

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO

**A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, A JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS E O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.**

BRASÍLIA-DF

2018

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS E O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP),
como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito
Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Júlia Maurmann
Ximenes

BRASÍLIA-DF

2018

Gentil Ferreira de Souza Neto

A força normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo.

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP),
como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito
Constitucional.

Brasília, 12 de junho de 2018

Prof^a Dr^a. Julia Maurmann Ximenes
Orientadora

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Saul Tourinho Leal
Membro da Banca Examinadora

À minha família

“A fé é a certeza daquilo que ainda se espera, a demonstração de realidades que não se vêem” (Hb, 11, 1)

“A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”. (HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 18)

“Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso”. (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51)

RESUMO

Partindo da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse e tendo como objetivo a efetivação coletiva dos direitos fundamentais (considerando a realidade factível de um país ainda em desenvolvimento como o Brasil), pretende-se contribuir com o estudo da judicialização das políticas públicas por meio do novo instituto denominado “compromisso significativo” – o qual, superando a dicotomia entre substancialistas e procedimentalistas, parece representar uma alternativa viável como meio-termo entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a completa ingerência do Poder Judiciário na definição das políticas públicas.

Palavras-chave: Teoria da Força Normativa da Constituição, Efetivação dos Direitos Fundamentais, Judicialização das Políticas Públicas, Compromisso Significativo.

ABSTRACT

Based on Konrad Hesse's Theory of the Normative Force of the Constitution, and having as an objective the collective realization of fundamental rights (considering the feasible reality of a country still under development such as Brazil), this dissertation intends to contribute to the study of the judicialization of public policies by a new institute known as "meaningful engagement" - which, overcoming the polarity between the substantialists and proceduralists, seems to represent a viable alternative between the impossibility of judicialization of administrative discretion and the complete intervention of the Judiciary in the definition of public policies.

Keywords: Theory of the Normative Force of the Constitution, Effectiveness of Fundamental Rights, Judicialization of Public Policies, Meaningful Engagement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - FORÇA NORMATIVA E EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO	12
1.1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.	12
1.2. A TEORIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A EFETIVIDADE/EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	21
1.3. A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL E A PREVISÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO; O PROBLEMA DA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO.....	25
1.4. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E A CRÍTICA QUANTO AO DISTANCIAMENTO DA REALIDADE.....	32
CAPÍTULO 2 - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	36
2.1. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.	37
2.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.	45
2.2.1. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
2.2.2. ACESSO À JUSTIÇA, PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV, CF) E PROIBIÇÃO DO NON LIQUET.....	51
2.2.3. PODER CRIATIVO DOS JUÍZES.....	53
2.3. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS..	56
2.3.1. LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.	59
2.3.2. O PROBLEMA DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO.	67
2.3.3. OS CUSTOS DOS DIREITOS: A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO (EFEITO CLIQUET) E A RESERVA DO POSSÍVEL (LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA).	69
2.4. ASSUNÇÃO DE NOVOS INSTITUTOS.	72

CAPÍTULO 3 - COMPROMISSO SIGNIFICATIVO	84
3.1. INSUFICIÊNCIA DA ATUAL PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.	85
3.1.1. IMPREVISIBILIDADE DE RESULTADOS POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO.	86
3.1.2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	90
3.2. A NECESSIDADE DE CONCILIAÇÃO E DE ELABORAÇÃO DE UMA NOVA TÉCNICA DE DECISÃO. O PAPEL DE MEDIADOR DA JUSTIÇA.....	93
3.3. COMPROMISSO SIGNIFICATIVO. HISTÓRICO E EXPERIÊNCIA DA ÁFRICA DO SUL.	99
3.3.1. VISÃO GERAL DO INSTITUTO. A CONSTITUIÇÃO E A CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL.....	100
3.3.2. CASOS.....	105
3.3.3. REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.....	113
3.4. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	118
3.4.1. (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO NORMATIVA.	119
3.4.2. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS ADEQUADOS À UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO.	122
3.4.3. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ADEQUAÇÃO AO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.	126
3.4.4. VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	130
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo traçar as bases para a análise da possibilidade da judicialização das políticas públicas, bem como intenta apontar a novel técnica de decisão denominada “compromisso significativo” como eventual instituto propício à consecução da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

O problema de pesquisa, portanto, poderia ser assim definido: considerando-se que a execução das políticas públicas deve atender aos interesses públicos por meio da efetivação dos direitos fundamentais e, tendo-se como premissa que a efetivação destes direitos está intrinsecamente ligada à implementação e execução de determinados atos/conduas da Administração Pública, de que forma (e em que medida) poderia o Poder Judiciário promover esse controle jurisdicional? A técnica do compromisso significativo poderia ajudar nessa efetivação dos direitos fundamentais?

Partindo-se da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse e da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, o presente trabalho busca superar a dicotomia entre substancialistas e procedimentalistas quanto ao tema da judicialização das políticas públicas.

Nessa linha, as hipóteses do trabalho partem do entendimento de que a efetivação depende da ação do Estado através da implementação de políticas públicas condizentes com os fins que se deseja atingir, supondo-se que o controle jurisdicional seja possível nos moldes da teoria que defende que as mesmas são sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Para tanto se propõe a adoção pelo Judiciário de um novo instituto capaz de aproximar as partes litigantes e que possibilite a superação dos argumentos contrários a uma atuação mais desinibida da Justiça. Essa técnica originária da Corte Constitucional da África do Sul denominada “*meaningful engagement*” fora traduzida para o português como “compromisso significativo” – o qual tem enorme potencial de promover uma solução intermediária entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a escolha indiscriminada do Poder Judiciário na definição das Políticas Públicas, de modo a efetivar os direitos fundamentais de modo mais abrangente.

Desta feita, considerando esses elementos norteadores, o trabalho encontra-se dividido em três partes.

No primeiro capítulo a dissertação estabelece seu marco teórico na Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse, apoiando-se nela para demonstrar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos previstos na Carta Magna, notadamente com a passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social. Assim, imprescindível tentar entender, primeiramente, a evolução no conceito de Constituição a partir de suas origens.¹

Nesse sentido, por ser uma teoria que não se afasta da realidade do país no qual está inserida a pretensão de eficácia, os ensinamentos de Hesse se mostram bastante atuais e têm enorme valia para explicar as virtudes, os defeitos e os limites da judicialização das políticas públicas. Essa categoria teórica será uma constante no decorrer de todo o trabalho, influenciando os caminhos a serem trilhados pelo presente estudo.

Seguindo essa linha, a judicialização das políticas públicas, propriamente dita, é o tema do capítulo segundo, através do qual se pretende demonstrar os argumentos favoráveis e desfavoráveis a esta atuação mais criativa do Poder Judiciário – argumentos esses que se resumem nas defesas das teses procedimentalista e substancialista. Em que pese esta dicotomia, as discussões atuais levam à compreensão de que nem uma nem a outra estão totalmente corretas ou erradas. Em verdade, cada uma tem a sua utilidade na medida em que se busca um meio-termo entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a completa ingerência do Poder Judiciário na definição da escolha das Políticas Públicas. Esse estudo é importante principalmente diante de novos institutos que passam cotidianamente a ser utilizados pelos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, notadamente quando se discute a aplicabilidade de direitos fundamentais de forma coletiva e generalizada.

Todo esse imbróglgio desemboca naquilo que se apresenta como possível solução para a superação das contradições entre a vertente que se apóia numa clara separação de poderes e aquela outra que entende possível a ultrapassagem de todos os limites das funções do próprio Poder Judiciário, imiscuindo-se no mérito das funções dos demais Poderes.

Assim, no terceiro capítulo, apresenta-se o compromisso significativo – o qual, na medida em que aproxima as duas visões, pode significar esse meio-termo capaz de promover uma melhor atuação dos poderes constituídos na efetivação dos direitos estampados na Constituição Federal. Para isso, far-se-á estudo sobre a insuficiência da atual prestação

¹ O texto inicial para essa compreensão é o livro “Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias” escrito por Dieter Grimm em coautoria com Heinz Mohnhaupt. Esse escrito guiou para outros autores de grande envergadura, tais como Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. A partir desse ponto, teve-se contato com a análise das Constituições programáticas/dirigentes do Século XX e o conseqüente surgimento de teorias que emprestam força ao ativismo judicial e à judicialização das políticas públicas.

jurisdicional, passando-se ao novo papel de mediador/conciliador do Judiciário, para então estudar a origem do instituto na Corte Constitucional da África do Sul, dissertando sobre os casos pioneiros nos quais se utilizou a novel técnica, bem como sobre as matérias passíveis de ser submetidas ao crivo dela; tudo isso levando à compreensão da possibilidade de, *mutatis mutandi*, incorporação ao ordenamento jurídico pátrio nas mais diversas qualidades de processo, tendo em vista a experiência do direito comparado demonstrar a ocorrência de maiores vantagens frente às desvantagens.

Dessa forma, analisando o objeto de pesquisa, busca-se contribuir com o estudo da judicialização das políticas públicas com o intuito de promover uma sólida efetivação dos direitos fundamentais em nível coletivo (pautada na realidade factível de um país ainda em desenvolvimento como o Brasil), com a participação cada vez mais presente da sociedade no processo de escolha e decisão. Assim, vislumbra-se o compromisso significativo como sendo uma alternativa viável a partir das categorias assumidas no trabalho.

CAPÍTULO 1 - FORÇA NORMATIVA E EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO.

1.1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.

Com o objetivo de analisar a utilidade de institutos como o compromisso significativo, imprescindível fazer breve estudo sobre a evolução do conceito de Constituição até chegar ao modelo de Constituição programática/dirigente – a qual exige/demanda efetividade por parte de seus destinatários.

Para esse mister, parte-se de trabalho elaborado pelo jurista alemão Dieter Grimm – o qual compendiou diversos escritos históricos que precederam a Constituição como se conhece hoje.²

De acordo com os ensinamentos de Grimm,

na segunda metade do século XVIII podemos observar uma tendência geral à juridificação do poder de Estado, que envolve também o conceito de ‘constituição’. De início ‘constituição’ foi um conceito empírico, que reproduz de modo abrangente a situação política de um Estado. No decorrer da história, ‘constituição’ se liberta cada vez mais dos seus componentes não jurídicos, estreitando-se na direção da situação juridicamente definida de um Estado e coincidindo finalmente, depois da transição ao constitucionalismo moderno, com a lei que regulamenta a instituição e o exercício do poder de Estado. Com isso, o termo deixa de ser descritivo e passa a ser prescritivo.³

A importância que o termo Constituição vai adquirindo é tão grande ao ponto de constar na própria Declaração dos Direitos do Homem: “*Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui nenhuma constituição*” (Art. 16).

Ressalte-se que esse crescimento em importância não ocorreu de forma apressada. Ocorreu aos poucos. O conceito de Constituição foi se solidificando como uma necessidade, ainda que o seu conteúdo e significado estivessem longe de como a mesma é vista hoje. Exemplo disso é observado em Ferdinand Lassalle em seu texto “Que é uma Constituição?”.⁴

Como o próprio título do trabalho enuncia, Lassalle pretende fazer leitura da realidade vivenciada naquele momento, início do Século XIX, atentando-se à importância crescente do

² GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012.

³ GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 148.

