aos direitos sociais.

Aliás, essa mesma ideia de “meio ou instrumento” é apresentada por Aliomar Baleeiro nas seguintes palavras:

A preocupação não deve residir em equilibrar o orçamento como se este fosse um fim em si mesmo e não simples meio ao serviço da prosperidade nacional. Não se trata de equilibrar o orçamento, mas fazer com que este equilibre a economia nacional (BALEIRO, 1981, p. 396).

E, em passagem anterior, ao comentar o aspecto político do orçamento, o mesmo autor explica que é a forma pela qual o orçamento revela-se com clareza, em prol de grupos sociais e regiões ou para solução de problemas e necessidades, funcionando principalmente em proveito do aparelhamento de serviços públicos (BALEIRO, 1981, p.387-388). Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso (2011a, p.23), “de fato, o orçamento apresenta-se, em regra, da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais”.

Assim, depreende-se a grande importância que a destinação do orçamento possui no trato dos problemas sociais e, por extensão, na concretização dos direitos subjetivos constitucionais, sociais, precipuamente. A elaboração do orçamento é um ato eminentemente político, e requer a ponderação minuciosa de interesses para que não se incorra em injustiças, visto que investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.

Dentro dessa temática, cabe destacar o papel do Legislador Ordinário e do Executivo nos gastos públicos. Àquele, pois, foi reservada a tarefa de *definir* os níveis de prioridade a curto e médio prazo, já que o “longo” é o estabelecido na Constituição – a essa liberdade dá-se o nome de “Liberdade do Legislador Ordinário”. Ao Executivo, por sua vez, incube a tarefa *realizar* os gastos definidos pelo Legislador, dentro, é claro, de certa margem de discricionariedade (SCAFF, 2014).

Nesse contexto, ciente da importância do orçamento público na implementação dos direitos sociais, buscou o Constituinte Originário limitar essa relativa margem de liberdade

dada ao legislador ordinário por força do art. 167, IV, da Constituição da República, estabelecendo algumas exceções no sentido de vincular algumas receitas ao custeio de certas despesas. Esse cuidado também é manifestado na criação de uma espécie tributária, as Contribuições Sociais, as quais possuem *referibilidade*, isto é, obriga que as receitas que gerou sejam utilizadas nas finalidades para as quais foram criadas. A esse sistema de *vinculação e referibilidade* dá-se o nome de “Orçamento Mínimo Social”<sup>24</sup>: É o Constituinte preocupando-se com a efetivação dos direitos sociais por meio das regras orçamentárias (SCAFF, 2014).

Por fim, registre-se a eficácia dos direitos subjetivos fundamentais se depara ainda com um ulterior problema, agora relacionado ao investimento *deficiente*: a ausência de condições estruturais. Escolas públicas sem cadeiras, ausência de transporte escolar que funcionem em vilas localizadas distante das escolas, professores mal pagos, falta de merenda escolar, apenas para citar alguns problemas.

Na saúde o problema não é diferente: sabe-se que no Brasil existe uma legislação que, satisfatoriamente, regulamenta o funcionamento do sistema de saúde (v. lei 8.080 de 1990). Todavia, na prática, o SUS não presta atendimento adequado à população que passa, muitas vezes, meses esperando uma cirurgia ou a expedição de uma guia que autoriza a realização de um exame laboratorial em virtude da insuficiente alocação de recursos (SABADELL; DIMOULIS, 2010, p. 175-6).

Sintetizam bem a situação, as palavras de João Maurício Adeodato (2009, p. 141):

No contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infra-estruturais, a efetivação de certas normas é empiricamente impossível diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado social e democrático de direito unicamente por meio da promulgação de textos normativos ou até da real concretização de normas jurídicas. Mesmo em uma sociedade com constituição escrita e procedimentos aparentemente democráticos, a

<sup>24</sup> Exemplos (SCAFF, 2014): a) *Saúde* (Art. 198, § 2º e 3º c/c ADCT Art. 77): 15% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Municípios; 12% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Estados b) *Educação* (Art. 212): 25% da receita de todos os impostos arrecadados por cada Estado, Distrito Federal e Município brasileiro; 18% da receita de todos os impostos da União e 100% da Contribuição para o Salário Educação; c) *Erradicação da Pobreza* (ADCT arts. 80 e 82): Pode ser criado um Fundo composto, nos Municípios, de 0,5% do ISS sobre serviços supérfluos; nos Estados e DF, de 2% do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos; e na União, de 5% do IPI sobre produtos supérfluos, além do Imposto sobre Grandes Fortunas, quando vier a ser criado. A singela indicação dessas fontes de receita demonstra a pouca relevância desse tipo de Fundo, que cumpre papel muito mais retórico que eficaz. d) *Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT* (art. 239, § 1º e 3º): A União dispõe de 60% da arrecadação das contribuições para o PIS/PASEP; e) *Seguridade Social* (art. 195): A União dispõe de 100% da Cofins; 100% da CSLL e 100% das Contribuições Previdenciárias por ela cobradas. f) *Meio Ambiente* (art. 177, § 4º): A União dispõe de 100 % da CIDE – Petróleo.



disponibilidade de efetivamente resolver questões de poder mediante tribunais institucionalizados exige outros pressupostos além dos meramente formais.

Quando confrontados em face da falta de efetivação dos direitos, precipuamente no âmbito das ações judiciais, os entes públicos executivos apelam para a chamada “reserva do possível”. Nessa linha argumentativa, os recursos públicos seriam insatisfatórios para abarcar as necessidades sociais (BARROSO, 2011 a, p. 24), consistindo uma verdadeira limitação fática à efetivação dos direitos.

Em que pese tal limitação, propugna Ana Paula Barcellos que se deve alçar o “mínimo existencial” à condição de prioridade estatal, como condição ínsita ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELOS *apud* CASTRO, p. 128, revista do MPT).

Em tempo, contudo, mostra-se oportuna a crítica apresentada pelo professor Leonardo Martins, para quem três são os motivos pelos quais configuram-se ilegítimas as alegações da reserva do possível:

O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Tais medidas enfrentam sempre protestos e geram o denominado custo político, pois prejudicam os interesses econômicos de determinadas categorias de pessoas, b) como inexistente hierarquia de valor ou relevância dos direitos fundamentais, falta base normativa para comparações entre as políticas públicas, não sendo, portanto, a ele possível aferir se a realização de certo direito é “possível” c) a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral, quanto individual. Isso se deve a razões processuais. (DIMOULIS, MARTINS, 2010, p. 93-94).

## 2.4 FATOR IDEOLÓGICO: A EFICÁCIA E ATIVIDADE LEGIFERANTE SIMBÓLICOS<sup>25</sup>

Há ainda doutrinadores que atribuem a inefetividade dos direitos subjetivos constitucionais à falta de *vontade política* dos organismos responsáveis por efetivá-las. Nessa perspectiva, o fator ideológico não estaria apartado, estanque ou independente dos fatores jurídicos e econômico-orçamentários, mas, pelo contrário, ocultaria-se sob os argumentos da reserva legal e do possível para fazer valer o objetivo a que se destina – controlar e neutralizar as ações sociais.

Nas palavras de Ana Lúcia Sabadell (2014, p. 63-64):

Muitas vezes o legislador cria normas que dificilmente encontrarão sua aplicação na prática, ou seja, normas cuja baixa eficácia poderia ser prevista já no momento da sua elaboração ('ineficácia pré-programada' — Raiser, 1999, pp. 255-256). Tais normas são colocadas em vigor para dar uma mensagem sobre as intenções políticas do legislador, para satisfazer os anseios de uma parte da população ou para exercer uma função pedagógica, destacando determinados valores e sensibilizando a sociedade (Cotterrell, 1991, pp. 96 e ss.). Nestes casos, dizemos que a norma objetiva produzir efeitos simbólicos ('legislação simbólica' ou 'lei-manifesto').

Para o presente tópico faz-se uso, precipuamente, do estudo do professor Marcelo Neves acerca do simbolismo das legislações, entendidas estas como portadoras de “textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertrofiadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (1994, p. 32).

Diante dessa conjuntura, delimitam-se três funções<sup>26</sup> a que se servem as legislações simbólicas para entendimento de suas atuações nos ordenamentos jurídicos modernos e de suas consequências no que tange à legitimação no cenário político-social vigente num contexto de manipulação ideológica.

Assim é que as legislações simbólicas servem para confirmar valores sociais, v.g, no caso de “grupos que ‘veem a vitória legislativa’ como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a

<sup>25</sup> Para uma crítica a respeito do conceito de “eficácia simbólica”, ver ADEONATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44, para quem “toda eficácia, toda manipulação da realidade é simbólica. Não há evidências de uma ‘eficácia real’, uma ‘verdadeira eficácia’, para ser comparada à eficácia simbólica, apenas inúmeras diferentes possibilidades, todas simbólicas”.

<sup>26</sup> Em síntese: servem para confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado frente aos indivíduos e firmar compromissos dilatatórios. Tal proposta tricotômica foi elaborada por Harald Kindermann (Neves, 1994, p.34).

eficácia normativa da respectiva lei” (NEVES, 1994, p. 34). Nesse caso, a influência na atividade legiferante se dá justamente no sentido de que sejam “formalmente proibidas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos” (NEVES, 1994, p. 34).

No cenário internacional extraem-se casos elucidativos (NEVES, 1994, p. 35)<sup>27</sup>. Na África, por exemplo, em face dos problemas jurídicos e administrativos decorrentes do período pós-independência, a ênfase legislativa em princípios tais quais “negritude” e “autenticidade” teria desempenhado uma notável função simbólica para demarcar o “caráter” nacional perante o poder colonial.

As ditas legislações simbólicas também possuem em seu arcabouço finalístico demonstrar a capacidade de ação do Estado frente aos seus subordinados. Exemplo claro dessa falcatrua encontra-se, na lição da professora Ana Lúcia Sabadell (2014, p. 100), na penalização do assédio sexual (art. 216-A do Código Penal):

É muito difícil que tais condutas sejam denunciadas e punidas. O próprio legislador está ciente das poucas chances de eficácia da norma, mas decide criá-la para dar uma mensagem à sociedade, para educar a população e para satisfazer reivindicações de grupos de mulheres.

Tal situação seria viabilizada por *fatores normativos de poder, o poder de violência simbólica*, entendendo esse como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força, graças ao efeito específico da mobilização, o qual só exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2002, p. 14).

Trata-se, como se pode ver, de uma relação eminentemente *comunicacional e interativa*.

Tercio Sampaio, mais uma vez, explica:

Não se trata de coação, pois pelo poder da violência simbólica, o emissor não coage, isto é não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor: por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como

<sup>27</sup> Gusfield (*apud* NEVES, 1994, p. 34) cita, o caso envolvendo a “Lei Seca” nos Estados Unidos: enquanto os protestantes-nativos eram favoráveis à proibição, católicos-imigrantes eram contrários. Nessa situação, via-se claramente pelo contexto, que os primeiros não estavam interessados na eficácia da norma em si, mas, sobretudo, em adquirir maior respeitabilidade frente aos imigrantes católicos.

possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 242).

Por derradeiro, poder-se-ia citar a legislação como *fórmula de compromisso dilatatório*, tendo em vista a emanção de normas que são feitas para não serem cumpridas. No Brasil, particularmente, tivemos o caso do direito de greve dos servidores públicos que, depois de uma viragem jurisprudencial inovadora-concretista, o STF estendeu o regulamento da greve dos trabalhadores em geral aos servidores públicos<sup>28</sup>. Como se pode ver, desde a promulgação da Carta Maior foram quase 19 anos sem efetiva regulamentação. E isso se deve ao fato de não interessar ao Estado regulamentar um direito que, *a priori*, resultaria em mais despesas e prejuízos, além de poder causar eventuais paralisações na máquina administrativa. De qualquer forma o direito está lá, escrito, e isso é o que importa para o controle Estatal neutralizante.

Desse modo, o “acordo não se funda, então, no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 1994, p.41).

Por seu turno, tratando mais especificamente das normas constitucionais programáticas, Neves adverte que não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático, pois sua presença em excesso no ordenamento jurídico está ligado diretamente ao simbolismo da Constituição. De modo que “dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alíbe para os agentes políticos” (NEVES, 1994, p. 103-104).

Apesar das críticas que se fazem ao caráter simbólico de certos textos constitucionais, ou mesmo das leis ou decretos que a regulamentam, deve-se ter em vista que, em situações especificamente legítimas, apesar de não serem observadas/concretizadas, as normas são socialmente eficazes.

Como dito no primeiro tópico, para o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., a eficácia social ou efetividade de uma norma não está necessariamente vinculada à sua concretização ou observância no mundo dos fatos, mas ao seu *sucesso* normativo, isto é, à satisfação dos objetivos visados. Conforme visto acima, há objetivos ilegítimos, mas não se pode negar a legitimidade de outros.

---

<sup>28</sup> MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes, e ML 712, Rel. Eros Grau (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, pág. 1273).

Cite-se, por exemplo, o salário mínimo (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 167). Vejamos, pois, o teor da norma constitucional que dispõe sobre esse benefício garantido ao trabalhador urbano ou rural (BRASIL, 1988):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Ora, da leitura desse dispositivo, vê-se claramente a existência de uma contradição: um salário-mínimo que atenda as necessidades básicas do trabalhador, a depender da região do Brasil, do Estado da federação e da cidade onde este trabalhador labora, deve variar de forma substancial, indo na contramão de um salário mínimo “nacionalmente unificado”, afinal de contas, a renda *per capita* no município de Cruzeta/RN é substancialmente diversa daquela em Brasília/DF.

Nada obstante, a legítima eficácia social da referida norma está, justamente, no fato de que sua efetiva aplicação produziria um insuportável tumulto nas relações econômico-sociais, quebraria inúmeras empresas e sobrecarregaria as finanças públicas do Estado.

### 3 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Qualquer semelhança não é mera coincidência: paralelo ao fenômeno generalizado de ineficácia dos direitos subjetivos constitucionais, principalmente aqueles de índole social, verifica-se, não só no Brasil, mas em outras partes do mundo<sup>29</sup>, o que se convencionou chamar de *ativismo judicial*.

Entendido como fenômeno que consubstancia uma atuação mais marcante dos Tribunais em relação a temas normalmente debatidos pela população (LEAL, 2008, p.16) por meio de seus representantes<sup>30 31</sup>, a própria noção de ativismo judicial está associada a uma participação mais ativa, ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, com maior interferência, diga-se de passagem, no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2014, p. 6)<sup>32</sup>.

O judiciário deixa de ser visto como mero aplicador de leis – *la bouche de la loi* – para exercer um novo papel de guardião e promotor dos direitos e valores insculpidos na Constituição Federal.

O ativismo manifesta-se, pois, por meio das seguintes condutas (BARROSO, 2014, p. 6): 1) aplicação direta e imediata da Constituição Federal em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário; 2) com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; 3) imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria afeta a políticas públicas.

---

<sup>29</sup> Luís Roberto Barroso (2014, p. 2) cita casos envolvendo as Cortes Constitucionais dos Estados Unidos, Turquia, Hungria, Argentina e Coreia.

<sup>30</sup> Essa definição de Saul Tourinho Leal para ativismo judicial identifica-se com a definição que Luís Roberto Barroso dá ao fenômeno da *judicialização*. Segundo o ilustre constitucionalista enquanto este fenômeno seria um “fato”, em que o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, aquele diz respeito a uma “atitude”, uma verdadeira escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição. No presente trabalho, adotar-se-á definição mais ampla de Saul Tourinho Leal.

<sup>31</sup> Como exemplos de *judicialização*, o ilustre ministro do Supremo (BARROSO, 2014, p. 3) cita decisões que abordaram temas como: 1) Políticas Governamentais (análise da constitucionalidade da Reforma da Previdência e da Reforma do Judiciário); 2) Relação entre os Poderes (decisões que determinaram limites legítimos de atuação das CPIs e do Ministério Público nas investigações criminais); 3) Direitos fundamentais (Caso *Elwanger* e a possibilidade de progressão de regime para os condenados em crimes hediondos).

<sup>32</sup> Nas palavras do crítico Elival Ramos, por ativismo judicial deve-se entender “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar” (*apud* MARTIRES, 2014). Segundo Lenio Streck, “ativismo quer dizer ‘substituir’ o legislador nos juízos políticos-morais” STRECK, Lênio. Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). Disponível: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

Nesse contexto de expansão, tem crescido no Judiciário brasileiro, aqui incluindo não apenas o Supremo Tribunal Federal, mas os demais Tribunais do país, demandas em torno de questões eminentemente políticas, tais como fornecimento de medicamentos, matrícula de crianças em creches e pré-escolas, contratação de médicos, reforma de presídios, implantação de balanças de pesagem em rodovias federais e construção de moradias, como se pode observar nas ementas dos seguintes julgados, coletados dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Norte, e dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 5ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DOS APARTAMENTOS INVADIDOS. CONSTRUÇÃO DE MORADIA PARA AS FAMÍLIAS INVASORAS. NÃO INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POLÍTICAS PÚBLICAS. 1. Apelação do MPF, em face da sentença que, em sede de Ação Civil Pública, julgou procedente o pedido de condenação da CEF a efetuar a desocupação e demolição do Conjunto Residencial Cruzeiro do Sul, às suas expensas, e improcedente o pedido de condenação do Município de Caucaia/CE e do Estado do Ceará, na obrigação de construir moradias para as famílias que invadiram o referido conjunto residencial, ao entendimento de que o Poder Judiciário não pode invadir a discricionariedade administrativa do Poder Executivo, a quem cabe eleger as obras públicas prioritárias, bem assim dispor sobre o seu orçamento. 2. O Poder Judiciário não pode interferir na esfera da discricionariedade administrativa, salvo nas excepcionais hipóteses de abuso, ilegalidade ou desvio de finalidade, dentre outras, ou seja, apenas lhe cabe o exame da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, em respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. 3. Apelação improvida. (TRF-5 - AC: 200881000047310, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 10/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. SUS. CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS EM ESPECIALIDADES DIVERSAS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA. O Sistema Único de Saúde organiza-se em uma rede hierarquizada, mediante distribuição de competências segundo o grau de complexidade dos serviços. Não se justifica a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, ainda que a controvérsia esteja diretamente ligada à saúde, para os casos em que o requerimento se fundamenta na contratação de um número considerável de profissionais especialistas da saúde, mediante o custeio pelo Ente Municipal.(TJ-MG - AI: 10518130125322001 MG , Relator: Antônio Sérvulo, Data de Julgamento: 11/02/2014, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/02/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SISTEMA PENITENCIÁRIO - IRREGULARIDADES - LIMINAR IMPONDO OBRIGAÇÕES DE FAZER AO ESTADO SOB PENA DE MULTA - SUSPENSÃO - INTERVENÇÃO INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO - POLÍTICAS PÚBLICAS - PODER DISCRICIONÁRIO - DECISÃO REFORMADA 1. Somente é permitido ao Poder Judiciário interferir na esfera do Poder Executivo, apontando a conveniência da realização de determinada obra, como a reforma de estabelecimento prisional, quando há patente violação das garantias e direitos individuais dos presos, assegurados pela Constituição da

República de 1988, devendo, contudo, ser levado em conta a realidade brasileira, padecendo o sistema prisional de gravíssimos problemas, de conhecimento de toda a sociedade. 2. Dar provimento ao recurso. (TJ-MG - AI: 10418120011162001 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 27/06/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2013).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE BALANÇAS DE PESAGEM EM RODOVIA FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DE EXCESSO DE PESO DOS VEÍCULOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. DNIT. UNIÃO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. 1. Quanto ao pedido de implementação das balanças de pesagem nos trechos das Rodovias BR-163 e BR-272, a União possui responsabilidade subsidiária em relação ao DNIT (autarquia com responsabilidade sobre tais rodovias), caso este não possua recursos para a instalação das balanças pleiteadas na ação. Ademais, a possibilidade de a PRF promover o controle de peso nas rodovias federais encontra previsão na Cláusula Terceira (Das obrigações das Partes) do Convênio nº 019/2008-00, celebrado entre o DNIT e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Legitimidade passiva do DNIT e da União. 2. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, domínio afeto aos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora de forma excepcional, poderá ser atribuída Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem ou omitirem-se nos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, tal como restou decidido na ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. 3. Na mencionada ADPF 45, o E. STF destacou também a relevância da "reserva do possível", notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige desta, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Ressaltou, ainda, a gradualidade de seu processo de concretização, dependente, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. 4. No caso em tela, restou comprovado o devido agir do DNIT, empreendendo significativos esforços para a solução dos complexos e graves problemas das rodovias federais objeto da ação. Os trabalhos de levantamento, demarcação e solução temporária do problema demandam recursos humanos e materiais, especialmente de ordem econômico-financeira, cuja mobilização exige prazo incompatível com a determinação judicial. De resto, descabe ao Poder Judiciário substituir o Poder Executivo no delineamento e na implantação de providências administrativas da atribuição deste, mormente quando não verificada omissão da Administração. (TRF-4 - AC: 50011003120124047017 PR 5001100-31.2012.404.7017, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 12/03/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 17/03/2014).

DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO GALANTAMINA PELO ESTADO. CONDICIONANTES IMPOSTAS NA SENTENÇA DE ACORDO COM O JULGADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO POR ESTA CÂMARA CÍVEL. POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. JUDICIALIZAÇÃO DO DEBATE QUE EXIGE FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA REALIZAÇÃO DE DESPESA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FERIMENTO AO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. CADASTRO PARA DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DO MEDICAMENTO PELA UNICAT E APRESENTAÇÃO DE RECEITAS E



ATESTADOS MÉDICOS NÃO DISCRIMINAM NEM VEDAM O DIREITO À SAÚDE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RN - AC: 83132 RN 2008.008313-2, Relator: Des. Osvaldo Cruz, Data de Julgamento: 29/09/2009, 2ª Câmara Cível).

Ainda como retrato fidedigno desse fenômeno, no dia 16 de dezembro de 2013, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de apelação, determinou que a Municipalidade criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas da Capital para crianças de até 5 anos de idade, nos três anos seguintes à decisão. Ordenou-se ainda que a Prefeitura criasse 50% dessas vagas nos primeiros 18 meses e o restante até o final de 2016<sup>33</sup>

No Supremo Tribunal Federal também houve casos paradigmáticos de ativismo judicial, dentre os quais: a) fidelidade partidária: decidiu o STF, em nome do princípio democrático, que a vaga do Congresso pertence ao partido; b) nepotismo: originando a edição da Súmula Vinculante nº 13<sup>35</sup>; c) concessão de medicamentos e matrícula de crianças e creches e pré-escolas; d) aplicação da Lei nº 7.783 de 1989, que versa sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, aos servidores públicos.