⁴ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

conceito de Constituição. Pela simplicidade de sua exposição, o estudo de sua obra tem alto poder de convencimento, notadamente na época em que fora exposto. O autor explica o método sobre o qual se baseou para esclarecer o conceito de uma coisa: “*esse método é muito simples. Baseia-se em compararmos a coisa cujo conceito não sabemos com outra semelhante a ela, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam uma da outra*”.⁵

Primeiramente, ele distancia o conceito de Constituição do conceito de Lei. Segundo ele, a Constituição “*não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação*”.⁶ Adiante, respondendo à própria pergunta, se haveria uma força ativa que pudesse influir nas leis de um país, o autor enuncia que “*os fatores reais de poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são*”.⁷

Daí percebe-se que já é feito um corte entre a Constituição real (soma dos fatores reais de poder) e a Constituição jurídica/escrita (folha de papel). O direito constitucional não surgiria, então, a partir do direito das leis, mas do direito das relações existentes.

Seguindo essa linha, Ferdinand Lassalle, em capítulos, demonstra que são parte da Constituição a Monarquia, a Nobreza, passando pela Burguesia e pelos Banqueiros, até chegar, em menor medida, à Pequena Burguesia e à Classe Operária. Para o autor, todas essas categorias possuem o seu devido espaço na Constituição real.

Em razão disso, ele indaga qual seria a relação existente entre a Constituição real e a jurídica, para em seguida responder que “*juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido*”.⁸

Percebe-se que, pelo narrado por Lassalle, o movimento era inverso à realidade que se pretende fomentar hoje, a realidade fática moldava determinadamente a Constituição em formação. Contudo, na atualidade, conforme se verá pelos ensinamentos de Konrad Hesse, acredita-se que o direito tem poder de dirigir e modificar o *status quo*, mas para se chegar até aqui foi necessário passar por essa evolução.

⁵ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 8.

⁶ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 10.

⁷ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 12.

⁸ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 20.

Voltando a Lassalle, este acreditava que todo país possuiria uma Constituição (no sentido “real”), haja vista a impossibilidade de compreender uma nação sem fatores reais de poder. Assim, desde os tempos mais remotos, onde houvesse um agrupamento de pessoas, aí haveria uma Constituição a disciplinar as relações de poder, ainda que não fosse uma Constituição escrita.

Esse é um dos pontos que diferenciaria o passado do presente: as Constituições escritas em folhas de papel.⁹ E aqui se chega a um ponto crucial da teoria de Ferdinand Lassalle: ele tenta responder à pergunta do motivo pelo qual a sociedade daquela época (início do Século XIX) aspirava uma Constituição escrita, tendo em vista que todo Estado já possuiria uma Constituição real. O autor chega à conclusão desta indagação afirmando que “*somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais de poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação*”.¹⁰

De fato, a Europa de então (Séculos XVIII e XIX) passava por um período de grande efervescência política e social – momento propício para o surgimento de novos fatores reais de poder ansiosos por participar da atividade política e organização do Estado, bem como de estarem nitidamente amparados e reconhecidos numa Lei Fundamental. A ascensão da Burguesia é o exemplo mais claro dessa mudança de paradigmas.

Portanto, Ferdinand Lassalle, além de teórico, se qualifica como um observador atento da situação política por qual passou a Europa de seu tempo, chegando a concluir que “*onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país*”.¹¹

Há, portanto, o reconhecimento de que a Constituição não impunha uma forte normatividade diante do Estado, mas ocorria justamente o contrário: o primado deste sobre aquela. Dieter Grimm acredita que essa constatação passa a predominar no período que medeia a fundação do Império Alemão em 1871.¹²

Aliás, um interessante apontamento de Dieter Grimm a respeito dessa situação se refere à metáfora da mobília do Chanceler Otto Von Bismarck, proferida em discurso em 24 de fevereiro de 1881. Naquela ocasião, Bismarck afirmou: “*Vamos erigir primeiramente uma*

⁹ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 28.

¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 29.

¹¹ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 35.

¹² GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 193.

construção sólida, protegida contra o exterior, bem armada no plano doméstico, coesa graças aos vínculos nacionais. Depois me perguntem a minha opinião sobre como a casa deverá ser mobiliada, com instituições constitucionais mais ou menos liberais".¹³ Grimm, assim, explica a situação: "*não se trata mais de interpretar o poder de Estado a partir da constituição, mas de interpretar a constituição a partir do poder de Estado. A constituição não é fundamento, mas mero acessório do Estado*".¹⁴

Como se verá adiante, esse modo de compreender a Constituição evoluiu, necessitando de teóricos como Konrad Hesse, dentre outros, para mudar a mentalidade dos juristas sobre a importância deste documento (Constituição) e da ciência que o estuda (Direito Constitucional).

Pois bem, em contraposição à tese desenvolvida por Lassalle, Konrad Hesse tenta superar o entendimento de que a Constituição escrita sempre sucumbirá diante dos fatores reais de poder. Segundo Hesse, para que a Constituição seja dotada de força ativa ela deve compreender, além da vontade de poder, também a vontade da Constituição.

Não se trata de tarefa fácil, o próprio Konrad Hesse reconhece que

a concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela realidade histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na prática política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.¹⁵

De fato, a tese de Lassalle é muito sedutora e bastante propícia à manutenção do *status quo*, principalmente quando se percebe o tempo em que ela foi desenvolvida – época de grandes mudanças sociais, políticas e econômicas.

Porém, importante perceber que, no desenvolvimento de um campo da ciência jurídica, necessário criar bases sólidas capazes de sustentar as suas ideias. Hesse foi categórico ao apontar que

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciência da realidade. (...) Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de

¹³ GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 194.

¹⁴ GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 194.

¹⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 10.

qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. (...) operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser.¹⁶

Dessa forma, “*justificar as relações de poder dominantes*” não pode ser o único (ou principal) objetivo da Constituição. Ela vai muito mais além e o seu poder não pode ser limitado a esse singular aspecto da realidade daquela época. O seu estudo precisa ir adiante de modo a imprimir-lhe um significativo papel de destaque na sociedade.

Feito esse corte por Konrad Hesse, acorda-se para o fato de que a missão do Direito Constitucional não se basta a pôr por escrito as regras costumeiras que regem uma sociedade específica, mas, efetivamente, impor limites aos ocupantes do poder político e criar deveres a serem cumpridos em prol daquilo que a Constituição protege/garante.

Nesse sentido, Hesse tem o discernimento de desvendar e por às claras que “*o pensamento constitucional do passado recente [texto de 1959] está marcado pelo isolamento entre norma e realidade (...). A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação*”.¹⁷

Segundo Hesse,

a constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é ‘plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade’.¹⁸

Cristina Queiroz afirma que “*a função básica da constituição é retirar certas decisões ao processo político, isto é, colocar os direitos acima das decisões da maioria, fazendo do sistema dos direitos fundamentais o critério último de validade de toda a ordem jurídica*”.¹⁹

Abrindo um breve parêntesis, bastante precisa a afirmação de Dieter Grimm de que no começo do século XX a Constituição (mais precisamente: a lei constitucional) passou por um processo de dissolução procedimental e decisionista.²⁰ Segundo Grimm,

a fase final da República de Weimar é dominada completamente por Carl Schmitt, que agora implementa a relativização do Direito Constitucional prefigurada na sua

¹⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11.

¹⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 13-14.

¹⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 37.

¹⁹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade**. In *Interpretação Constitucional* (org. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 212.

²⁰ GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 196-201.

‘Teoria da Constituição’ de 1928, fornecendo assim as deixas aos adversários da Constituição de Weimar. (...) Assim são eliminados do conceito de constituição, ao lado daqueles componentes, que não devem ser vistos como decisões fundamentais, também aquelas decisões fundamentais que não mais possuem realidade.²¹

Destarte, observe-se que não é porque uma decisão/previsão constitucional não mais possui realidade que ela deve ser abandonada. De fato, a separação radical entre o ser (Sein) e o dever ser (Sollen) não ajudam no fortalecimento da efetivação da Constituição. Se se seguir os ensinamentos de Schmitt acima demonstrados se viveria sempre à mercê dos grupos já ocupantes do Poder. Rememorando o que foi exposto linhas atrás, a metáfora da mobília de Bismarck deixa claro que o Estado estaria se sobrepondo à Constituição; esta se transformaria claramente em mero acessório.

Nessa linha, para Hesse (posição com a qual se concorda neste trabalho) “*faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro*”.²² O meio-termo seria o local adequado para, daí, emprestar efetividade à Constituição.

Konrad Hesse sugere que a Constituição tenha pretensão de eficácia, de modo a intermediar ambos os extremos acima referidos. Continuando,

graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (...) ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.²³

Aqui, Konrad Hesse evolui quanto à teoria de Ferdinand Lassalle – enquanto este via a Constituição real e Constituição jurídica como coisas quase distintas (apenas tangenciavam naquilo que esta última concordasse com a primeira), Hesse acreditava na “coordenação” entre ambas.

Aliás, pode-se aproximar o conceito de “coordenação” com o de “pretensão de eficácia”. Sem esta, a Constituição se distancia da realidade e passa a não mais ser observada pelos seus destinatários. Daí a célebre frase de Hesse: “*A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia*”.²⁴

²¹ GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição. História do conceito da Antiguidade até os nossos dias**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 200.

²² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14.

²³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

²⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 16.

Lassalle (e muitos outros influenciados por sua teoria) não conhecia a força normativa a que Hesse veio a fazer referência.

De todo modo, para que uma Constituição possa ter campo fértil para fazer crescer o sentimento de necessidade de observância das suas prescrições, precisa ser uma Constituição “pés-no-chão”, ciente de sua conjuntura e do seu poder. É justamente isso que Hesse explica ao afirmar que “*Somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se*”.²⁵

Em outras palavras, a força vital de uma Constituição está necessariamente ligada ao fato desta norma não poder ignorar a realidade fática. Se o fizer, será inapta a promover a sua pretensão de eficácia, não possuindo força normativa.

O momento em que a Constituição é feita – e em que pretende possuir eficácia – também são importantes vertentes para a sua latente força normativa. Neste aspecto, Hesse enuncia que “*a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente*”.²⁶

A força ativa da Constituição se baseia no fato de que a mesma não pode dar um passo maior do que suas pernas. Hesse já havia enunciado que a Constituição sozinha não altera nada, mas tem a possibilidade de impor pequenas tarefas realizáveis (desejadas de ser realizadas) aos poucos. Essa vontade de realização de tais tarefas precisa entrar na consciência dos realizadores e destinatários da Constituição; seguindo essa lógica, passa-se da “Vontade de Poder” para a “Vontade de Constituição”:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na [1] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na [2] compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na [3] consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da

²⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 16.

²⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 18.

vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.²⁷

Essa “Vontade de Constituição” ainda que dependa inicialmente da boa-vontade dos atuais ocupantes do Poder, aos poucos irá adentrar na consciência coletiva da população, ocupando espaço de destaque na irradiação da normatividade inerente a uma Constituição séria (que tenha efetivamente intenção e poder de eficácia).

Hoje certamente se tem a consciência de que a Constituição representa um bem imaterial imprescindível para a uma sociedade democrática. Ademais, até se acredita que ela possa mudar a realidade por meio da imposição de certos deveres, exercícios cotidianos, para o atingimento de suas finalidades.

Contudo, muitas vezes a Constituição é pressionada pelos ocupantes do Poder de modo a tentar moldá-la às suas crenças e objetivos.