O ativismo judicial, longe de ter unânime aceitabilidade entre os doutrinadores, tem despertado no ambiente acadêmico interessantes debates e investigações acerca das causas, legitimidade, pressupostos e problemas que referido fenômeno pode trazer para o próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito.

<sup>33</sup> Com informação diretamente do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP. Câmara Especial determina que Prefeitura De São Paulo crie novas vagas para Educação Infantil. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>34</sup> Em crítica à referida decisão, Oscar Vilhena Viera pontua: “o dilema em casos como esse, no entanto, é como impor uma obrigação complexa ao Executivo, sem substituí-lo na própria formulação e implementação da solução? Afinal, não só foi o prefeito eleito para fazer essas escolhas políticas e financeiras, como é a prefeitura que dispõe do corpo técnico para implementá-las (...) O Tribunal de Justiça de São Paulo parece ter criado, com essa decisão, de natureza gerencial e experimental, uma forma inovadora e mais efetiva para lidar com os desafios cada vez mais complexos na implementação de direitos sociais. O sucesso desse caso poderá determinar um novo padrão de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas no Brasil. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo Judicial*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/experimentalismo-judicial>>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>35</sup> Súmula Vinculante nº 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

### 3.1. O ATIVISMO COMO REMÉDIO PARA UMA DOENÇA: TESES FAVORÁVEIS

Um dos maiores defensores na doutrina brasileira do ativismo judicial é, sem dúvida, o constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.

Segundo o emérito professor, o fenômeno não apenas demonstra que o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade não satisfeitas pelo parlamento, mas também expõe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder legiferante alimenta a expansão do Judiciário, que em nome da Constituição, prolata “decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral” (BARROSO, 2014, p. 9). Nesse contexto, o ativismo seria, assim, “parte da solução, e não do problema”<sup>36</sup>.

Em desfavor do ativismo e da judicialização três objeções podem ser opostas: os riscos para a *legitimidade democrática*, a *indevida politização da justiça* e os *limites da capacidade institucional do Judiciário* (BARROSO, 2014, p. 10-16).

Contra a primeira objeção, Barroso argumenta que, apesar de serem agentes públicos não eleitos, os membros do Judiciário são legitimados pela Constituição para concretizar decisões que foram tomadas pelos próprios representantes do povo. Por isso, atuam “co-partícipes do processo de criação do Direito”, na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, como por exemplo, “boa-fé”, “dignidade da pessoa humana” ou “direito de privacidade”.

Quanto à segunda objeção, diz-se que a política e o direito são indissociáveis. Nesse sentido, embora não se admita escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, tem-se que admitir que a i) criação do Direito é produto de vontade política; ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos produzidos na sociedade e das expectativas e sentimentos sociais. iii) os juízes não são máquinas, não são seres sem memória, sentimentos ou desejos ou libertos de ideologias.

Quanto à capacidade institucional do Judiciário e seus limites, de fato, aqui deve se ter cautela, visto que o “Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve intervir”. Há de se ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos,

---

<sup>36</sup> Tratando-se de *judicialização*, no sentido proposto pelo professor Barroso (2014, p. 3-4), suas três grandes causas seriam: 1) a *redemocratização do país*, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988, o que transformou o Judiciário em “verdadeiro poder político”; 2) a *constitucionalização abrangente*, na medida em que transforma Política em Direito, trouxe para a Constituição Federal numerosas matérias antes deixadas ao processo político majoritário e legislação ordinária; 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, que por combinar aspectos do americano e europeu, constitui um dos mais abrangentes sistemas do mundo.

importante dizer que há temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de complexidade tal que podem não ter no juiz o árbitro mais qualificado, seja por falta de informação ou conhecimento técnico específico, sem falar que nem sempre o Judiciário “dispõe das informações, do tempo, e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões”, não sendo sequer passível de responsabilização por escolhas desastrosas<sup>37</sup>.

Um interessante estudo a respeito do crescimento e intensificação da “criatividade” jurisprudencial, na qual se apontam causas, efeitos e limites do fenômeno, é apresentado por Mauro Cappelletti. Segundo o Cappelletti, o “bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se” (1999, p. 74).

O ponto de partida do crescimento do Judiciário estaria, pois, na revolta contra o formalismo, fenômeno típico das últimas três ou quatro gerações. Enquanto o formalismo tendia a acentuar a *lógica* mecânica e pura do processo jurisdicional, ignorando o elemento *discricionário* da *escolha*, essas revoltas conduziram à descoberta de que o papel do juiz é bem mais complexo. *Escolha* não é sinônima de arbitrariedade, significando, antes, valoração e balanceamento; significa o emprego não apenas de argumentos da lógica formal, mas de respaldos oriundos da “história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia” (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

A ascensão do Estado de Bem-estar social desveste o governo como órgão que se limitava tão-somente a “tutelar liberdades” para, ao contrário, “fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*” (CAPPELLETTI, 1999, p.41). A referida técnica consiste na prescrição de programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual em vez de simplesmente escolher entre “certo” e “errado”. Nesta senda, dificilmente o Judiciário não daria sua contribuição à tentativa do estado de tornar tais programas afetivos: controlando e exigindo o seu cumprimento.

O Judiciário deve escolher entre permanecer fiel à concepção tradicional do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o “*terceiro gigante*”, apto a controlar o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”, o que constitui por si mesmo um evento não imune aos riscos de perversão e abuso. Nada obstante, segundo o jurista italiano, em relação ao poder judiciário, os riscos são menos gravosos, visto que, por sua própria natureza e estrutura, é o ramo “menos perigoso”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

---

<sup>37</sup> Também com essa advertência o professor Mauro Cappelletti (1999, p. 50).

Contestando críticas, o jurista italiano afirma que a criatividade judiciária não torna os juízes legisladores. Embora do ponto de vista *substancial* ambos sejam *criadores do direito* ou *law-makers*, o processo legislativo e o judiciário diferenciam-se no *modo* ou *procedimento/estrutura* como produzem o direito, que o autor chama de *virtudes passivas* ou *limites processuais* (CAPPELLETTI, 1999, p. 74-75).

Nesse sentido, as peculiaridades fundamentais da atividade jurisdicional não residem na passividade “substancial” do juiz, mas, em vez disso, na passividade “processual”: a) a atividade jurisdicional é conexa com casos e controvérsias, e, por isso mesmo, com as partes do processo, não podendo o juiz se manifestar *ex officio* e b) a *imparcialidade* do juiz, que não deve ser provocado a decidir *in re sua*, deve ouvir as partes, e assegurar *independência* em relação às pressões externas, especialmente àquelas oriundas dos “poderes políticos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74-75)<sup>38</sup>.

O ativismo dos tribunais não está imune a críticas, como já se disse. Em sua obra, Mauro Cappelletti se reserva, ainda, a oferecer objeções a essas críticas<sup>39</sup>.

Argumenta-se que o direito judiciário é casual e descontínuo e, frequentemente, dependente da sorte de determinados casos concretos. A decisão constitui “confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si”, e de toda forma, seria um “dado da realidade que os ‘repertórios’ do direito judiciário são usualmente numerosos, volumosos e atulhados, mais custosos e difíceis de serem consultados, do que códigos e as coleções de leis oficialmente publicadas” (CAPPELLETTI, 1999, p.84). A objeção que faz o autor é de que os ordenamentos jurídicos tem atenuado, ou mesmo eliminado tais problemas com mecanismos diversos, tais como: vínculo aos precedentes (*stare decisis*), assistência jurídica gratuita aos necessitados, sistema de coleções sistemáticas de decisões, alguns até computadorizados (CAPPELLETTI, 1999, p. 84).

---

<sup>38</sup> O processualista Luiz Guilherme Marinoni acrescenta ainda outra marca distintiva da norma criada pelo legislador e a sentença: a necessidade de fundamentação desta. Não basta, pois, o juiz estar convencido: deve ele mostrar as razões do seu convencimento. A argumentação jurídica (2010, p.127-128) é que demonstra a racionalidade da decisão “e, nesse sentido, a ‘decisão correta’ ou a ‘decisão aceitável’”, permitindo o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão. Nisso reside a diferença. A norma geral não é justificada: “a ‘exposição de motivos’ que a acompanha não integra a lei” (2010, p.109). Isso não quer dizer a lei seja arbitrária. Na concepção do autor “trata-se apenas da constatação de que uma lei, para ser válida, não precisa em seu corpo os fundamentos que levaram à sua edição. Isso não torna a lei arbitrária em comparação com a sentença, pois é decorrência de uma diferença marcante entre os processos legislativo e judicial” (2010, p. 110-111).

<sup>39</sup> O autor se refere ao objeto dessas críticas como “enfermidades práticas, verdadeiras ou presumidas” (CAPPELLETTI, 1999, p. 82).

Outra crítica trazida pelo autor diz respeito à *eficácia retroativa* das decisões, uma vez que elas se aplicam a fatos pretéritos, o que causaria incerteza e imprevisibilidade. Contra esse pensamento, diz-se que a certeza não tem valor absoluto, além disso, os tribunais demonstram que há como contornar os resultados iníquos que uma mudança jurisprudencial pode causar, “adaptando, moderando, e também limitando ou postergando os efeitos de tal mudança”. O próprio Lord Devlin, ferrenho opositor da criatividade judiciária afirma que “a mudança jurisprudencial bem raramente advém sem pré-aviso, como se fosse um relâmpago em céu sereno” (CAPPELLETTI, 1999, p. 86).

Por fim, critica-se a *incompetência institucional* da magistratura para criar o direito. Nessa perspectiva, os juízes não teriam recursos suficientes para desenvolver a obra criativa, os quais envolvem complexos problemas sociais, políticos, econômicos -nota-se que deve se reportar à argumentação dos advogados, que, por natureza, estão preocupados com os interesses de seus clientes, e não com a justiça do caso concreto. Não desconhecendo “um núcleo de verdade” em tais críticas, o autor objeta que muitos são os casos em que o tipo de conhecimento e recurso dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para funções de criatividade judiciária. A gravidade do problema é atenuada ainda “mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo (...) e o emprego de expertos como membros ‘laicos’ de órgãos judicantes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 88-89). Ademais até os poderes “políticos” não estariam imunes certa dose de “incompetência institucional”.

Tomando como pressuposto teórico a diferenciação entre texto e norma, o constitucionalista Inocêncio Mártires Coelho leciona que a norma constitui o texto interpretado: poderíamos extrair de um mesmo texto, normas variadas. Por isso, tanto a atividade legiferante quanto a interpretativa fariam parte de um processo único de produção do direito, encontrando na aplicabilidade seu momento culminante (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, p. 87).

Dentro dessa perspectiva, os fenômenos sociais externos ao texto deixam de ser vistos como “revolta dos fatos contra os códigos” para serem aliados do juiz na atualização da legislação, por meio da atividade interpretativa (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, p. 88).

O ativismo seria “apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito”. Embora haja vozes discordantes do ativismo judicial - as quais, por mais

relevantes que sejam “não invalidam a prova do pastel de que fala Christopher Wolfe”<sup>40</sup> - Inocêncio afirma que no Brasil, a Constituição é aquilo que os seus juízes dizem que ela é, em paráfrase ao ex-juiz da Suprema Corte norte-americana Charles Hughes (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, p.81-82).