Assim, verifica-se que a Constituição, vez por outra, é pressionada por eventos de instabilidade – os quais fornecem grandes riscos para a sua reta observância. Por isso Hesse afirma que *“Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. (...) A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”*.²⁸

Inclusive, diante dessa situação, Bernal Pulido faz constatação de um dos motivos que imprimiram maior força ao Poder Judiciário; segundo o autor, *“a juristocracia constitucional pareceu impor limite à perversa prática de muitos governos, em diversos países da região, consistente em converter em reforma constitucional os programas de governo”*.²⁹

Do mesmo modo, ainda que não se altere o conteúdo literal da Constituição, deve-se ter cuidado com a sua hermenêutica: *“a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”*.³⁰

Muitas vezes o modo de interpretação da norma acaba por menosprezar o sentido maior que a Constituição teria tentado emprestar a uma determinada situação. Daí a

²⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19-20.

²⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

²⁹ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina**. In Revista Jurídica da Presidência, v. 17, n. 111, Fev/maio 2015, p. 22.

³⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

necessidade de seguir o princípio, acima exposto por Konrad Hesse, da ótima concretização da norma.

De todo modo, não se deve olvidar que *“uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”*.³¹ Mais uma vez fica evidente a moderação dos ensinamentos de Hesse.

Aliás,

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.³²

Trata-se a passagem acima de ponto crucial da teoria de Hesse; a Constituição não deve sempre ceder, muito pelo contrário, na maioria das vezes deve se impor – os pressupostos realizáveis devem ser seguidos a contento de modo a não se desnortear dos objetivos e finalidades delineados em seu texto. Já se esses pressupostos não puderem ser realizados, aí se adentra em outro campo factual que também deve ser considerado pela própria norma fundamental – a qual é tratada nos procedimentos de modificação da mesma.

Ante o exposto, importante compreender que:

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Macht Fragen).

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.³³

Dito isto, importante considerar a Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse em conjunto com o entendimento do mesmo autor a respeito da efetividade dos

³¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 23.

³² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 25.

³³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 27.

Direitos Fundamentais (área mais sensível do constitucionalismo moderno) – questão esmiuçada no item a seguir.

1.2. A TEORIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A EFETIVIDADE/EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a idéia de universalização dos referidos direitos, ditos fundamentais, alcançou quase a totalidade do mundo na medida e na intensidade das realidades locais vivenciadas pelos países e suas populações.

Nesse sentido, importante destacar inicialmente que a própria concepção de direito fundamental irá variar de um Estado para outro a depender do momento evolutivo de garantia das liberdades, individual e coletiva, dos cidadãos.

Um outro fator que não se pode olvidar é a própria diferenciação quanto às gerações de direitos, especialmente quando se fala na divisão entre os direitos e garantias individuais (1ª geração) e os direitos sociais e coletivos (2ª e demais gerações).

Nas palavras de Konrad Hesse,

um mesmo direito fundamental podia significar algo absolutamente diferente numa Constituição socialista e no texto constitucional de uma democracia ocidental; e, enquanto os direitos fundamentais ainda hoje, na Europa ocidental e na América do Norte, são interpretados basicamente segundo seu significado originário (clássico) como liberdades individuais e direitos políticos, surgem, com peso desigual, outras dimensões: direito sociais, de participação, de prestações para a satisfação das necessidades materiais básicas da população; especialmente em Estados do Terceiro Mundo, direitos de grupos e de Estados, como o direito ao desenvolvimento, à paz e à proteção do meio ambiente ou o direito de participar do patrimônio comum da Humanidade; os direitos humanos se vêem, assim, coletivizados.³⁴

Ou seja, é imprescindível compreender que o significado dos direitos fundamentais não possui necessariamente conteúdo único; pelo contrário, irá variar a depender da história, da cultura, da realidade econômica, do atual estágio de desenvolvimento, dentre outros aspectos, do povo de um determinado país. Para Hesse, “*toda essa diversidade evidencia que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade*”.³⁵

³⁴ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

³⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

De todo modo, é compreensão assente que “os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”.³⁶

Aliás, como dito alhures, não se trata apenas de liberdade negativa, de um direito de defesa frente ao Estado, muitas vezes a liberdade converter-se-á em positiva quando o indivíduo necessitar agir, ou participar das ações do Estado, para garantir a efetivação de um direito fundamental.³⁷

Mais do que isso, imprescindível o destaque de que os direitos fundamentais não possuem apenas a qualidade de direito subjetivo do indivíduo, mas vai além e alcança a qualidade de princípio objetivo do próprio ordenamento jurídico.³⁸

Essa concepção objetiva de ver os direitos fundamentais traz consequências bem contundentes para o Estado e sua relação com o povo. Este não está mais apenas protegido daquele, mas aquele passa a ter deveres para com este.

Para Hesse,

a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital, não só teórica, para as tarefas do Estado. Partindo dessa premissa da vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG), surge não só uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles direitos protegem mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que

³⁶ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

³⁷ “O conteúdo dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos não se esgota nesse significado comum e geralmente aceito. Ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade. (...) em tal sentido, esse direito fundamental pode adotar o caráter de direito de acesso ou participação. Sem dúvida, dita liberdade positiva não pode significar que se deva fazer uso só de uma determinada maneira, de tal forma que qualquer outro uso dela não fosse protegido. Se para a Constituição é importante que se atualize o conteúdo dos direitos fundamentais, não o é menos que essa atualização se produza em liberdade, algo só factível se existem outras alternativas.” (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35)

³⁸ “Sobre o significado dos direitos fundamentais para a vida estatal, sobreleva sua interpretação como princípios objetivos do ordenamento jurídico em seu conjunto, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem desenvolvendo. Foi plasmada na transcendente sentença ditada em 15 de janeiro de 1958 ao resolver o caso Lüth. De acordo com essa sentença, os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente a intromissões do poder público. Ao mesmo tempo, a Lei Fundamental, que não quer ser de nenhum modo uma ordem neutra perante os valores, erigiu na seção correspondente aos direitos fundamentais uma ordem axiológico-objetiva, e nela se expressa, com valor de princípio, um robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, cuja medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional.” (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37-38)

sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos.³⁹

A respeito do assunto, Cristina Queiroz defende que

Os direitos fundamentais são ‘direitos constitucionalmente garantidos’ (verfassungsgesetzliche gewährleistete Rechte), que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão ‘técnica’ de limitação do poder do Estado. Devem, antes, ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma ‘cultura jurídica’ e ‘política’ determinada – numa palavra, um concreto e objetivo ‘sistema de valores’.⁴⁰

A Teoria da Força Normativa da Constituição em companhia da concepção objetiva dos direitos fundamentais, portanto, cria deveres para o Estado em prol da efetivação dos direitos abarcados na Constituição de um país.

Vê-se, assim, que, àquela ocasião da passagem pela Segunda Guerra Mundial, abandonou-se de vez a imagem da Constituição de Ferdinand Lassalle, possibilitando que os cidadãos ocupem posição ativa frente ao Estado para lhe demandar a consecução de inúmeros deveres tendentes à efetivação última da Constituição. Para Konrad Hesse, “*a busca pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais tornou-se precondição de que chegue a haver uma real liberdade. O Estado já não aparece só como o inimigo potencial da liberdade, mas tem de ser também seu defensor e protetor*”.⁴¹

Neste ponto, importante considerar (diversamente do que a maioria dos constitucionalistas pensa hoje) que Hesse (interpretando a Grundgesetz alemã do Pós-guerra) não entendia que os direitos sociais fundamentais poderiam ser exigidos diretamente por via judicial⁴², diferentemente do que pensava quanto aos direitos fundamentais individuais. Para ele, o direito social em si não poderia justificar uma pretensão judicial direta, mas poderia ser considerado como norma definidora de tarefas do Estado (Staatszielbestimmungen). Ou seja, certas tarefas deveriam ser adotadas pelo Estado em prol da viabilidade do alcance de fins (direitos) especificados.

³⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade**. In Interpretação Constitucional (org. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 169.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁴² “*os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais. Só podem chegar a ter significação prática e concreta enquanto, de modo vinculante, imponham ao Estado o dever de realizá-los como se prevê, por exemplo, no art. 26 do projeto da nova Constituição Federal suíça. (...) Só depois de cumprido legislativamente o programa de direitos sociais fundamentais podem esses direitos, sobretudo no terreno de seguridade social, surtir efeitos de garantia constitucional amparadora de direitos adquiridos.*” (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46)

Embora Hesse faça tal afirmação face à realidade da Alemanha após o fim da 2ª Grande Guerra, o mesmo reconhece que *“na atualidade é decisiva para uma ampla garantia e efetividade dos direitos fundamentais a proteção pelos tribunais”*.⁴³

Este programa de objetivos orientará a futura ação estatal; é meio para o alcance de um objetivo-fim.

Faz salutar referir que Hesse disserta ainda sobre duas condicionantes para a realização da Constituição:

[a Constituição] está, por um lado, condicionada pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realize-se. Essa força de vida e de efeito assenta sobre isto, que ela seja capaz de unir-se com forças espontâneas e tendências vivas do tempo, que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas.

Por outro lado, força normativa da Constituição está condicionada por cada vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências (...)⁴⁴

Disso a consequência que um indivíduo não poderia demandar sozinho a Administração Pública, por meio do Poder Judiciário, para a realização de direito social. Será visto mais adiante em item próprio o sentido do caráter programático/dirigente da Constituição e a existência hodierna de litígios estruturais.

Ademais, a Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse parece ser bastante atual em suas conclusões e, principalmente, quanto à consciência do estágio de desenvolvimento das diversas sociedades que venham a tentar incorporá-la em seu ordenamento jurídico. Hesse não se dissocia do poder de mediação que a Constituição possui – a qual tenta alterar a realidade atual impondo tarefas factíveis ao Estado.

Hesse arremata:

Historicamente e em seu significado atual são os direitos fundamentais sobretudo direitos humanos: o que com eles se põe em jogo são as condições essenciais da vida individual e comunitária em liberdade e da dignidade humana, um encargo que nada perdeu, nas circunstâncias presentes, de sua importância para nosso tempo. Se os direitos fundamentais não de assegurar eficazmente essas condições essenciais, não

⁴³ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 48-49.

devem obstaculizar as mudanças sociais; ao mesmo tempo, deverão ser mantidos e protegidos em sua essência sem reserva nem restrição alguma. Isso pressupõe que não se dilatam de modo inflacionário nem sejam reduzidos a tostões. Daí a essencialidade e riqueza em conseqüências da elaboração de sua vertente objetiva: é incumbência dessa interpretação reforçar a validade dos direitos fundamentais como direitos humanos; seu significado como princípios objetivos nunca deverá ser dissociado dessa idéia nuclear. De outro modo, correr-se-ia o risco de abrir vias a uma interpretação que perca de vista o sentido original e permanente dos direitos fundamentais e se equivoque na sua principal missão.⁴⁵

Os direitos fundamentais, repita-se, não podem ser dilatados inflacionariamente nem reduzidos a tostões. Nem pelo legislador, nem pelo intérprete, nem pelo aplicador. Parafrazeando Hesse: *“quanto mais intensa é a ‘vontade para a Constituição’, tanto mais longe ele é capaz de ampliar os limites da possibilidade de realização da Constituição”*.⁴⁶

Com essa compreensão, passa-se ao trecho seguinte desse texto, na medida em que os objetivos a serem alcançados pela sociedade foram radicalmente ampliados pelas novas Constituições que foram sendo editadas no século XX – as quais adquiriram as denominações de “dirigentes” ou “programáticas”⁴⁷ e que demandam, cada vez mais (inclusive judicialmente), a sua plena efetividade.