Ainda nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2014):

Não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supra-legal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais.

Por isso, conclui afirmando (INOCENCIO, 2014):

Não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de *ativismo judicial* não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.

A fim de dar coerência ao sistema de defesa ao ativismo ou de maior liberdade na atuação jurisdicional, enquanto parte da doutrina brasileira propõe uma relativização, outros advogam por uma releitura dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, os quais devem passar por uma revisão a fim de atender aos pressupostos atuais de efetividade dos direitos fundamentais.

A lei, não mais vista como suprema, perde seu posto para a Constituição, subordinando-se a esta. A lei deve ser corrigida e adequada aos princípios de justiça e à Constituição, especialmente aos direitos fundamentais: substitui-se, assim, o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial (MARINONI, 2010, p.46-47).

Analisando o conceito tradicional da segurança jurídica no âmbito das decisões do STF, diz Judith Martins-Costa que princípio da segurança traduz juridicamente um “fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, deve permanecer estático, imóvel como estátua,

<sup>40</sup> Segundo esse autor, uma possível defesa para um poder judicial em expansão é, simplesmente, a satisfação com seus resultados. Assim como a prova do pastel está em seu sabor, o atual ativismo – qualquer que seja sua receita – está produzindo muito bem e pouco mal (MENDES; INOCENCIO; BRANCO, 2009, p. 82).

permanente no tempo”. Constitui-se num valor a ser protegido, na medida em que “reflete a confiança das pessoas na ordem jurídica considerada como regra do jogo de antemão traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada”, pressupondo-se, assim, uma inação estatal. (MARTINS-COSTA, 2004, p. 3-4).

Na concepção da civilista, deve-se reinterpretar o princípio da segurança jurídica, deslocando-a da estrita legalidade, para o da confiança, entendida esta não mais como confiança na “inação estatal” para não haver perturbação da livre-iniciativa econômica: confia-se, agora, na “racionalização do poder do Estado e na sua ação, tendo em vista o interesse no livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos” ou a expansão de um direito fundamental, devendo a administração não apenas resguardar, mas agir segundo a boa-fé (MARTINS-COSTA, 2004, p. 5) <sup>41</sup>.

### 3.2. O ATIVISMO EFEITO COLATERAL DA DOENÇA: TESES DESFAVORÁVEIS

De boca da lei e, mais recentemente, guardião e promotor dos direitos e valores constitucionais, o judiciário passa, agora, na concepção da cientista política alemã Ingeborg Maus, para “superego da sociedade órfã”.

Na tradição psicanalítica, a figura do superego é desempenhada pela figura do “pai”, o qual, sendo senhor da mulher e ameaça de castração para os filhos, simboliza o próprio fundamento e realização daquilo que pode ser entendido por Lei. Ao perder a figura paterna num clã canibal, os membros do grupo não suportam viver na condição de “iguais” e “livres”, por isso, reintroduzem a assimetria: “coloca-se alguém para novamente ditar as leis, e desempenhar, pois, a função do novo ‘pai’” (BAHIA, 2005, p.1).

Na Alemanha, em especial, a dessacralização da sociedade deixou nesta um vazio axiológico<sup>42</sup>, que, até determinado momento foi ocupado pela monarquia daquele país. Com a queda do “rei”, o Tribunal Constitucional Alemão passou a representar o “sensor moral” da

<sup>41</sup> Na concepção do professor João Maurício Adeodato (2009, p.164), é nesse contexto de diferenciação de texto e norma, expansão do poder judiciário e a crescente procedimentalização da decisão, torna obsoleta a tradicional separação dos poderes.

<sup>42</sup> O professor Marco Marrafon aponta que a “judicialização da vida” está diretamente relacionada com falta de éticas nas relações sociais. O direito, que era para ser a *ultima ratio*, constitui a *prima ratio* na resolução dos conflitos, ante a falência dos sistemas normativos gerais. Como consequência, o componente normativo da sanção é supervalorizado, ganhando cada vez mais força no discurso normativo. (MARRAFON, Marco Aurélio. **Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/constituicao-poder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida>>. Acesso em: 13 out. 2014).

sociedade, retirando do Parlamento – ou, da esfera pública – a função de arena de debate (BAHIA, 2005, p. 1)<sup>43</sup>.

Saliente-se que aliado a essa supressão do espaço político de debate, a assunção pelo Judiciário da condição de mais alta instância moral da sociedade faz com que esta instituição escape de qualquer mecanismo de controle social (MAUS, 2000, p. 5)<sup>44</sup>.

Maus reconhece que a expansão desse “Terceiro Poder” vai além da ampliação de suas funções, do aumento de poder interpretativo, do aumento na disposição em litigar ou, ainda, da consolidação do controle de constitucionalidade das leis sobre o legislador: assiste-se a uma representação do judiciário, por parte da população, que “ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, 2000, p. 3)<sup>45</sup>. Esse fenômeno também se manifesta no Brasil<sup>46</sup>  
47.

Maus chama atenção ainda para a questão do método interpretativo, isto é, o perigo do uso de “valores morais” e princípios pelos juízes, lembrando que na doutrina da Alemanha Nazista, diferentemente do que diz o senso comum, prevalecia o “antipositivismo e o antiformalismo”. Segundo a cientista “na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o ‘juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’” (MAUS, 2000, p.15). Assim também parece entender Ernesto Garzón Valdés (*apud* BAHIA, 2005, p. 2), para quem “o período nazista, ao contrário

<sup>43</sup> Exemplo disso é tratado pela autora: “as exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte” (MAUS, 2000, p. 8).

<sup>44</sup> Segundo Néviton Guedes (2014b), “essa maior desenvoltura política dos órgãos jurisdicionais acaba por suscitar uma série de graves problemas à vida das democracias, entre os quais, certamente, se destaca a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de *‘political accountability’* (responsabilização política)”.

<sup>45</sup> Conforme exposto pela autora, em pesquisa de opinião pública, na qual investigava-se as instituições políticas sociais e políticas alemãs que gozam de maior confiança da população, chegou-se aos seguintes números: a mídia televisiva tinha 34% de aprovação, a universidade, 2%, e o Tribunal Constitucional chegou a incríveis 62% de aprovação (MAUS, 2000, p.3).

<sup>46</sup> No Brasil, Saul Tourinho Leal denomina esse fenômeno de “teologia da Constituição”, e chama a atenção para as manifestações de veneração a Joaquim Barbosa - hoje ex-ministro do STF – quando este assumiu a presidência do Supremo: pichações escritas “hey, hey, hey... Joaquim é nosso Rei” e fotos compartilhadas no facebook por famosos tiradas com o ex-ministro, são algumas das “idolatrias”. Destaca-se, ainda hoje, campanhas como “Barbosa presidente!” que circulam nas redes sociais. Recorde-se ainda, a capa da Revista Veja de setembro de 2012, estampando a foto do ex-ministro com os seguintes dizeres: “o menino pobre que mudou o Brasil” LEAL, Saul Tourinho. O novo superego de um país órfão. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-novo-superego-de-um-brasil-orfao>>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>47</sup> Em pesquisa realizada pelo IBOPE em dezembro de 2012, o Supremo alcançou maior nível de confiança da população que o Congresso Nacional: numa escala de 0 a 100, o STF teve índice de 54, enquanto o Congresso teve 35, ficando em último lugar. CONJUR. Revista Consultor Jurídico. Pesquisa de opinião. População confia mais no STF que no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>>. Acesso em: 13 out. 2014.



do que imaginam alguns, é marcado mais por um ‘jusnaturalismo racista’ do que pelo apego positivista à lei”.

Tratando da temática do ativismo judicial, mas referindo-se particularmente ao Supremo Tribunal Federal, o professor Oscar Vilhena Viera denomina a expansão de sua autoridade sobre os demais poderes como “supremocracia”.

Argumenta Vilhena, citando Antoine Garapon, que o ativismo não se limita apenas a expor as deficiências dos Poderes representativos, mas, de forma até paradoxal, contribui para ampliação da própria crise de autoridade da democracia, provocando, assim, em um inevitável “amesquinamento do sistema representativo” (2008, p.3).

Como causa para esse ativismo<sup>48</sup> apresenta-se a própria escolha do Constituinte Originário, que, “desconfiando do legislador” – nas palavras de Seabra Fagundes – resolveu transcender os temas propriamente constitucionais e regulamentou “pormenorizada e obsessivamente” um vasto e numeroso campo de relações públicas, econômicas, sociais, desaguando numa explosão de litigiosidade constitucional<sup>49</sup>. Somado a isso, a “própria arquitetura institucional” do Supremo corrobora para essa expansão: foram-lhe distribuídas competências de tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal recursal de última instância (VILHENA, 2008, p. 6-7).

Uma preocupação que não deve ser esquecida é justamente a ausência de mecanismos institucionais mediante os quais se possa cobrar o Supremo pelas consequências de suas decisões que, de forma cada vez mais frequente, ostentam natureza política.

Para esse autor, chama atenção o fato como a *deferência* tem sido relegada nas discussões da Corte, a qual não significa omissão “mas, sim, o estabelecimento de claros parâmetros de separação de poderes, em que o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica”. Por isso, para esse autor, fica claro que o STF

não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas escolhas são melhores (VILHENA, 2008, p.12).

<sup>48</sup> Ressalve-se, uma vez mais, que para Luís Roberto Barroso, esse fenômeno não seria propriamente “ativismo”, mas um sintoma da “judicialização”.

<sup>49</sup> O autor cita dados eloquentes (VILHENA, 2008, p. 7): no ano de 1940 existiram em tramitação no Supremo 2.419 processos; em 1970, esse número passou para 6.376. Com o advento da Constituição de 1988, subiu para 18.564 em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002. Em 2007, atingiu-se a marca de 119.324.

Por fim, afirma Vilhena que o “Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição” (2008, p.16).

O professor João Maurício Adeodato, analisando o fenômeno de expansão do Poder Judiciário, adverte que a ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimação do judiciário, já que o crescimento de seu papel não vem se “mostrando à altura da sobrecarga, muito pelo contrário” (ADEODATO, 2009, p. 165), posição que é compartilhada pela socióloga Ana Lúcia Sabadell, para quem o quadro geral de ineficácia das normas constitucionais

não foi substancialmente modificado pelo poder judiciário, que demonstra, em regra geral, uma “autocontenção” na fiscalização dos demais poderes em relação aos direitos fundamentais, tendência esta que provoca o descrédito e desuso de garantias e ações constitucionais e restringe o efetivo acesso à justiça da maioria da população (SABADELL; DIMOULIS, 2010, p. 176).

Ainda nesse quadro geral de expansão, Adeodato (2009, p. 147) adverte ser uma utopia pensar que concretização da Constituição por meio do judiciário seja uma panaceia para resolver os mais diversos problemas brasileiros, tais como previdência, educação, fome e violência, da mesma forma que a constitucionalização generalizada dos variados temas, por meio das emendas. Por isso “é ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”.

Embora não se refira diretamente ao ativismo judicial, o autor alerta para o desprezo ao texto e os perigos do uso generalizado de princípios, tendo em vista apresentarem alto teor retórico-metafórico, e até mesmo contradição quando confrontados, como acontece com a ampla defesa e a celeridade processual (ADEODATO, 2009, p.148). Por seu caráter impreciso, são usados nesta ou naquela direção. Exemplo disso é o princípio da separação dos poderes que foi alegado pelo Supremo a fim de não preencher a injunção do mandado, mas foi ignorada para que o Senado não necessitasse conceder efeitos *erga omnes* da decisão de ADIs, decidindo-se que o art. 52, X, somente se aplicaria na ação incidente.

Alertando contra os perigos da expansão judicial, Ives Gandra também alerta:

Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros - e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Poder Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único poder que reflete a

vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas (MARTINS, 2011).

O ativismo judicial também afeta as expectativas normativas criadas pelo ordenamento jurídico, afetando diretamente a segurança jurídica.

Segundo o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr, as relações sociais são caracterizadas primariamente pela sua complexidade, entendendo-se esta, segundo Luhmann (*apud* FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 78), como “um número de possibilidades de ação maior que o das possibilidades atualizáveis”. Diante dessa complexidade, as expectativas selecionam possibilidades, as quais podem ser atualizadas ou serem desiludidas. A fim de dar durabilidade a essas expectativas, criam-se *estruturas*, as quais funcionam sob dois mecanismos: os cognitivos e os normativos. Enquanto este é conferido por normas jurídicas, aquele se dá pela observação, empiricamente.

Assim, o que confere durabilidade às relações sociais são, pois, as expectativas cognitivas e as normativas, em conjunto.

Aplicando esse raciocínio às relações dos particulares com os entes públicos, o direito teve o grande mérito de permitir aos “cidadãos saber o que esperar do Estado e o que o Estado deles poderia exigir”. Contudo, na medida em que o judiciário passa atender expectativas não selecionadas pelo direito, como no caso das exigências políticas, econômicas e sociais, “estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade” (GUEDES, 2014b). Ainda segundo Néviton Guedes:

A prevalência, nas decisões judiciais, de posições *não selecionadas objetivamente pela Lei* iludem o sistema jurídico, impedindo-o de estruturar consistentemente as expectativas humanas. A cidadania tem o direito de saber se o que vai ser veiculado numa decisão judicial é a concretização do conteúdo de um expresso de uma norma legal *predisposta* pelo legislador, ou a posição (política, ou moral) não revelada do magistrado e imposta *ex post facto*. (...) Essa ampliação heterodoxa das funções dos magistrados, entretanto, além das restrições de ordem estritamente jurídico-constitucional, encontra (ou deveria encontrar) limites de ordem funcional, pois nenhum sistema pode sobreviver a uma tão intensa indeterminação (aleatoriedade) de suas tarefas e funções. A indistinção funcional das decisões judiciárias faz com que o direito tenha que pagar o alto preço de não cumprir a sua principal função social, que é a de estabilizar normativamente as expectativas humanas (GUEDES, 2014b).

## 4 POR UM ATIVISMO MODERADO: OS LIMITES DO JUIZ DIANTE DAS DEMANDAS ATUAIS QUE LHE SÃO SUBMETIDAS

### 4.1 ENTRE A RELIGIOSIDADE E O ASSASSINATO DO TEXTO JURÍDICO

Vivemos em um Estado Democrático de Direito. A luta infundável e milenar por uma democracia e por leis democráticas faz do nosso<sup>50</sup> principal dever segui-las “à risca” (STRECK, 2010, p. 170), afinal de contas, nem só de lides se concretiza a Constituição. Verdadeiramente, a positivação constitui o destino normal do direito, um verdadeiro progresso (VILLEY, 2003, p. 433).

Enumerar os benefícios da lei positiva<sup>51</sup> foge dos propósitos do presente trabalho, mas desmistificar certas penumbras que giram em torno de sua interpretação, torna-se necessário.

Distingue-se texto e norma (GRAU, 2014, p. 37-39). Enquanto aquele constitui os sinais linguísticos expressos em enunciados e disposições legais, a norma é resultado de sua interpretação. O texto é a norma em potencial, um verdadeiro acervo de possibilidades interpretativas. É possível, nesse contexto, extrair diversas normas de um mesmo texto.

Texto e norma resultam de processos distintos, porém, complementares: o processo legislativo, capitaneado pelo legislador, e o processo normativo, realizado pelo juiz, participando, ambos, de um processo unitário – o de produção do direito.

O caráter criativo da interpretação advém da passagem, do geral ao particular, bem como da atribuição de sentido às palavras, naturalmente vagas e imprecisas, em menor ou maior escala. O ofício do juiz, nesse sentido, não se resume a reconstituir cientificamente ou historicamente o significado das leis: ao intérprete, “apoiando-se nas leis, vai mais longe do que as leis, *continua o trabalho do legislador*” (VILLEY, 2003, p. 443, grifo nosso)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Cidadãos, juízes, administradores, legisladores: todos devem se submeter à lei.

<sup>51</sup> Fiquemos, pois, com as três razões enumeradas por Tomás de Aquino (2005a, p.574-575): “em primeiro lugar porque mais fácil é achar poucos sábios, que bastem para estabelecer leis retas, do que muitos, que seriam requeridos para julgar retamente cada caso. – em segundo, porque aqueles que estabelecem leis, já de muito tempo consideram o que deve ser estabelecido por lei, mas os juízos singulares fazem-se a partir de casos subitamente aparecidos (...) – em terceiro lugar, porque os legisladores julgam no universal e sobre coisas futuras, mas os homens que presidem os julgamentos julgam sobre coisas presentes, em relação às quais são afetados por amor, ódio ou por alguma cobiça, e assim deprava o julgamento”.

<sup>52</sup> Daí advém, segundo Eros Grau (2014, p. 35-37), o caráter “alográfico” do direito em oposição às artes “autográficas”. Enquanto estas que exaurem seu sentido na obra do autor (ex: obra de arte), aquelas necessitam, além do autor, de um intérprete para completar seu sentido, tal qual acontece, por exemplo, na música e no teatro.

Saliente-se que na atividade interpretativa o juiz não apenas interpreta *textos*, mas, concomitante e dialeticamente, a *realidade* e o *caso concreto*. Aliás, não existe interpretação (= compreensão) dissociada da aplicação, afinal de contas, embora distintas<sup>53</sup>, ambas se complementam e condicionam (HESSE, 1991, p.13). A interpretação do direito consiste em concretizar a lei em cada caso, na sua aplicação (GADAMER *apud* GRAU, 2014, p. 47).

Cabe, pois, ao intérprete *dar vida* ao direito a partir da interpretação. Direito é dinamismo. Nesse sentido, deve o juiz, continuamente, adaptar os textos à realidade e não meramente “deduzir” normas a partir dele. O significado dos textos é modificável no tempo e espaço, cultura e historicamente (GRAU, 2014, p. 83). A interpretação adequada é aquela que, a um só tempo, concretiza o sentido da proposição normativa dentro das condições reais de uma determinada situação (HESSE, 1991, p. 22-23).

Já não se fala mais em “revolta dos fatos contra os códigos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 88)<sup>54</sup>, já que, por intermédio do intérprete, os fatos passam a figurar como elementos revitalizadores do ordenamento jurídico, conformando, dando vida ao texto, sem que isso signifique, contudo, “sacrificar” a vontade normativa da proposição legal (HESSE, 1991 p.23). O direito não é jovem e nem envelhece: é contemporâneo à realidade (GRAU, 2014, p. 94).

Advirta-se, porém, que o trabalho criativo do intérprete não se identifica como “fabricação”, mas “reprodução”, visto que a norma (= produto da interpretação) não vem “do nada”, *ex nihilo*, mas, nasce a partir do texto. Aliás, a norma apenas parcialmente encontra-se contida no texto, visto que também a *realidade* e o *caso* a condicionam (GRAU, 2014, p. 26 e p. 44).

Repita-se: o interprete não decide a partir “do nada”, mas a partir do texto.

Segundo Konrad Hesse, diante de uma pluralidade de juízes, o que pode impedir que uma interpretação se converta em uma questão de arbítrio pessoal é sua vinculação ao texto constitucional. Essa limitação é, em verdade, o pressuposto da função racionalizadora, limitadora e estabilizadora da Constituição (1998, p. 69). Sentença legítima é aquela que, partindo do texto, mostra-se objetiva, lógica e persuasiva (1987, p. 185).

Ao fixar os pontos de partida para criação da norma, limita-se, assim, a concretização, não permitindo que o julgador decida em qualquer direção (ADEODATO,

<sup>53</sup> Guastini (*Apud* Eros Grau, 2014, p. 48, nota de rodapé) leciona que a interpretação tem por objetos textos normativos, enquanto a aplicação tem objeto normas, isto é, o produto da interpretação dos textos.

<sup>54</sup> Michel Villey (2003, p. 393) leciona que “nossos ‘horizontes’ são novos, nossos problemas diferentes. Para um cristão, a Torá judaica não tem o mesmo sentido de que se revestiria para os judeus. Da *ilíada* ou da *Odisséia*, dos diálogos de Platão, das peças de Shakespeare, cada terá uma ‘leitura’ particular”.

2009, p. 145). Limita-se, assim, o “efeito arco-iris” da jurisprudência constitucional: quando, diante de casos essencialmente iguais, um Tribunal fixa uma sentença violeta, roxa, e qualquer outra das cinco cores intermediárias (BALLE, 2000 p. 62). Por isso, segundo Friedrich Müller (apud ADEODATO, p. 145-146), a norma é um “elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial”<sup>55</sup>.

Essa vinculação é possível, pois apesar da imprecisão semântica própria das palavras, não se pode negá-las um campo indubitável de significação, não fosse assim, as palavras seriam ruídos destituídos de conteúdos, e, nesse sentido, a comunicação humana tornar-se-ia impossível (MELLO, 2011, p. 28). Independentemente de problemas semânticos ou de sentido, sempre é possível estabelecer a compatibilidade ou incompatibilidade de uma interpretação com o texto (HESSE, 1987, p.184)<sup>56</sup>.

Não se está propugnando por uma “hiper-racionalidade” das decisões, visto estar sempre presente nela um momento subjetivo (PULINO, 2006, p.5)<sup>57</sup>, mas, uma racionalidade *possível* (HESSE, 1998, p. 68). Afinal, a “exatidão dos resultados” próprios das ciências naturais figura uma ficção jurídica, atrás da qual se ocultam as verdadeiras razões incontroláveis da decisão.

Não se está advogando em prol da tese da “única decisão correta” dworkiniana, nem da “mais adequada” streckana (VIEIRA, 2007, p. 232), visto não ser isso possível, em razão de o direito não ser uma ciência matemática exata<sup>58</sup>. Afinal de contas, a própria abertura

<sup>55</sup> Também José M<sup>a</sup> Lafuente Balle (2000, p. 77), leciona: “Em su función interpretativa, el Tribunal está sujeto a un limite cual es el núcleo de certeza de la norma, por pequeño que éste sea” (tradução livre: em sua função interpretativa, o Tribunal está sujeito a um limite que é o núcleo de certeza da norma, por pequeno que esta seja).

<sup>56</sup> O próprio Santo Agostinho (apud AQUINO, 2005b, p.92) declara que “embora os homens discutam leis temporais, quando as instituírem, contudo, uma vez instituídas e confirmadas, não é permitido ao juiz julgá-las, mas julgar segundo elas”.

<sup>57</sup> O professor Carlos Berdal Pulido (2006, p.4), respondendo a objeções feitas ao método da ponderação em sentido estrito, afirma que há uma “dose” de subjetivismo em qualquer método de interpretação. Nesse sentido, os críticos teriam razão ao afirmar que o balanceamento em sentido estrito é formal e não exclui o subjetivismo do juiz, mas isso não quer dizer que o balanceamento seja irracional ou baseado unicamente neste subjetivismo. Aliás, segundo o autor, nem o método silogístico é isento de subjetivismos (no original: “the syllogism is also formal. And this not exclude subjective appraisals either”).