1.3. A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL E A PREVISÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO; O PROBLEMA DA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO.

A previsão original de diversos direitos sociais nas Constituições foi inaugurada pela Constituição do México de 1917 e pela mundialmente reconhecida Constituição de Weimar de 1919.⁴⁸ Naquele momento estavam sendo lançadas as sementes da superação do Estado Liberal para o Estado Social.

Antes disso, importante destacar que o Estado Absolutista representou uma ruptura com a Idade Média, mantendo a soberania nas mãos do monarca, porém organizando racionalmente o poder para promover uma ordem social ainda incipiente.

⁴⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

⁴⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 49.

⁴⁷ Nesse trabalho, consideram-se os termos acima como sinônimos.

⁴⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006, p. 102.

Em seguida, a Revolução Francesa, dentre outras manifestações daquela época, lograram empreender mudanças drásticas na organização do Estado de modo a garantir o exercício das liberdades individuais, notadamente das classes burguesas que, ora, ascendiam a um papel de destaque na sociedade.⁴⁹

Contudo, a ideologia do referido Estado Liberal, embora tenha tido sua utilidade num primeiro momento, começou a não mais ser suficiente para responder aos anseios da população, agora organizada, quanto à necessidade de prestação mínima de serviços públicos; afora a necessidade de intervir em setores da economia privada que demonstravam sinais de incapacidade de auto-regulação.⁵⁰ Um sinal claro deste problema veio a ocorrer justamente no contexto da crise da Década de 1930, inaugurada com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929.

Para Victor Abramovich, o nascimento dos Estados Sociais corresponde à transformação da ajuda dada aos pobres pela autoridade pública (motivada pela caridade e discricionariedade) em benefícios concretos correspondentes a direitos individuais dos cidadãos.⁵¹

Segundo Marco Antônio Moreira da Costa,

o Estado Social deve ser compreendido muito mais como um meio termo entre essa polaridade Estado Liberal-Estado Socialista, de modo que se oferece como uma alternativa para sanar alguns problemas gerados pelo primeiro modelo – especialmente no tocante à grande desigualdade econômica e a não interferência estatal para minorá-la, mas sem despojar de suas conquistas, principalmente no que toca ao reconhecimento e proteção da liberdade individual – sem desaguar no segundo, que despreza as principais conquistas daquele. Importante que o projeto socialista [União Soviética] mostrava-se muito caro às massas, isto é, à maioria da população, que sustenta o sistema econômico com sua força de trabalho, mas não detém poder político ou econômico e ainda suporta péssimas condições de vida neste momento em todos os países que estão em processo de industrialização.⁵²

Pois bem, as Constituições do México de 1917 e a de Weimar de 1919 são os grandes expoentes desta época para a fundação do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State). A do México por ter sido a primeira e a de Weimar por ter se espalhado mundialmente, principalmente em razão da sua localização no centro da Europa, área mais profícua para a difusão do conhecimento daquela época. Essa nova formulação do Estado com novas tarefas e

⁴⁹ MOCHI, Cássio Marcelo. **A constituição do estado moderno: do ideal de liberdade para o Princípio da dignidade da pessoa humana**. Londrina: Revista de Direito Público, v. 4, n. 1, p. 1-26, jan/abr. 2009, p. 13.

⁵⁰ BARCAROLLO, Felipe. **Os serviços públicos na evolução do Estado**. Chapecó: EJJL, v. 14, n. 2, p. 597-628, jul./dez. 2013, p. 600-601.

⁵¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37.

⁵² COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 27-28.

novas previsões de direitos se expandiu para os outros países da Europa e para boa parte do globo terrestre.

O século XX assistiu a uma explosão de direitos com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

As Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, embora sejam exemplos de pouco sucesso àquela época, são parâmetros importantes para aquilo que veio a se consolidar após a Segunda Grande Guerra: a necessidade de intervenção do Estado para a garantia de uma prestação mínima de serviços públicos para a sociedade coletivamente.

Essa idéia e o contexto do Pós-Guerra foram refletidos no texto das Constituições modernas de modo a se tentar imprimir maior força ao que aquelas sociedades pretendiam doravante alcançar.

Ressalte-se que muitos desses países já tinham superado a fase de industrialização e já possuíam o desenvolvimento adequado para a consecução satisfatória dos objetivos delineados em suas Cartas Magnas.

Por outro lado, países ainda em desenvolvimento ou de desenvolvimento tardio seguiram a lógica da retratação dos direitos sociais almejados em suas Constituições, embora num primeiro momento não fosse possível a efetivação direta dos referidos direitos fundamentais.

Isso inclusive foi motivo para o Poder Judiciário continuar em posição acanhada por muito tempo – circunstância que se alterou quando se percebeu que os demais Poderes constituídos não iriam tomar a iniciativa e, portanto, se manteriam inertes frente às necessidades da população.

A Justiça, então, passou a dar nova interpretação àquela expansão de direitos, de modo a não deixar mortas as palavras no texto Constitucional.

Aliás, para Katherine Young, justamente como conseqüência da previsão constitucional de diversos direitos sociais e econômicos, após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário ao redor do mundo tem desenvolvido uma jurisprudência cada vez mais sofisticada nesses temas.⁵³

Victor Abramovich tenta nos explicar a diferença entre os direitos individuais e sociais ao mesmo tempo em que demonstra a evolução do Estado:

la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos

⁵³ YOUNG, Katharine G. **The New Economic and Social Rights**. American Society of International Law Proceedings, 107, 486-488, 2013, p. 487.

de garantizar el goce de la autonomía individual y impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a ‘naturalizar’ esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.⁵⁴

Mais à frente, o mesmo autor esclarece que tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais, econômicos e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas.⁵⁵

Interessante citar a definição de Paulo Bonavides para melhor elucidar o que ora se pretende demonstrar:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁵⁶

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a seguir o modelo de previsão de uma ampla gama de direitos sociais – em que pese a mesma não ter tido vida longa, consagrou alguns direitos que ainda hoje têm naquele documento o seu marco, tais como a possibilidade de voto para as mulheres, a criação de ações de envergadura como a ação popular e o mandado de segurança, a criação de diversas regras trabalhistas de modo a tornar a relação de emprego mais digna, dentre outros.

Pois bem, ao longo da segunda metade do século XX, o mundo assistiu o surgimento de Estados com feições bem diferentes daqueles do início do século. Agora os mesmos contam com deveres muito mais amplos. Aliás, algumas Constituições chegaram até a ser bem generosas de modo a se confrontarem, em muitas ocasiões, com o problema da ineficácia de seus ditames.

Para Oliver Fuo, os direitos socioeconômicos contidos na Constituição são abstratos, tornando-se significativos apenas quando a Administração Pública adota normas, políticas

⁵⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 24-25.

⁵⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 32.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

públicas, planos e programas para dar efeito a eles; sem isso, os referidos direitos permanecem vagas garantias.⁵⁷

Nesse sentido, ao fim do século XX, tem se observado uma necessidade cada vez maior de efetivação da Constituição, inclusive levando-se em consideração uma exponencial constitucionalização dos direitos em que tudo pode ser analisado segundo um princípio, explícito ou implícito, de seu texto.

Ademais, importante considerar que, na passagem do século XX para o século XXI, segundo Katharine Young, os direitos sociais e econômicos experimentaram um notável reposicionamento no direito internacional; os impasses ideológicos da época da Guerra Fria foram ultrapassados e, agora, tais direitos são aceitos como parte fundamental da agenda internacional dos direitos humanos.⁵⁸

Os novos teóricos desta época, em boa parte seguidores das vertentes do Neoconstitucionalismo⁵⁹, acreditam que as determinações compreendidas na Constituição devem ser seguidas em sua integralidade e, alguns deles, acreditam que tal deve ocorrer em grau ótimo. Contudo, não se pode esquecer que as novas Constituições possuem conteúdo muito mais ampliado do que o das Constituições do começo do século passado.

Para Rodrigo Uprimny Yepes,

nos últimos anos ocorreu em muitos países uma transição para o que alguns autores chamam de neoconstitucionalismo, que se caracteriza pela promulgação de constituições com uma ampla lista de direitos fundamentais e que, além disso, têm vocação normativa, prevendo sistemas de justiça constitucional para assegurar o respeito desses direitos, inclusive pelas maiorias legislativas. A presença dessas formas de justiça constitucional estimula também uma forte judicialização da política, não apenas pela faculdade dessas cortes de invalidar decisões legislativas e governamentais, invocando as cláusulas constitucionais, que são essencialmente abertas, mas também porque permitem que os cidadãos individuais ou certos grupos sociais articulem suas demandas na linguagem dos direitos.⁶⁰

Nesse sentido, a judicialização de tais direitos teve incremento assustador, passando-se da defesa dos direitos individuais para atingir os direitos coletivos *lato sensu*. As próprias políticas públicas passaram a ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

⁵⁷ FOU, Oliver Njuh. **Constitutional basis for the enforcement of “executive” policies that give effect to socio-economic rights in South Africa**. Potchefstroom Elec. L. J., vol. 16, n. 4, 1-44, 2013, p. 14.

⁵⁸ YOUNG, Katharine G. **The New Economic and Social Rights**. American Society of International Law Proceedings, 107, 486-488, 2013, p. 486.

⁵⁹ Para Fabiano Engelmann, “*a doutrina do ‘neoconstitucionalismo’ (...) contempla a idéia de que das constituições derivam direitos que não são apenas ‘programas’ ou projetos que orientariam a execução de políticas pelas administrações, mas ‘direitos’ exigíveis judicialmente*” (ENGELMANN, Fabiano e CUNHA FILHO, Márcio Camargo. **Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, 57-72, 2013, p. 60)

⁶⁰ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2007, vol. 4, n. 6, 52-69, p. 61-62.

Este tema será tratado com maior profundidade no capítulo seguinte, mas é importante, desde já, informar que o problema da necessidade de efetivação de tais direitos sociais (coletivos *lato sensu*) tem sido enfrentado como matéria possível de ser discutida perante o Poder Judiciário. Segundo Paulo Bonavides, além da justiciabilidade de tais direitos, importante considerar que os mesmos são cláusulas pétreas e, portanto, são providos da suprema rigidez do art. 60, §4º, da Constituição Federal.⁶¹

Daniel Sarmiento, por sua vez, afirma que os “*conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais*”.⁶²

Muito embora essa ideia seja crescente, ainda hoje existem muitos argumentos desfavoráveis a esta possibilidade, tais como o princípio da separação dos poderes e o limite da reserva do possível. A despeito disso, é importante não olvidar que esta linha pode acabar ultimando naquilo que Canotilho chamou de “*ditadura dos cofres vazios*”.⁶³ Daí a imprescindibilidade de uma evolução na doutrina nacional, como tem preconizado a Professora Flávia Piovesan⁶⁴.

Aliás, quanto ao caráter fundamental dos direitos sociais, a Professora Flávia Piovesan concorda com o entendimento de que

quanto ao caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, ressalte-se que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo pois inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).⁶⁵

Segundo Gilberto Bercovici,

a prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

⁶² SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Espanha, Universidad de Sevilla: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades n° 15, Abril de 2006, p. 144.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro**. In www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm. Acesso em 07 de junho de 2017.

funcionar enquanto documento legitimador do Estado. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja enquanto poder político, seja enquanto implementador de políticas públicas.⁶⁶

A “Vontade de Constituição” não pode ser abandonada sob pena deste documento não mais refletir os princípios norteadores de uma população.