<sup>58</sup> Eros grau (2014, p. 46 e 63) cita como exemplo a metáfora da Vênus de Milo. Se três escultores, com três blocos de mármore iguais entre si forem encomendados a fazer uma Vênus de Milo, ao final será entregue por eles três Vênus de Milo, as quais, embora diferentes entre si, não seriam nenhuma “Vitória de Samotrácia”. Nenhuma delas é a Vênus de Milo, mas uma das Vênus de Milo que podem ser produzidas dentro da *moldura* da obra grega. Ainda que o intérprete se esforce para manter-se fiel ao texto, ele é, sempre, *forçado a ser livre*, visto que não há texto musical, político ou legislativo que não deixe espaço para variações e nuances. Também cite-se o fato de haver uma única interpretação correta ou exata da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: embora a *Pastoral* da Sinfônica de milão possa ser, por exemplo, mais romântica que a *Pastoral* da Sinfônica de Berlim, ambas são autênticas.

semântica da Constituição abre espaço para interpretações divergentes. Segundo José Lafuente (2000, p. 84), as normas constitucionais foram dotadas de imprecisão pelo Poder Constituinte precisamente para atender à sua pretensão de perdurar além da alternância dos partidos do governo.

Condena-se, isso sim, o juiz que decide ao seu bel prazer, a partir de suas convicções pessoais. Em verdade, o intérprete não pode pretender um resultado tal que lhe satisfaça, visto que a interpretação é um fenômeno essencialmente social<sup>59</sup>, devendo, por isso mesmo, alcançar um nível de aceitabilidade geral (Aarnio *apud* COELHO, 2011, p.172).

A interpretação arbitrária é indutiva, e não silogístico-dedutivo<sup>60</sup>. A decisão não parte da norma geral: em vez disso, o julgador decide para depois procurar no sistema o fundamento de sua decisão, “e aí, faz parecer e mesmo pensa que trabalhou dedutivamente, a partir de uma regra posta” (ADEODATO, 2009, p.162). Nesse sentido Adeodato expõe:

Assim, toda norma jurídica é individual. A lei é apenas um texto, um dado de entrada para construção da norma diante do caso concreto. A decisão baseia-se em argumentos normativos, sim, mas não nas normas alegadas, componentes prévios do ordenamento jurídico (...) a decisão é casuística, individual e, nesse sentido, irracional, para os mais extremados. Não há decisão correta, há decisão efetiva.

O texto de lei, seja ela constitucional ou legal, deve ser respeitado – leia-se, “aplicado” – ainda que o juiz não “concorde” com ele. Segundo Antonin Scalia, membro da Suprema Corte norte-americana (GUEDES, 2014b):

Se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado.

Ao indagar se poderia o juiz julgar contra a verdade que conhece, Tomás de Aquino (2005b, p. 174), citando Agostinho, afirma que

O bom juiz nada faz por seu próprio arbítrio, mas se pronuncia segundo as leis e o direito. O que quer dizer julgar conforme as deposições e as provas apresentadas no processo (...) assim, quando julga, deve formar sua opinião, não pelo que sabe como pessoa privada, mas pelo que vem ao seu conhecimento como pessoa pública (...)

<sup>59</sup> Nas palavras de Chaim Perelman (2004, p. 98), o fato de o direito ser, verdadeiramente, um “empreendimento público”, impede que se identifique “o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo”.

<sup>60</sup> Veja-se, por exemplo, a declaração do Ministro do STF Marco Aurélio: OFÍCIO JUDICANTE. POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la (STF, RE 111.787-GO, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 13.09.1991).

quando exerce função pública, deve formar sua consciência com os dados do julgamento público e neles se basear.

Aliás, quando a posição pessoal do julgador prevalece, relegando a segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que se evidencia, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injustiça aleatória e indeterminada da atuação do direito. Perde-se a convicção de que se encontrará no magistrado a mesma resposta que, em situação semelhante, teria-lhe dado outro magistrado. Em situações como essa, além de se perder muito em segurança jurídica e não se sabe exatamente o que se ganha em justiça (GUEDES, 2014).

Deve-se, nesse contexto, diferenciar a *subversão* no plano do *dever-ser* (contra o texto), prática abominável e reprimível, da *transgressão* no plano do *ser* (desenvolvido no plano da realidade), inerente ao sistema capitalista e que deve ser captado pelo ordenamento jurídico como condição mesma de continuidade.

A subversão do texto ocorre, segundo Aarnio (*Apud* GRAU, 2014, p. 91), quando o intérprete produz, a partir dele, uma norma *não correto*. *Correto* é a norma que a) esteja inserida na moldura do direito; b) a justificação seja racional; e c) atenda ao código de valores dominantes. Para Atienza (*Apud* BALLE, 2000, p. 75, nota de rodapé), deve-se observar três aspectos: a) fundamentação consoante os princípios da consistência, eficiência, coerência e generalidade; b) utilização de uma fonte vinculante do direito; c) não utilização de critérios éticos ou políticos como elementos decisivos da fundamentação.

Porém, não se deve ignorar a existência de determinadas situações – excepcionais, diga-se de passagem – em que aos fatos não corresponde, no ordenamento, um texto jurídico. É o caso da ocorrência de *força maior* ou *situação de exceção*, nas palavras do professor Eros Grau (2014, p. 124-132) <sup>61</sup>.

Embora não esteja no *texto*, a *exceção* se situa dentro do *direito* <sup>62</sup>. Cabe ao juiz, então, decidir regulando situações de *exceção* <sup>63</sup>. Nessa senda, conforme ensina Agamben (*Apud* GRAU, 2014 p. 125), o juiz aplica a norma à exceção *desaplicando-a*, retirando-a da exceção, para, então, incluir esta no Direito.

<sup>61</sup> Interessante exemplo de uma situação de exceção é descrita no HC 94.916, julgado pelo STF, no qual, diante das peculiaridades do caso concreto (a paciente apresentava estado de saúde debilitado e dela dependia economicamente a filha), o ministro Eros Grau proferiu seu voto pela liberdade da ré, mesmo diante da regra segundo a qual é incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes (GRAU, 2014, p. 130-132).

<sup>62</sup> Como bem lembrou Eugênio Pacelli, “o Direito é regra, mas é, também exceção” (OLIVEIRA, 2014. p. 49).

<sup>63</sup> Chaim Perelman lembra que, mesmo nesses casos em que o juiz preenche a lacuna decorrente de uma situação de exceção, há quem afirme que tal decisão é contrária à lei, “e que se criou uma ‘falsa lacuna’ para não ter de conformar-se às prescrições legais imperativas” (PERELMAN, 2004, p. 108).



Embora o texto não a alcance, a exceção deve ser tratada em coerência com a ordem jurídica, por isso, ao regulá-la, não pode o juiz se afastar do ordenamento. Em tais situações, justamente por não estarem descritas nos textos jurídicos que compõem o ordenamento, é inviável recorrer à analogia.

É justamente a captação dessas exceções pelo ordenamento jurídico que dão estabilidade, regularidade e harmonia ao sistema jurídico. Daí porque, muitas vezes, a decisão para ser justa conforme a lei deve *transgredir* o texto da lei: enquanto a *subversão* fulmina texto, a *transgressão* o conserva. Por isso, nas brilhantes palavras de Michel Villey (2003, p.445) “existem casos em que seguir a lei, *cumpri-la*, significa superá-la. Um bom discípulo não tem medo de superar o mestre apoiando-se, corporativamente, nos trabalhos do mestre”.

A defesa que ora se faz ao texto, ao direito positivo, não se trata de apoio ao positivismo, conceito em torno do qual circunda alguns mal entendidos.

Aplicar a “letra fria da lei” não é uma atitude positivista, mas democrática. O positivismo legalista concebe o direito como sistema fechado, com a crença irreal que o universal domine e suplante os particularismos, e que, por isso mesmo, não admite exceções (GRAU, 2014, p. 26). Confundia texto e norma, lei e direito, e possuía a crença em torno da qual ao juiz era proibido interpretar (STRECK, 2010, p. 170). Em todas as suas formas, o positivismo era *descritivista*, pretendendo que o direito seja um *dado* e que a ciência jurídica se limite a descrevê-lo (ROBLES, 2005, p. 8).

Hoje, vale dizer, saímos de um legalismo rasteiro que identificava o direito como lei, para um ideal de legalidade que só se constitui sob a égide da constitucionalidade. Afinal de contas, segundo Elías Diaz (*apud* STRECK, 2014), em tempos de estado democrático, a legalidade será sempre uma legalidade constitucional. De modo que, obedecer à “letra fria da lei” democraticamente construída não se confunde com a “exegese à moda antiga”. Antes a moral ficava de fora, hoje ela é co-originária (STRECK, 2010, p. 170).

O uso de princípios para contornar o texto legal ou constitucional sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) é prestigiar a irracionalidade e os decisionismos. Aliás, fala-se hoje não mais em controle de constitucionalidade das leis, mas em controle de proporcionalidade e razoabilidade das leis (GRAU, 2014, p. 136)<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Segundo o ex-ministro Eros Grau (2014, p. 132-136), a proporcionalidade e a razoabilidade não são princípios, mas *pautas de aplicação* do direito, vale dizer: o momento de usar tais recursos é na produção *da norma de decisão* (segundo momento interpretativo), e não na produção da *norma jurídica* (primeiro momento). Seu frequente recurso pelo Supremo Tribunal Federal tem excluído, de forma indevida, determinadas situações da incidência das normas no sistema: ao interpretar os textos que incidiriam sobre

Por isso, na linha do professor Lênio Streck (2010, p. 171-172), propugna-se que apenas seja “lícito” ao judiciário deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional, através de sua declaração de inconstitucionalidade (difusa ou concentrada); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição<sup>65</sup>; d) quando aplicar a nulidade parcial “sem” ou “com” redução de texto e, por fim, f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio constitucional<sup>66</sup>.

Quando a esta última hipótese, deveras comum<sup>67</sup>, a aplicação do princípio deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, para que se possa retirar uma generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em arbitrariedades e decisionismos, em que cada juiz tem seu próprio conceito.

#### 4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E MEDICAMENTOS

Tema que tem batido recorrentemente a porta do Poder Judiciário diz respeito às políticas públicas, e, em particular, ao fornecimento de medicamentos.

Reportando-se ao Brasil, Barroso cita os danos que vem trazendo ao país decisões inconsequentes, como clara manifestação de um “ativismo despreparado”<sup>68</sup>, decorrente da judicialização excessiva em torno do setor da saúde (BARROSO, 2008, p. 16-17):

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação de recursos públicos.

---

determinados fatos à luz do princípio da proporcionalidade, consuma-se a exclusão. Enquanto a captação da *exceção inclui*, o recurso à razoabilidade e à proporcionalidade *exclui*.