Observe-se que não se pretende aderir a qualquer dos movimentos (favoráveis ou contrários à judicialização das políticas públicas), mas de criar balizas para o agir tanto do Poder Judiciário quanto da Administração Pública, aqui entendida como Poder Executivo. Na verdade, acredita-se que a aproximação destes órgãos estatais seja a melhor alternativa, no lugar da infundável discussão a respeito do princípio da separação dos poderes.

Bernal Pulido percebeu a situação paradoxal quando acertou que

os direitos sociais e os propósitos de justiça social ostentam, portanto, o status de mandatos confiados aos poderes constituídos, cujo cumprimento não é verificável plenamente em sede judicial. A harmonia entre caráter justiciável dos direitos sociais e os princípios da democracia representativa e da separação dos poderes é talvez o maior paradoxo dos direitos sociais.⁶⁷

O autor acima, em sua constatação, pôs às claras o real problema da judicialização das políticas públicas. Aliás, cada vez mais institutos surgem para conceder ainda mais poder ao Judiciário, a exemplo do Estado de Coisas Inconstitucional, cuja tese veio a ser adotada no STF no âmbito do julgamento da liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Na petição inicial se contextualizou muito bem o surgimento e a evolução do instituto, inclusive demonstrando em que medida institutos similares já foram adotados por outros países do mundo, tais como: Colômbia, Peru, África do Sul, Argentina e, até mesmo, os Estado Unidos.

Indo além da declaração/constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional, a doutrina brasileira começa a empreender estudos sobre uma técnica de decisão traduzida para o português como “compromisso significativo” (“*meaningful engagement*”). Esse talvez seja um meio-termo interessante a ser adotado/estudado para fazer valer a efetividade da Constituição e, ao mesmo tempo, não menosprezar de vez o poder competente para o direcionamento das políticas públicas.

Segundo Lilan Chenwi e Kate Tissington, para se ter certeza que a prestação dos serviços públicos é efetiva e tem um impacto positivo na qualidade de vida das pessoas, é

⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 142 abr./jun., 1999, p.47.

⁶⁷ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina**. In Revista Jurídica da Presidência, v. 17, n. 111, Fev/maio 2015, p. 32.

importante que as comunidades e o governo se comprometam significativamente entre si.⁶⁸ Nesse sentido, para as autoras, o compromisso significativo acontece quando as partes falam e ouvem umas às outras, tentam entender a perspectiva do outro, de modo que possam atingir um objetivo específico, é, portanto, um espaço neutro onde as pessoas e o Estado podem discutir e moldar opções e soluções para problemas difíceis.⁶⁹

Segundo o que fora visto em itens anteriores, Konrad Hesse certamente aprovaria essa perspectiva.

Portanto, trata-se de um instituto que, se aplicado apropriadamente, poderá abrir muitas possibilidades de entendimento e prevenção de litígios em casos difíceis. Ademais, mesmo após a instauração da lide, o “*meaningful engagement*” parece ser uma boa opção para a solução e merecerá atenção especial neste trabalho que investiga a possibilidade do seu uso para a resolução dos conflitos relacionados com a judicialização das políticas públicas no Brasil.

1.4. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E A CRÍTICA QUANTO AO DISTANCIAMENTO DA REALIDADE.

Na linha do que se afirmou no item anterior, interessante pontuar que o compromisso significativo, instituto ora em estudo, vem fomentar justamente a aceitação da tese de Peter Häberle quanto à ampla participação da sociedade na interpretação da Constituição, notadamente no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais e das políticas públicas correlatas.

Nas palavras de Gilmar Mendes na nota de apresentação da obra de Peter Häberle, “*todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete*”, e mais: “*a ampliação do círculo de intérpretes constituiria (...) apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação*”.⁷⁰

⁶⁸ CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010, p. 6.

⁶⁹ CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010, p. 9.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9-10.

A participação democrática dos envolvidos, e de todos aqueles que porventura venham a ser afetados com a solução apontada no processo constitucional, passa a ser imprescindível, na mesma medida em que se reconhece doravante que o Judiciário não é mais o único intérprete de uma Carta que a todos acoberta. Embora ainda se entenda que seja o último, e o único formalmente reconhecido.

Nesse sentido, Häberle propõe a tese de que *“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição”*.⁷¹

De fato, um círculo fechado de intérpretes pode findar por apontar soluções incompletas/defeituosas, que desconsiderem aspectos importantes da lide para as partes e para a sociedade, principalmente se o Judiciário se colocar em posição de único intérprete da Constituição. Isso pode acabar por promover um afastamento indesejável da realidade.

Portanto, com o objetivo de se aperfeiçoar a jurisdição, necessária uma maior abertura dos critérios de interpretação tanto quanto mais pluralista se mostrar uma determinada sociedade.⁷² Häberle acrescenta que *“a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política”*.⁷³

Pois bem, essa democratização da interpretação constitucional se aponta como início de solução para aproximar cada vez mais o Poder Judiciário da realidade vivenciada pelas partes, dando-lhes voz e participação ativa no processo.

A sistemática do compromisso significativo (melhor trabalhada nos capítulos que seguem) certamente tem muito a agradecer a esse reconhecimento da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e que muito ajuda na superação do distanciamento da realidade.

Esses ensinamentos fazem constatar que todas as teorias e determinações expostas até aqui (nos itens anteriores) devem ser entendidas com muito temperamento pelos intérpretes e aplicadores do direito.

⁷¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

⁷² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

⁷³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23.

Em verdade, as Constituições do século XX foram, em boa parte, muito pretensiosas quanto aos direitos da sociedade e aos deveres por parte do Estado.

Tudo depende como o intérprete analisará cada texto, mas é fato que a máxima efetivação dos direitos consagrados pode acabar por se distanciar da realidade de um determinado país, tornando seus ditames pouco factíveis.

Essa é uma constatação muito pertinente à realidade brasileira e, conforme ainda se verá, também muito possível de ser verdade quanto a outros países em desenvolvimento, a exemplo dos demais países da América do Sul, parte da África e alguns países da Ásia.

Em que pese o desenvolvimento econômico tardio, o acesso quase que imediato a modernos institutos jurídicos dos países desenvolvidos (tais como as Constituições européias), fizeram com que países, a exemplo do Brasil, adotassem como norte parâmetros de efetivação ótima de determinados direitos fundamentais previstos em seus textos constitucionais, enquanto que o mínimo existencial sequer foi atingido.

Assim, veja-se a colocação de Konrad Hesse quanto ao assunto:

Sob o aspecto das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e ‘realidade’, portanto, não podem ser isoladas uma da outra. O mesmo vale para o próprio procedimento de realização. O conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar somente sobre a base das exigências – que se expressam, sobretudo, na forma de um texto lingüístico – que estão contidas na norma, e precisamente tanto menos quanto mais geral, incompleto, indeterminado é formulado o texto da norma. Para poder dirigir conduta humana na situação respectiva carece, por isso, a norma, em geral, mais ou menos fragmentária, de concretização. Essa só é possível ao, do lado do contexto normativo, as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, ser incluídas no procedimento: a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima dessas particularidades se ela não quer desacerar a situação problemática, cujo vencimento é importante para a Constituição.⁷⁴

A concretização da norma constitucional está sempre ligada ao possível, ao realizável. Em outras palavras, a interpretação da Constituição, seja quando promovida pelo Poder Executivo, seja quando promovida pelo Poder Judiciário (principalmente quando se trata da judicialização dos direitos sociais) deve estar atenta às limitações factuais do Poder Público. E essas limitações e particularidades só são conhecíveis com a ampla participação dos interessados e da sociedade no processo de interpretação específico.

Conforme será visto adiante, a solução parece não se encontrar nem na ampla possibilidade de judicialização nem na sua completa restrição.

Não existe solução fácil. Os Poderes constituídos devem se comunicar. Nem o Poder Executivo pode permanecer inerte quanto às determinações constitucionais promotoras dos

⁷⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 49-50.

direitos fundamentais (individuais e coletivos), nem o Poder Judiciário pode manter-se encastelado sem considerar a realidade do país no qual está inserido. Os diálogos institucionais (conforme será visto em item próprio) devem ocorrer em prol do bem comum, assim como a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição deve ser considerada para ampliar o debate e para maximizar as chances de sucesso da jurisdição constitucional.

O capítulo seguinte avaliará os argumentos utilizados tanto pela corrente substancialista quanto procedimentalista respeitante à judicialização das políticas públicas. Essa análise tem o objetivo de tentar aproximá-los para o encontro de uma solução comum, ao invés de fomentar a separação e o distanciamento dos seus ideais – fundamentos para a aplicação do compromisso significativo.

CAPÍTULO 2 - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Percebendo-se a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais previstos no vértice do ordenamento jurídico, diante da teoria da força normativa da Constituição, bem como diante da omissão (total ou parcial) dos Poderes Executivo e Legislativo neste intento, tornou-se imperiosa a participação do Poder Judiciário.

Para Victor Abramovich, embora os principais direitos sociais, econômicos e culturais tenham sido consagrados tanto em diversas Constituições como em inúmeros instrumentos internacionais, seu reconhecimento universal não será alcançado até que se superem os obstáculos que impedem a sua adequada justiciabilidade – sendo esta entendida como a possibilidade de requerer perante o Poder Judiciário o cumprimento de pelo menos algumas obrigações que derivem do direito.⁷⁵

Aliás, durante muito tempo o Poder Executivo manteve-se em posição de proeminência frente os demais Poderes, notadamente quanto ao Poder Legislativo.⁷⁶ Perante tal conflito e tendo em conta a gama de direitos sociais positivados, o Poder Judiciário ganha espaço; nas palavras de Luiz Werneck Vianna, “*o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’*. É, portanto, a agenda da igualdade que, além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos”.⁷⁷

Para Renato Bernardi, o vácuo provocado pela inércia dos Poderes Legislativo e Executivo foi ocupado pelo Poder Judiciário – o qual passou a obrigar que aqueles poderes

⁷⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37.

⁷⁶ Nas palavras de Vianna, “*A primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado social ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia*” (VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 20).

⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 21.

passassem a atuar de forma a propiciar o efetivo gozo dos direitos sociais, contornando os argumentos das limitações orçamentárias ou outras deficiências estruturais.⁷⁸

Nesse sentido, necessário expor considerações a respeito do controle jurisdicional das políticas públicas, os argumentos favoráveis e contrários, bem como a sua relação com outros institutos, tais como o ativismo judicial.

2.1. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

Conforme será visto, parece justificado (legítimo) o controle jurisdicional das Políticas Públicas dentro de critérios vinculados à efetivação de direitos fundamentais.

Assim, acredita-se que, através do princípio da eficiência, ocorreu um incentivo a uma discricionariedade administrativa legalmente mais ampla, para que a Administração Pública pudesse atender de forma satisfatória aos anseios dos seus administrados. Vislumbra-se, destarte, a discricionariedade como um poder jurídico que deve ser exercido nos limites fixados em normas e princípios, protegendo, com isso, os direitos do cidadão em face do poder público – o que amplia a possibilidade de discussão desse tema em foro judicial.

Nessa linha de pensamento, Paulo Gonet Branco constata que “*a própria teoria dominante dos direitos fundamentais entre nós é propícia à atuação mais desinibida da Corte*”.⁷⁹

Portanto, os atos discricionários, da mesma forma que os atos vinculados, têm base legal, devendo obediência a normas e princípios. Nos atos discricionários a norma possibilita a escolha, mas essa prerrogativa não isenta a Administração de motivá-la dentro dos padrões da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência. Daniel Sarmiento, inclusive, afirma que, diante da força normativa dos direitos e princípios fundamentais da Constituição, essa zona insindicável da discricionariedade (mais especificamente do mérito administrativo) tem sido relativizada, senão até mesmo superada.⁸⁰

⁷⁸ BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. **Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo”**: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. Marília: EM TEMPO, v. 15, 2016, p. 11-34, p. 31.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. In André Fellet et alii (orgs) As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Podium, 2011, PP. 387-402.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Outrossim, o próprio Poder Judiciário tem parâmetros que lhe possibilitam a legitimidade, tais como: o devido processo legal, a motivação, a recorribilidade de suas decisões, a publicidade de seus atos, participação de diversos atores jurídicos etc.

Segundo Paulo Bonavides, “*os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60*”.⁸¹ Nesse sentido, importante destacar que, no contexto atual, há uma grande discussão acerca da sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário.⁸²

De início, tinha-se uma doutrina procedimentalista. Tal entendimento fazia alusão simplesmente a atos administrativos discricionários e vinculados, compondo o mérito administrativo o motivo e o objeto – os quais seriam insindicáveis pelo Poder Judiciário.

Este foi um posicionamento praticamente pacífico até que se percebeu que a falta de controle dos atos administrativos discricionários estavam causando uma infinidade de desvios,⁸³ sendo prejudicial para o bom desenvolvimento das políticas públicas e, em última análise, para os destinatários dos serviços públicos.⁸⁴

Neste diapasão, ganhou mais espaço a corrente substancialista, que defende uma redefinição do papel do Poder Judiciário, de modo que o mesmo se torne cada vez mais atuante.

Marco Antônio Moreira da Costa elabora interessante paralelo entre as duas posturas ao afirmar que a principal diferença entre elas corresponde ao grau de interferência que o direito exerce na política e na sociedade. Para o autor, o grau de interferência do procedimentalismo seria a menor possível, enquanto que no substancialismo, por reconhecer um conteúdo substancial da Constituição, haveria uma maior intervenção do direito no âmbito político-social. Em que pese essa diferenciação, é importante registrar que ambas as correntes têm como ponto de partida a Constituição e compartilham o mesmo objetivo de imprimir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais, embora de formas diversas.⁸⁵

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

⁸² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7254>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸³ Conforme será visto adiante, o julgamento da ADPF 45, da relatoria do Ministro Celso de Mello tem sido considerado como um dos mais importantes marcos para a mudança da jurisprudência no Brasil.

⁸⁴ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 33-34.

⁸⁵ COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 81-82.

A respeito desta polarização entre as correntes procedimentalistas e substancialistas, interessante fazer também a diferenciação sugerida por John Hart Ely quanto ao interpretacionismo e ao não interpretacionismo. Apesar do que a nomenclatura pode insinuar, o interpretacionismo sugere que o Poder Judiciário se limite a expedir determinações de cumprimento da Constituição apenas quando tais normas constitucionais forem explícitas ou implícitas, mas com grau de clareza elevado. Por outro lado, o não interpretacionismo adere ao entendimento de que a Justiça deveria determinar o cumprimento de normas ainda que elas não sejam claramente literais no texto da Constituição.⁸⁶

De todo modo, feito o paralelo com os ensinamentos de Ely, essa dicotomia entre procedimentalistas e substancialistas será melhor explicada adiante quando forem analisados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à judicialização das políticas públicas.

Todavia, explicando os motivos originais que levaram a uma atuação mais desinibida do Judiciário, vale à pena destacar o seguinte excerto de Andreas Krell – o qual ressalta a necessidade de emprestar efetividade aos direitos fundamentais:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...)

Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.⁸⁷

Dessa forma, nova doutrina também surge defendendo a possibilidade de aplicação do ativismo judicial⁸⁸ e de recentes institutos, a exemplo do Estado de Coisas Inconstitucional,⁸⁹ na análise da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente em ações coletivas. Ademais,

⁸⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 3.

⁸⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

⁸⁸ Ativismo judicial entendido como movimento que permite uma atuação mais criativa/desinibida dos órgãos do Poder Judiciário.

⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

juntamente com essas possibilidades de avaliação, ganham espaço também institutos para implementação dos direitos, assim como o “compromisso significativo” – o qual representa um meio-termo entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a completa ingerência do Poder Judiciário na definição da escolha das Políticas Públicas. Sobre o tema, voltaremos mais adiante.

Vê-se, portanto, que vivenciamos a assunção de uma rica doutrina sobre diferentes sistemáticas adotadas no Brasil e no exterior (em especial em países ditos emergentes da América Latina e da África).

Diante dessa realidade atual, o Poder Judiciário não poderia deixar de engendrar um papel mais ativo com o objetivo de emprestar efetividade aos direitos fundamentais que lhe são trazidos à apreciação por meio de uma ampla gama de procedimentos judiciais.

Dito isto, importante a referência a um dos julgados mais importantes sobre o tema em análise. Trata-se do precedente consubstanciado nos autos da ADPF nº 45 – o qual tem servido de base para fundamentar as decisões tomadas após o seu julgamento:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, extrai-se excerto que não poderia ser melhor explicado senão com as próprias palavras utilizadas pelo magistrado:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, 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.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Este precedente acima citado logrou influenciar os julgados posteriores, afastando o ideal defendido pela corrente procedimentalista e abrindo espaço de convencimento para a corrente substancialista – melhor estudadas mais adiante.

Este, aliás, é o posicionamento que vem sendo adotado na jurisprudência de uns tempos para cá. Os casos são muitos.⁹⁰

⁹⁰ Vejamos algumas decisões recentes e marcantes, inclusive de reconhecimento de repercussão geral, oriundas da Suprema Corte brasileira:

1) “(...) *Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.* (RE 684612 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 06/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014);

2) “(...) *ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ACOMPANHAMENTO POR MONITOR. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. (...)*” (ARE 847001 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 27-06-2016 PUBLIC 28-06-2016). Desta última extrai-se a seguinte passagem do voto do relator: “*Consoante afirmado, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal.*”;

3) “*AMPLIAÇÃO É MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO*”

Pois bem, é quase evidente que alguns equívocos vêm ocorrendo com a aplicação exagerada por parte de alguns membros do Poder Judiciário, especialmente quando se trata de demandas de massa ou de demandas que necessitam a participação de diversos órgãos para formulação e acompanhamento das políticas públicas. Para correção destes problemas pontuais este trabalho sugere, mais adiante, um direcionamento de solução.

De todo modo, como visto, a jurisprudência segue movimento que fora previamente chancelado pela doutrina quanto à possibilidade do Poder Judiciário interferir na discricionariedade das políticas públicas.

Nessa mesma linha do crescimento do âmbito de atuação do Judiciário e da abertura de suas portas aos cidadãos, Vianna afirma que:

a percepção cappelletiana do caráter estratégico do acesso à Justiça para a formação da cidadania encontrou recepção na magistratura brasileira. Segundo a elaborada por algumas de suas vanguardas intelectuais, o Judiciário deveria fazer um movimento em direção à sociedade, implementando formas mais democráticas, simples e rápidas de acesso à Justiça. Sua expectativa era a de que essa reforma seria capaz de alterar a ‘mentalidade popular’ quanto à defesa de seus direitos, favorecer o

PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) (...)” (RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013);

4) “(...)Direito Constitucional. Ação civil pública. Criança e adolescente. Conselho tutelar. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. (...)” (ARE 827568 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 13-05-2016 PUBLIC 16-05-2016). Mais uma vez pedimos licença para enfatizar, por meio de trecho do voto do relator do acórdão acima, que se trata de jurisprudência bastante sedimentada na nossa Corte Suprema: “(...) o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como se dá com a proteção à criança e ao adolescente, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.”

cumprimento mais espontâneo da norma e conferir maior viabilidade à ordem jurídica.⁹¹

Ademais, no contexto da efetivação dos direitos fundamentais, imperioso não olvidar que, segundo Robert Alexy, os princípios são “comandos de otimização”.⁹² Disto se pode inferir, de forma bastante simples, que os princípios agem de forma proativa diante do nosso ordenamento jurídico. Portanto, eles influenciam as demais normas e o próprio “agir” dos Poderes constituídos.

A Constituição brasileira está repleta de princípios à espera de sua efetivação. Assim, no que diz respeito à possibilidade de apreciação judicial dos atos administrativos discricionários, importante considerar que, se por um lado a Administração (em prol de sua eficiência) clama por autonomia e discricionariedade, por outro lado, o Estado de Direito clama por um controle desses atos.

Dessa forma, diante do fato de tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional estabelecer o cumprimento de determinadas condutas, percebe-se a necessidade da Justiça apreciar o mérito das Políticas Públicas com o objetivo de promover o interesse público e corrigir desvios prejudiciais à Administração e aos administrados.

Neste imbróglio, o estudo do ativismo judicial promoveu importante papel, possuindo tanto a doutrina nacional⁹³ como a internacional⁹⁴ autores que tentam desvendar o fenômeno.

Assim, percebe-se que muito da ânsia do Poder Judiciário em participar da formulação das políticas públicas advém deste movimento mundial que aos poucos conquistou os integrantes daquele Poder; embora seja sempre salutar esclarecer que, pelo muito que se escreveu sobre o assunto, não se pode dizer se o ativismo judicial, a depender das circunstâncias, tem carga valorativa positiva ou negativa.⁹⁵

⁹¹ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 154.

⁹² ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3 September 2000 (294-304), p. 294.

⁹³ Paulo Gustavo Gonet Branco, em artigo que explica a dificuldade de se estabelecer um conceito para este instituto, afirma que “*também entre nós, há uma pré-compreensão de que ativismo judicial tem a ver com desenho de separação de poderes e com exercício de atribuições do Judiciário que parecem destoar de algum esquema de divisão de tarefas*”. Linhas atrás, no mesmo texto, entende o autor que “*costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual em especial no que tange a opções morais e políticas*” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. In André Fellet et alii (orgs) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Podium, 2011, PP. 387-402).

⁹⁴ Para Bradley Canon, “*judicial activism is often seen as a significant court-generated change in public policy. The court is literally active in public policy. (...) An activist decision is one perceived as illegitimate in terms of one or more commonly articulated beliefs about the proper role of the judiciary*” (CANON, Bradley. **Defining the dimensions of judicial activism**. Judicature. Volume 66, Number 6, December-January, 1983, p. 238-239).

⁹⁵ “*No longo debate hermenêutico propiciado pela jurisdição constitucional estadunidense é preciso atentar para a ambigüidade do termo ‘ativismo’, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não*

De todo modo, podendo ou não chamar este movimento de ativismo judicial, o próprio STF vem aderindo à justiciabilidade das políticas públicas, inclusive, mais recentemente, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de um “estado de coisas” (exemplo: ADPF nº 347). Observe-se ainda que vários processos chegam à Suprema Corte para tratar de políticas públicas e direitos fundamentais; muitos deles com Repercussão Geral reconhecida, a exemplo do RE 580.252, RE 684.612, dentre inúmeros outros já citados ou não neste trabalho.