<sup>65</sup> Lênio Streck criticou duramente a decisão do Supremo em reconhecer a aplicabilidade da união estável às uniões homoafetivas. Além de subverter o texto constitucional que fala em “homem” e “mulher”, a via eleita para conferir tal paridade, “a interpretação conforme a constituição” seria inidônea, já que não se pode dar a um texto legal (o Código Civil) interpretação conforme a Constituição, se esta diz exatamente a mesma coisa. Deveria ter sido utilizada a “nulidade parcial sem redução de texto”, conforme ressalvado pelo ministro Carlos Ayres Britto em seu voto por ocasião do referido julgamento (STRECK, Lênio. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)**. Disponível: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-uniões.html>>. Acesso em: 13 out. 2014).

<sup>66</sup> Também o professor Luís Roberto Barroso (2010, p. 394, grifo nosso) assim conclui nesse sentido: “o reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobrepor ao legislador, *a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade*.”

<sup>67</sup> Cite-se, por exemplo, a ocasião em que deixa de se aplicar a penalidade do art. 155, do CP (furto) para, dada as peculiaridades do caso concreto, aplicar o princípio da insignificância.

<sup>68</sup> Expressão emprestada de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 596).

Também inconsequente tem sido algumas posições doutrinárias no que tange à efetivação de determinadas políticas públicas pelo judiciário, ao desconsiderar os efeitos das decisões judiciais. Vejamos a posição de Celso Antônio B. Mello a respeito do salário mínimo (2011, p. 50):

Sem dúvida, é de todo conveniente que a lei, tal como previsto na Constituição, o estabeleça. Nada obstante, se houvesse omissão legal, caberia a qualquer trabalhador a quem fosse pago salário abaixo do indispensável para o atendimento das necessidades aludidas acionar o Estado para que cumprisse o dever constitucional. E o *quantum* devido seria ficado pelo juiz da causa, que nisto exerceria função nada diferente da que lhe assiste em inúmeros casos em que, por dever de ofício, reconhece o alcance e a extensão de outros conceitos vagos e imprecisos<sup>69</sup>.

Ora, imagine-se quantas empresas seriam fechadas e a catástrofe que seria na economia decisões como essas, que fixariam ao “bel prazer” do magistrado quantias mínimas aos trabalhadores. Por isso, argumenta João Maurício Adeodato, em certa medida “a ineficácia é parte importante no funcionamento do sistema” (2009, p.128), devendo a atuação jurisdicional deve ser “gradual e controlada”, “fazendo a Constituição aos poucos”: não se pode, pois, “destemporalizar” o texto (2009, p.148).

Nesse contexto, critica-se que, em face do próprio desenho institucional, o Judiciário não possui uma visão global dos recursos disponíveis ou das necessidades a serem supridas. Ademais, já que o povo é quem paga tributos, é ele, através dos seus representantes, quem deve decidir de que modo os recursos devem ser gastos. Tais decisões provocariam ainda uma desorganização administrativa, uma que vez que privariam a Administração da capacidade de planejar. Diz-se, por fim, que o judiciário, nesses casos, privilegiaria aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja porque conhecedores de seus direitos, seja porque podem arcar com seus custos (BARROSO, 2010, 891-896)<sup>70</sup>.

Não se pode dizer que as referidas críticas são infundadas<sup>71</sup>. Mas também não se pode taxá-las insuperáveis. Diante do evidente risco de afetar as finanças públicas e o próprio planejamento administrativo do ente estatal, as decisões que versem sobre as referidas matérias devem ser precedidas por uma avaliação de seus efeitos sistêmicos, bem como da própria capacidade institucional do Judiciário no enfrentamento da referida matéria.

<sup>69</sup> Nos últimos anos, tem crescido o descontentamento e a insatisfação tanto com o impacto orçamentário cada vez maior dos litígios, quanto com a efetiva “gestão judicial” de determinadas políticas sanitárias e educacionais (HOLFFMANN; BENTES, 2010, p. 412).

<sup>70</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto (2010, p. 519-534) cita críticas principiológicas (liberais e democráticas) e críticas institucionais (financeira, administrativa, técnica, econômica e de acesso à justiça).

<sup>71</sup> Não se pode ignorar, por exemplo, que garantir prestações a alguns através de demandas judiciais, implica “retirar recursos do bolo que serve os demais” (SARMENTO, 2010, p. 582).

Cass Sunstein (SUNSTEIN; VERMEULE 2002, p. 3-4) argumenta que as questões envolvendo a interpretação são debatidas com alto grau de abstração: hoje, fala-se muito em legitimidade, democracia, autoridade e constitucionalismo. Todavia, grandes teorias interpretativas propostas por Jeremy Bentham, Hart, Albert Sacks, Dworkin e Richard Posner, apenas para citar alguns, são incompletas e fracassam na medida em que eles se comportam como se a única questão fosse como “nós” devemos interpretar o texto.

Desse modo, o professor de Harvard propõe que se leve em consideração na atividade interpretativa as “capacidades institucionais” e os “efeitos sistêmicos”<sup>72</sup> da decisão judicial (SUNSTEIN; VERMEULE 2000, p. 3). A pergunta principal que devemos fazer não é “como, em princípio, um texto deve ser interpretado?”, mas, em vez disso, “como certas instituições, com seus traços distintos de habilidade e limitações, interpretam certos textos?”. Por isso, diz o autor, se juízes capacitados podem confiadamente decidir se a interpretação literal de um termo é absurda, fica fortalecido o argumento para rejeitar a literalidade; se, porém, tem-se em vista que os juízes capacitados são altamente falíveis, a literalidade certamente mostrará grandes virtudes.

A capacidade institucional envolve a escolha do Poder mais habilitado para proferir a melhor decisão, tendo em vista aspectos *técnicos e científicos* de complexidade tal que não encontre no juiz o personagem mais qualificado. Os efeitos sistêmicos, por sua vez, diz respeito à incapacidade do juiz de avaliar, em grande parte dos casos, o *impacto* de suas decisões sobre a realidade de determinado segmento econômico ou na prestação de determinado serviço público. Isso se explica pelo fato de que “o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a *microjustiça*” (BARROSO, 2014, p. 16, grifo nosso).

A avaliação de sua (in)capacidade institucional e a (in)viabilidade de antever os efeitos sistêmicos de suas decisões deve ser levada em conta pelo Poder Judiciário diante de tais circunstâncias, sob pena de, eventualmente, causar graves prejuízos às finanças estatais e à atividade administrativa como um todo.

Um paliativo que certamente não eliminaria o problema da falta de *expertise* dos juízes, mas, ao menos, o atenuaria, seria o recurso, de forma mais frequente, a peritos e instituições independentes com reconhecida capacidade técnica na área de discussão (SARMENTO, 2010, p. 582), principalmente quando se leva em conta que os problemas

---

<sup>72</sup> O termo “*dynamic effects*” utilizado pelo autor foi traduzido por Luís Roberto Barroso como “*efeitos sistêmicos*”, motivo pelo qual usar-se-á este último termo no presente trabalho.

relacionados à efetividade dos direitos sociais estão relacionados muito mais a *desvios* na execução das políticas públicas do que em *falhas* na elaboração dessas políticas<sup>73</sup>.

Por isso, controlando as políticas públicas já existentes, o judiciário conseguiria pensar, de forma global, os direitos sociais, respeitaria as políticas públicas já planejadas pelos poderes políticos, não faria realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizaria com maior eficiência os direitos sociais (SILVA, 2010, p.598)<sup>74 75</sup>.

No que concerne ao problema do acesso limitado de informações do juiz no processo, que se deve ao próprio modelo judicial processual - pensado para resolver questões bilaterais de âmbito privado -, a maior participação de terceiros na lide, como por exemplo, os *amici curiae*, ampliaria a “visão de túnel” do juiz, ampliando seu acesso a informações e a pontos de vista diversificados (SARMENTO, 2010, p. 583).

Também Cláudio Pereira de Souza Neto (2010, p.542-543) propõe parâmetros para uma atuação mais eficaz do judiciário, dentre os quais: a) quando houver divergência entre a solução técnica apresentada previamente pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira deve ter prioridade sobre a segunda; b) se, diante de um mesmo problema, existir duas soluções técnicas adequadas, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos; c) o controle jurisdicional deve ser mais ou menos intenso a depender se a Administração investe consistentemente ou não em direitos sociais.

Ocorre que, diante de complexidade técnica ou científica *insuperável*, o Judiciário, após avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, deve optar por não exercer o poder, numa autêntica auto-limitação espontânea, a fim de prestigiar as manifestações do Legislativo e do Executivo, e ceder, assim, o passo para “juízos discricionários de razoabilidade” (BARROSO, 2014, p. 16-17).

---

<sup>73</sup> Exemplo disso está no fato de que grande parte das demandas em que se requer a concessão de medicamentos possuem como causa de pedir medicamentos já previstos em políticas governamentais: o que os demandantes pleiteiam, em grande parte dos casos, é garantir que o fornecimento do medicamento não seja interrompido por problemas na execução da política pública (SILVA, 2010, p. 598).

<sup>74</sup> Daniel Sarmiento cita um interessante caso ocorrido na África do Sul. A Corte constitucional sul-africana foi provocada a se manifestar, no ano 2000, no caso que ficou conhecido como *Grootboom*. Na época, centenas de pessoas miseráveis que estavam vivendo em barracas de plástico reivindicaram do Estado abrigos adequados. Apesar de não reconhecer direito subjetivo à moradia para essas pessoas, o tribunal resolveu controlar as políticas públicas de moradia do governo africano. Para tanto, ordenou que a política fosse reformulada, a fim de contemplar medidas de alívio imediato para aquelas pessoas, sem, todavia, delimitar providências a serem adotadas. Então, para viabilizar uma fiscalização mais adequada da execução da sua decisão, “a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* e prestígio na África do Sul em matéria de direitos sociais, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal” (SARMENTO, 2010, p. 582).

<sup>75</sup> Nesse sentido, torna-se necessário repensar o papel do judiciário, o foco de ação do Ministério Público e o próprio diálogo entre os poderes (SILVA, 2010, p. 598),

Como bem lembrado por Daniel Sarmento (2010, p. 583), “quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário”.

Nas demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos, por sua vez, Luís Roberto Barroso traça interessantes parâmetros para atuação do judiciário: em relação às ações individuais, a atuação judicial deve limitar-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas feitas pelos entes federativos<sup>76</sup>; no seio das ações coletivas *lato sensu* é possível discutir a inclusão de novos medicamentos, de forma excepcional<sup>77</sup>, e, nesses casos, o judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de comprovada eficácia, excluindo-se os experimentais ou alternativos e privilegiando aqueles de menor custo, como os genéricos, devendo, ainda, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional (BARROSO, 2010, p. 902-903)<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Essa proposta decorre da própria legitimidade democrática: já que os recursos vertidos para saúde são obtidos através da cobrança de tributos, é o próprio povo quem deve decidir, através de seus representantes, de que modo devem os recursos públicos serem gastos (BARROSO, 2010, p. 897).

<sup>77</sup> Argumenta-se que a discussão coletiva implicará uma análise mais geral das políticas públicas discutidas. Os legitimados ativos terão melhores condições para trazer aos autos tais elementos e se terá uma ideia mais realista da necessidade e a quantidade de recursos como um todo. Ademais, a decisão eventualmente produzirá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade no atendimento da população. (BARROSO, 2010, p. 899).

<sup>78</sup> Aqui, a razão reside no fato de que existe a “necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário” (BARROSO, 2010, p. 901).

## 5 CONCLUSÃO

Verificou-se, portanto, que a eficácia social ou efetividade das normas subjetivas constitucionais, objeto do presente trabalho, não pode confundir-se com outros atributos que são próprios a estas, a saber, validade, vigência, eficácia e vigor.