Enfim, sendo em maior ou menor grau, a justiciabilidade deve ser orientada à participação da sociedade no processo de escolha e decisão das políticas públicas, estando certa a conclusão a que chega Marco Antônio Moreira da Costa: “*A plena realização constitucional somente pode ser alcançada quando da busca incessante pela implementação dos direitos fundamentais concomitantemente com a necessidade de se possibilitar o máximo possível de participação real e efetiva dos cidadãos nas tomadas de decisões públicas, do processo político*”.⁹⁶

Talvez o mais adequado seja justamente a compatibilização das duas correntes procedimentalista e substancialista no que têm em comum, de modo a se ter um Poder Judiciário (consciente e ativo) em sintonia com um Poder Legislativo e um Poder Executivo que incluam a participação do cidadão e não fiquem omissos diante das suas responsabilidades constitucionais de implementação dos direitos fundamentais.⁹⁷

Aliás, talvez esteja certo o pensamento de John Hart Ely quando explica que a Constituição (texto máximo do interpretacionismo) em várias passagens, na medida em que

interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas. Diante disso, a expressão ‘ativismo judicial’ possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135)

⁹⁶ COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 198.

⁹⁷ “*No fundo, esta necessidade de se propiciar a participação ativa efetiva do cidadão nas tomadas de decisões políticas confunde-se com o próprio fenômeno do constitucionalismo, por nós aceito de forma ampla como a busca incessante de limitação e racionalização do exercício do poder. Neste ponto, podemos perceber um ponto em comum em relação às posturas substancialistas e procedimentalistas no que tange à compreensão de como interpretar ou aplicar a Constituição. Este ponto é justamente o compromisso com a democracia e a necessidade de municiar o cidadão com os instrumentos necessários para sua participação direta e efetiva*” (COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 197)

força o leitor a ir além do sentido literal do texto, acaba por transformar aquele em adepto também da linha do não interpretacionismo.⁹⁸

Essa é uma consideração importante para aquilo que se pretenderá desenvolver mais adiante. Por ora, antes de chegar à compatibilização propriamente dita, imprescindível entender aquilo que diferencia os procedimentalistas dos substancialistas.

Delineia-se um pouco de cada uma dessas vertentes nos itens a seguir.

2.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Elaborada a breve introdução acima quanto ao tema da justiciabilidade das políticas públicas, tendo como norte a efetivação dos direitos fundamentais, imprescindível aprofundar um pouco mais o estudo sobre os argumentos favoráveis e desfavoráveis a tal objetivo.

Como se sabe, o Judiciário tem estado muito mais presente na vida das pessoas, possibilitando maior acesso à sua estrutura, bem como tem estado aberto à resolução de conflitos estruturais, nos quais a Administração Pública peca em não desenvolver satisfatoriamente políticas públicas tendentes à mínima efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.⁹⁹

Segundo Julia Maurmann Ximenes, “*o Poder Judiciário deixou de ser um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais*”.¹⁰⁰

Mais à frente, a autora arremata:

A visão de que cabe ao juiz se restringir ao aspecto legal conduz à segurança jurídica, à previsibilidade. No entanto, na complexa sociedade atual, onde os conflitos possuem naturezas distintas, não é possível se ater única e exclusivamente à lei. É preciso ir além da Justiça formal, para a Justiça concreta, que é que considera não apenas os fatores ‘legais’, mas também o contexto moral, ético, social, político e econômico da problemática estudada. Assim, o juiz também tem espaço para uma participação ativa na integração entre Política e Direito. A desneutralização do

⁹⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 17.

⁹⁹ “*Os procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase totalidade do tecido social (...). Instituição estratégica na solidarização da ‘comunidade’ com a sua Constituição, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de ‘guardião’ dos direitos fundamentais.*” (VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 43)

¹⁰⁰ XIMENES, Julia Maurmann. **A Judicialização da Política e a Democracia – O Papel do Campo Jurídico**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, a. 1, n. 11, 2012, p. 7108.

Judiciário implica em libertá-lo do condicionamento estrito da legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva. Importante destacar que não se trata de tarefa fácil, mas que precisa ser encarada de frente. O papel criativo do juiz é um dado geralmente aceito atualmente, do que se infere a politização e socialização da atividade jurisdicional. Ao juiz cumpre encontrar um equilíbrio entre independência e responsabilidade.¹⁰¹

O Judiciário abraçou a nova competência. De acordo com Vianna, o fato da positivação do ideal de justiça ter se deslocado nas Constituições modernas – ocasionando uma invasão do direito nas sociedades contemporâneas – faz com que o Poder Judiciário se comporte como guardião dos princípios e valores fundamentais. Esse movimento, portanto, redimensiona o papel deste Poder, resultando na extensão da tradição democrática a setores da sociedade ainda pouco integrados à sua ordem.¹⁰²

Como dito alhures, não se tratou de processo repentino a assunção de tal competência pelo Poder Judiciário. Primeiramente fora necessário equipar as Constituições com toda sorte de direitos, liberdades e garantias, individuais e coletivos. Posteriormente, em face do fracasso na implementação de tais direitos, a sociedade passou a se socorrer do Poder que lhes restava: o Judiciário – o qual, embora relutante num primeiro momento, passou a superar os argumentos procedimentais até chegar ao atual estágio.

Nessa sua “nova” função, o Poder Judiciário ganhou papel de destaque frente aos demais Poderes constituídos, superando as amarras estritas dos freios e contrapesos, para, além de harmonizá-los e equilibrá-los, assumir o papel de intérprete definidor da vontade geral implícita no direito positivo (inclusive contra maiorias eventuais).¹⁰³

Nessa mesma linha, Lenio Streck tenta explicar a teoria substancialista como conseqüência do constitucionalismo dirigente do pós-guerra, já que, com a positivação dos direitos sociais nas Constituições e a possibilidade da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário passou a ter papel de absoluta relevância frente aos demais Poderes.¹⁰⁴

De fato, o Judiciário, com a sua não-representatividade, tornou-se arma poderosa das minorias frente aos eventuais desmandos ou omissões ocasionados pelos demais Poderes.

Tentando explicar melhor essa questão, Rodrigo Uprimny Yepes afirma que o desencanto com a política fez os cidadãos passarem a exigir o cumprimento da Constituição não mais às esferas políticas, mas ao Judiciário:

¹⁰¹ XIMENES, Julia Maurmann. **A Judicialização da Política e a Democracia – O Papel do Campo Jurídico**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, a. 1, n. 11, 2012, p. 7111.

¹⁰² VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 32.

¹⁰³ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 37-38.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

Um primeiro fator que alimentou a judicialização na Colômbia e em outros países foi o desencanto com a política, que levou certos setores a exigir do poder judicial respostas para problemas que, em princípio, deveriam ser debatidos e solucionados, graças à mobilização da cidadania, nas esferas políticas. Esse fenômeno não é obviamente exclusivo da Colômbia, pois a crise das formas de representação e da política em geral são fatores que incidiram profundamente no protagonismo atual dos juízes. Assim, a extensão – ou talvez a maior transparência – da corrupção coloca os juízes no centro do panorama político, seja por sua permeabilidade à própria corrupção, seja por sua atividade contra ela, que não somente os contrapôs aos poderes políticos, mas converteu certos fiscais ou juízes em personagens de grande notoriedade pública e respaldo dos cidadãos. Igualmente, no campo social, alguns setores da judicatura se comprometeram na defesa dos direitos cidadãos, o que faz com que o aparato judicial, que não tem origem popular, seja às vezes percebido como mais democrático do que os órgãos políticos eleitos pelo voto, ocorrendo um certo deslocamento, bastante paradoxal, da legitimidade democrática do sistema político ao sistema judiciário. Finalmente, muitos cidadãos consideram o poder judiciário mais próximo e democrático do que o legislativo ou o executivo, na medida em que, diante de certos litígios, é mais fácil ter acesso ao aparato judicial, pois não são necessários intermediários políticos.¹⁰⁵

Afora isso, com relação à efetivação dos direitos sociais referidos no primeiro capítulo, Viktor Abramovich explicita que o que qualificará um direito social como direito pleno não é simplesmente o cumprimento pelo Estado, mas a existência de um poder jurídico que possibilite a exigência do direito em caso de descumprimento. Assim, imprescindível que o cidadão esteja em condições de demandar o cumprimento do seu direito.¹⁰⁶

A seguir estão os principais argumentos favoráveis à judicialização dos direitos fundamentais e de suas políticas públicas.

2.2.1. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais são a base da Constituição. Sem os mesmos, até se duvida da existência de uma legítima Constituição. Inclusive, esta afirmação consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta feita, tais direitos têm o poder de vincular todos e quaisquer atos dos Poderes. Tais atos só serão legítimos se estiverem em plena compatibilidade com os direitos fundamentais.

¹⁰⁵ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2007, vol. 4, n. 6, 52-69, p. 60.

¹⁰⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 38.

Segundo José Renato Nalini, “*A Constituição dirigente é realidade jurídico-política subordinante não apenas no legislador, mas direcionada ao juiz, entidade concretizadora de direitos fundamentais*”.¹⁰⁷

Portanto, o Poder Judiciário passa a participar ativamente do movimento de concretização/efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Aliás, nas palavras do próprio Nalini, o Judiciário nunca mais será o mesmo, não havendo a possibilidade de retorno. Caso declinasse desse papel, este órgão de Estado apenas tenderia ao enfraquecimento institucional, com diminuta importância, até se transformar em mera função burocratizada.¹⁰⁸

Pois bem, essa vinculação dos Poderes Públicos aos preceitos da Constituição, apesar de parecer óbvia, não é muito bem observada na prática. Constantemente a sociedade se depara com notícias de que a Administração Pública destina vultosas quantias de dinheiro para gastos considerados supérfluos (carros oficiais, jatinhos, banquetes, marketing institucional, etc) enquanto que a maioria da população agoniza sem o fornecimento dos direitos mais básicos, a exemplo da educação, saúde, moradia, meio ambiente saudável etc.

Sendo competência da Administração a prestação de tais serviços públicos, ou, pelo menos, a criação de políticas públicas tendentes a melhorar a qualidade de vida na nossa sociedade, percebe-se o total fracasso do governo brasileiro (nos mais diversos níveis) em tal objetivo.

O Judiciário, certamente, não pode se alhear de tal realidade. Assim, “*Onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível do Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir*”.¹⁰⁹ Nessa linha, Nalini afirma que, embora na magistratura ainda haja parcela significativa de juízes alheios à nova missão, ainda assim eles, eventualmente, se depararão com tais problemas em sua rotina judicial – ocasião em que não poderão se afastar do objetivo constitucional fundamental que lhes impõe o dever de “*erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.¹¹⁰

¹⁰⁷ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

¹⁰⁸ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

¹⁰⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 85.