Quanto à análise do fator legal, constatou-se, a partir de decisões judiciais, que a ausência de norma regulamentadora tem sido obstáculo à efetividade dos direitos subjetivos constitucionais. Verificou-se, que parte da doutrina – por exemplo, Leonardo Martins e José Afonso da Silva – veem na falta de uma lei ou decreto regulamentador, um obstáculo intransponível para efetivação dos direitos subjetivos fundamentais pendentes de regulamentação, enquanto outros – destaque-se Celso Antônio Bandeira de Mello e Néviton Guedes – enxergam o Poder Judiciário como órgão idôneo a colmatar tais lacunas.

Constatou-se que as normas constitucionais programáticas não podem mais ser vistas como meras diretrizes destituídas de valor jurídico vinculante, mas, em vez disso, devem ser encaradas como programas governamentais mínimos e obrigatórios de todas as esferas de governo, veiculando ainda direitos subjetivos negativos dos indivíduos para com o Estado.

Descobriu-se, ainda, que toda análise a respeito da efetividade das normas deve ser precedida, necessariamente, pela investigação do orçamento estatal. Em vista da limitação de recursos orçamentários, os órgãos públicos tem arguido em sua defesa em juízo a chamada “reserva do possível”, a qual, somada aos problemas estruturais que o Brasil vem sofrendo, tem limitado sobremaneira a implementação dos direitos sociais. Nada obstante, há quem defenda – Leonardo Martins – a ilegitimidade da “reserva do possível”; outros, no entanto, condicionam a sua discussão – reconhecendo, portanto, sua legitimidade – ao atendimento prévio do “mínimo existencial” – é o caso da professora Ana Paula Barcellos.

Não dissociado da falta de regulamentação e das limitações econômico-orçamentárias do Estado, encontrou-se também o fator ideológico de controle social, o qual constitui um dos obstáculos à incidência plena dos direitos fundamentais. Saliente-se, nesse contexto, a confirmação de valores sociais, a demonstração da capacidade de ação do Estado e a fórmula de compromissos dilatatórios como propósitos ocultos dos agentes estatais no cenário de descaso dos direitos. Saliente-se, todavia, que a eficácia simbólica, por vezes, cumpre finalidades legítimas, tal como ocorre com o salário-mínimo.

Nesse contexto de ineficácia dos direitos subjetivos constitucionais, viu-se que os tribunais brasileiros tem sido cada vez mais provocados a se manifestarem a respeito de

assuntos normalmente debatidos pela população por meio dos seus representantes políticos. Tais demandas envolvem, dentre outras, a legitimidade da união estável de casais homoafetivos, a concessão de políticas públicas e o fornecimento de medicamentos. A esse fenômeno de expansão de competência do Judiciário, como já citado, dá-se o nome de *ativismo judicial*.

Se por um lado é certo que a expansão do Poder Judiciário brasileiro foi referendada por arbítrio do próprio Constituinte Originário, o qual, no exercício de seu poder político, positivou os mais variados e diversos temas na Carta Magna; por outro lado, viu-se que a crise de representatividade dos poderes políticos, tem feito a sociedade órfã da tutela estatal enxergar no Poder Judiciário a figura do “pai”, o “superego” que esteve ausente por tantos anos.

Constatou-se que doutrinas nacional e estrangeira não são unânimes quanto a este fenômeno: há teses favoráveis e desfavoráveis.

Alguns doutrinadores veem com bons olhos o despertar do aparato estatal judiciário para corrigir as omissões perpetradas pelo Poder Legislativo e Executivo. Advogando a tese segundo a qual o juiz é co-partícipe da produção do Direito, afirmam que o Judiciário nada mais faz do que cumprir seu papel de tutelar os valores Constitucionais, motivo pelo qual o argumento da ilegitimidade representativa deve ser afastada.

Nesse contexto, apareceram então teses doutrinárias promulgando uma releitura dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a fim de conferir maior liberdade ao judiciário nas decisões das questões constitucionais.

Outros doutrinadores, apesar de reconhecerem o fenômeno do ativismo judicial como consequência do modelo constitucional vigente, alertaram para a inexistência de controle de responsabilização política dos juízes, advertindo ainda para o fato de que decisões que substituem os poderes políticos promovem um amesquinamento do sistema representativo. Ademais, sustentaram que as decisões judiciais de expectativas não selecionadas pela lei causam danos à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, diante de todos os argumentos desfavoráveis já mencionados, e dos perigos que decisões judiciais na área de políticas públicas e medicamentos podem causar às finanças estatais e ao planejamento administrativo torna-se necessário que o judiciário esteja adstrito a certos limites.

Nesse sentido, deve-se rechaçar decionismos “maquiavélicos”, os quais, sob pretexto de realizar determinados fins, acabam por se valer de *quaisquer meios*, inclusive *violentos*,



para atingi-los: violenta-se o ordenamento jurídico e as instituições democráticas. Todavia, a violência aos cidadãos perpetrada pelas omissões estatais é algo que, semelhantemente, deve ser combatido.

Se for para efetivar e concretizar os direitos – o que é dever de todo Juiz – deve o Magistrado implementá-los de forma responsável, vale dizer, em respeito às diretrizes legais, às capacidades institucionais e considerando os efeitos sistêmicos das decisões.

Desse modo, considerando a diferenciação entre texto e norma como produtos da atividade legiferante e judicial, respectivamente, reconheceu-se o caráter criador da interpretação jurisdicional, nada obstante seja vedado ao Juiz desprezar o texto legal, a não ser em hipóteses de exceção e diante da necessidade de lançar mão da jurisdição constitucional.

A averiguação de sua capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos de suas decisões deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário na hora de decidir matérias atinentes a políticas públicas e a concessão de medicamentos, a fim de efetivar direitos subjetivos constitucionais “esquecidos” pelos poderes políticos sem desorganizar as atividades administrativas e a alocação de recursos públicos.

Assim, em uma proposta conciliatória, propugna-se por um ativismo que respeite e não subverta o texto, seja ele legal ou constitucional, abrindo mão dele apenas nas hipóteses já elencadas, que respeite suas capacidades institucionais, que anteveja os efeitos dinâmicos de suas decisões, e que atue dentro de parâmetros claros e pré-estabelecidos em matéria relativa às políticas públicas como um todo, e no fornecimento de medicamentos, em particular.

Ressalte-se que esses parâmetros ou limitações descobertos no presente trabalho configuram diretrizes *mínimas* a que o juiz deve se submeter para conferir racionalidade às suas decisões, o que não impede que outras limitações venham a ser descobertas por meio de novas pesquisas, dada a amplitude e a complexidade do tema.

## REFERÊNCIAS

ADEONATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. v. IV. São Paulo: Edições Loyola, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Suma teológica**. v. VI. São Paulo. Edições Loyola, 2005b.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade órfã. **R. CEJ**, Brasília, n. 30, jul./set. 2005.

BALLE, José M.<sup>a</sup> Lafuente. **La judicialización de la interpretacion constitucional**. Madrid: Editorial Colex, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Plataforma Democrática. Disponível: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 26 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o poder simbólico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 5ª Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Cap. 1, p. 7-16.

BRASIL. Código (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 10518130125322001 MG**. Relator: Antônio Sérvulo. Data de Julgamento: 11/02/2014, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 25/02/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 10418120011162001 MG**. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de Julgamento: 27/06/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 05/07/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70060015500**. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data do julgamento: 02/07/2014, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/07/2014).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº 83132 RN 2008.008313-2**. Relator: Des. Osvaldo Cruz. 2ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 29/09/2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 398140 SC 2007.039814-0**. Relator: Orli Rodrigues. Data de Julgamento: 02/05/2008, Segunda Câmara de Direito Público, Chapecó.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Apelação Cível nº 50011003120124047017 PR 5001100-31.2012.404.7017**. Relator: Marga Inge Barth Tessler. Data de Julgamento: 12/03/2014. TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: D.E. 17/03/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 5ª Região. **Apelação Cível nº 200881000047310**. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Data de Julgamento: 10/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso. **OPC: 668 MT**. Relator: Licínio Carpinelli Stefani, Data de Julgamento: 23/09/2003, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 28, Tomo 6737, Data 24/09/2003, Página 21.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CASTRO, Fernanda Barroso; MAIA, Christianny Diógenes. A efetividade dos direitos sociais e o ativismo judicial. **Revista de direitos sociais**, Fortaleza, v.1, n. 4. p. 119 – 134. fev. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONJUR. **Revista Consultor Jurídico**. Pesquisa de opinião. População confia mais no STF que no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>>. Acesso em: 13 out. 2014.

COSTA, Judith Martins-Costa. **A re-significação da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos:** a segurança como crédito de confiança. R. CEJ, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico.** Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. . **ADPF 45/DF.** Rel. Min. CELSO DE MELLO. Informativo/STF nº 345/2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. O mundial e as despesas do governo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/05/82605-o-mundial-e-as-despesas-do-governo.shtml>. Acesso em: 20 out. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014

GUEDES, Néviton. **A concretização de direitos sociais pelo Judiciário.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **O juiz entre o ativismo e a autocontenção.** Revista Consultor Jurídico, colunas, julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e validade. 4 ed. v. 1. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1997. Cap. 1, p. 48-51.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Sergio Fabris. 1998.

\_\_\_\_\_. **El texto constitucional como límite de la interpretación.** In: Division de poderes e interpretacion: hacia una teoria de la praxis constitucional. Editorial Tecnos, 1987.

HOLFFMAN, Florian F; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 383-416.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1999.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. 2008. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/ DF, 2008.

\_\_\_\_\_. **O novo superego de um país órfão**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-novo-superego-de-um-brasil-orfao>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. v.1. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183-185

MARRAFON, Marco Aurélio. **Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/constituicao-poder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Constituição “conforme” do STF**. Disponível em: <<http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=33808>>. Acesso em: 9 dez. 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. *Themis Revista da ESMEC – Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza: ESMEC, v. 6, n. 2, p. 1-403, ago./dez. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 515-552.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PERELMAN, Chaim Perelman. **Lógica jurídica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. **The Rationality of Balancing**. in: Archiv für Rechts- und Sozia Philosophie, Vol. 92, Heft. 2, 2006, p. 195 - 208.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. São Paulo: Manole, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: uma leitura externa do direito. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. O tribunal Penal Internacional em face da Constituição Brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. In: LIMA, Marina C.A (org.). **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 157-188.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Com Revisão: CR 9337195800 SP. Relator: Moacir Peres. 23/11/2009. **Diário Oficial [de São Paulo]**, São Paulo, 29 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. 7ª Câmara de Direito Público, **Acórdão nº 9337195800**, Relator: Moacir Peres. Data de Julgamento: 23/11/2009

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury. **O orçamento mínimo social garante a execução de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-20/orcamento-minimo-social-entre-liberdade-vinculacao>>. Acesso em: 15 set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, jan-abr 2010.

\_\_\_\_\_. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)**. Disponível: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 587-599.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago Public Law and Legal. Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

TJSP. **Câmara Especial determina que Prefeitura de São Paulo crie novas vagas para Educação Infantil**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>>. Acesso em: 13 out. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: Silva, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 217-254.

\_\_\_\_\_. **Experimentalismo Judicial**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/experimentalismo-judicial>>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. In: **Revista GV**, n. 8. São Paulo: 2008. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf)>. Acesso em: 13 out 2014.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito, os meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.