¹¹⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

O juiz tímido não tem mais lugar como operador do direito. Aliás, a própria proibição do *non liquet* em nosso sistema serve como impulso a uma atuação mais ativista, criativa, nas palavras de Mauro Cappelletti:

Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público. A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável.¹¹¹

Nesse sentido, Alexy afirma que

Normas de direitos fundamentais cuja lesão não pode ser examinada por nenhum tribunal não têm caráter de norma judicializável e, nesse sentido, não são vinculantes sob uma perspectiva jurídica, podendo, quando muito, ter caráter moral ou político. São normas programáticas ou, se se quiser formular de forma polêmica, são formulações constitucionais de caráter puramente lírico (*blosse Verfassungslirik*).¹¹²

Noutras palavras, a positivação dos direitos humanos em direitos fundamentais exige a sua institucionalização, determinando-se que o Estado os implemente – sendo imprescindível a possibilidade de judicialização.¹¹³

A justiciabilidade, portanto, mostra-se como requisito essencial para a garantia de que os direitos fundamentais sejam perseguidos de modo a alcançar a efetivação em seu máximo grau possível.¹¹⁴

Para todo direito deve corresponder uma garantia de que o mesmo será cumprido, mesmo que esta garantia seja o acionamento do Poder Judiciário. Além disso, nas palavras de Robert Alexy, mesmo que os direitos fundamentais (dentre eles os direitos sociais) dependam de configuração infraconstitucional para sua implementação, essa não é uma objeção decisiva. Aliás, a omissão do Poder Legislativo não é capaz de deixar a Justiça impotente, pois esta tem inúmeras possibilidades processuais para contornar tais dificuldades, a exemplo do simples

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 68.

¹¹² ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998, p. 9.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998, p. 9

¹¹⁴ “*Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização*” (ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998, p. 10).

reconhecimento da inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de prazos para que se legisle até se chegar à determinação direta daquilo que a Constituição prevê.¹¹⁵

Inclusive, importante considerar que Alexy teve a oportunidade de se debruçar sobre a aplicação de sua tese no caso da Constituição do nosso país:

Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. E, assim, ‘sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade’. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais.¹¹⁶

Portanto, em que pese não se estar aqui concordando com a teoria de Alexy em sua integralidade, não se pode desconsiderar a conclusão a que o mesmo chegou sobre a necessidade de se conciliar as colisões de direitos fundamentais, notadamente em casos como o brasileiro no qual se conta com claras limitações orçamentárias a ensejar, mais das vezes, a intransponibilidade da reserva do possível.

Por ora, ainda não se pode chegar a uma conclusão definitiva sobre qual vertente deve prevalecer. Aliás, talvez a resposta nem seja possível de contemplar essa espécie de indagação. Certamente o caminho a ser trilhado é o da ponderação de modo a não restringir totalmente um dos direitos envolvidos na disputa judicial.

E pelo encaminhamento que o Judiciário tem dado a tais questões problemáticas, ainda não se pode chamá-lo de ideal – razão pela qual se pretende desenvolver estudo sobre uma via alternativa que contemple a participação e aproximação dos Poderes e partes envolvidos no caso.

Enfim, ainda que, aqui acolá, o Judiciário mantenha-se inerte quanto à provocação da jurisdição, não mais o é no que se refere a este novel papel assumido. Doravante a Justiça passa a atuar ativamente em prol da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive instigando os demais Poderes a agir em prol da formulação e concretização de políticas públicas com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da população em diversos aspectos, notadamente em se tratando de educação e saúde.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição, 4ª Tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 514.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998, p. 16-17.

2.2.2. ACESSO À JUSTIÇA, PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV, CF) E PROIBIÇÃO DO NON LIQUET.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição consagra que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Seguindo a mesma lógica, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), em seu art. 4º, previu que “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”; bem como o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) assentou no art. 140 que “*O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico*”.

Pois bem, segundo Koatz,

em relação aos princípios que têm âmbito de proteção normativo, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional, embora o legislador possa delinear os requisitos para o exercício desses direitos, e isso possa, em alguma medida, restringir sua amplitude, isso não lhe confere o poder de desvirtuar ou desnaturar a proteção assegurada. Apesar de a intervenção legislativa ser necessária, é vedada qualquer restrição que, por sua profundidade, possa afetar ou comprometer a proteção judicial efetiva. Há um limite para a atividade conformadora e restritiva dos direitos fundamentais, que é o seu núcleo essencial (limite dos limites).¹¹⁷

Assim, tanto o Judiciário deve estar acessível à sociedade como, pela proibição do *non liquet*, não pode se eximir de julgar as causas que lhe forem apresentadas.

Ressalta-se, com isso, que o Poder Judiciário não só tem o poder de decidir, mas o dever de agir uma vez que as ações (que discutem o cumprimento ou descumprimento de direitos fundamentais e políticas públicas) são encaminhadas para esta esfera.

Diga-se, aliás, que o rol de instrumentos jurídicos favorecedores do acesso à justiça foi sendo assazmente ampliado com o passar do tempo, citem-se o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção, as ações de controle concentrado de constitucionalidade e a própria generalização da possibilidade de todos os juízes promoverem o controle difuso de constitucionalidade.

Afora isso, também se ampliou incisivamente o rol dos legitimados ativos para boa parte das ações acima, sendo interessante destacar o papel da Defensoria Pública e do

¹¹⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205 (p. 183), set. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741>>. Acesso em: 08 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58741>.

Ministério Público no ajuizamento de inúmeras ações civis públicas com o objetivo de promover a efetivação dos mais diversos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Importante destacar também que as ações de controle concentrado de constitucionalidade contam hodiernamente com uma ampla plêiade de possíveis autores a movimentar ainda mais o Poder Judiciário.¹¹⁸

Com isso, Nalini constata que a Constituição de 1988 foi clara no objetivo de ampliar ao máximo o acesso da população à Justiça. Sem que isso fosse possível, as pessoas não teriam o reconhecimento em plenitude de sua dignidade quando seus direitos fossem atingidos.¹¹⁹

Ademais, o Poder Judiciário se encontra, hoje, cada vez mais presente na vida das pessoas, até mesmo fisicamente. Após a Constituição de 1988 houve a criação dos Juizados Especiais, Cíveis, Criminais, Federais e da Fazenda Pública; houve a inauguração de novas unidades jurisdicionais nos mais distantes rincões do país; houve ampliação significativa do número de magistrados. Enfim, houve uma verdadeira explosão de crescimento do terceiro Poder – e isso o fez se aproximar cada vez mais dos cidadãos.

O resultado de tudo isso não poderia ser diferente senão a maior ingerência da Justiça em todo e qualquer assunto que fosse posto a julgamento, fazendo com que Nalini até mesmo chegasse a afirmar que *“Esses instrumentos todos multiplicaram a capacidade de interferência do Judiciário nos negócios de Estado. Ele é hoje o juiz da legitimidade, o grande garante da Democracia e do Estado de Direito”*.¹²⁰

Sem exageros, pode-se dizer que o Judiciário, arvorando-se na sua inafastabilidade de jurisdição, no seu atual amplo acesso e na necessidade de decidir os casos concretos apresentados, aproveitou a oportunidade de expansão e hoje é o dirigente de muitas das soluções apontadas para a efetivação dos direitos fundamentais.

Mauro Cappelletti acredita que o juiz não é apenas intérprete do direito, mas também criador. Daí a importância do Direito Jurisprudencial na elucidação e conformação das normas. Não se está dizendo que o juiz está tomando o papel do legislador, mas que, em

¹¹⁸ Art. 103, CF: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹¹⁹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 42-43.

¹²⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.

parceria com o mesmo, também representa fonte do direito, especialmente quando se trata de normas vagas, obscuras, demasiadamente abstratas.¹²¹

Aliás, o aumento em importância do direito produzido pelos tribunais fez Mauro Cappelletti concluir que as duas grandes famílias jurídicas (Civil Law e Common Law) estão em vias de aproximação:

Com referência a essas duas famílias jurídicas [Civil Law e Common Law], contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.¹²²

Ressalte-se que esse fenômeno, no Brasil, vem sendo bastante acentuado nos últimos tempos em decorrência de significativas alterações legislativas que passaram a prever as súmulas vinculantes, repercussão geral, recursos repetitivos entre outros, que emprestam efeitos abstratos, e até mesmo vinculantes, às demais decisões do Poder Judiciário. Diversas vezes, diga-se de passagem, estes atos se aproximam muito dos atos normativos emanados do Poder Legislativo, inclusive com elevado grau de originalidade.

Nessa esteira, tal constatação leva invariavelmente ao desenvolvimento do poder criativo dos juízes.

2.2.3. PODER CRIATIVO DOS JUÍZES.

Mauro Cappelletti, em seu texto “Juízes Legisladores?”, faz análise sobre o Direito Jurisprudencial, notadamente quanto aos aspectos (e necessidade) de uma certa dose de criatividade na atividade judicial.

¹²¹ “A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 128-129).

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 133-134.

Em sua obra, faz-se o discernimento quanto à passagem de um período em que os juízes eram considerados, por assim dizer, tímidos, para uma época em que o Judiciário, chamado de “Terceiro Poder”, posiciona-se de forma mais ativa na interpretação legislativa do que em momentos pretéritos.

A sua análise inicia-se num dado fato da realidade: *“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”*.¹²³

Em verdade, a interpretação tem implícita em sua atividade a necessidade de utilização das pré-concepções de mundo que o ator jurídico, especificamente o magistrado, possui. E como os homens não são máquinas, cada cabeça terá uma visão particular de uma determinada norma.

Pois bem, em sendo assim, a interpretação não prescinde de um ato voluntarístico por parte do intérprete, implicando-lhe a necessidade de promover uma escolha. Segundo o autor, sempre (ou quase sempre) há espaço para a utilização das experiências pessoais no ato de interpretar, demonstrando a existência de uma discricionariedade qualificada, na qual inúmeras circunstâncias da vida são levadas em consideração.¹²⁴

Certamente não se há de generalizar todas as normas como capazes de se submeter à discricionariedade do juiz. Existem vários graus de discricionariedade em que o magistrado terá mais ou menos espaço para atuar. Nesse sentido, ganham cada vez mais importância as normas das Constituições modernas que estampam princípios programáticos, normalmente prescritos por meio de conceitos e palavras vagas e de grande abstração. Nesses casos é patente a imprescindibilidade da interpretação por parte do Judiciário na sua árdua tarefa de decifração do conteúdo da norma para o caso concreto. Esta abordagem já foi, de modo bastante clara, demonstrada por Mauro Cappelletti na seguinte passagem:

Em face de legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 22.

¹²⁴ *“Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente”* (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33).

transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou ‘self-executing’, de tais leis ou direitos programáticos. (...) Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar.

(...) nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.¹²⁵

A criatividade, palavra multireferida por Cappelletti, sintetiza a necessidade vivenciada pelo Poder Judiciário – o qual, nos últimos tempos, viu as suas portas serem escancaradas por uma ampla gama de novos clientes. Esses novos jurisdicionados são resultado daquilo que está escrito nas Constituições dirigentes; e se todo aquele que tem uma pretensão resistida pode se utilizar do Judiciário, tanto mais teremos uma enxurrada de novas ações propostas.

O Judiciário não podia, e nem pode (hoje ainda), olvidar o papel de fiel da balança entre o Estado e o povo, principalmente diante das nossas extensas Cartas de direitos.

Ressalte-se que neste trabalho não se está em plena concordância com tudo o que fora dito pelo autor Cappelletti; observe-se ainda que os apontamentos do mesmo se referem a um período de passagem entre a atividade anterior do Judiciário, mais recatada, e o seu novo papel determinado e consubstanciado nas Constituições modernas – as quais são tomadas por uma imensa plêiade de novos direitos, principalmente aqueles direitos sociais difusos e coletivos.

Enfim, o fenômeno compreendido pela acentuação do ativismo, aqui chamado de criatividade por Mauro Cappelletti, bem como da compreensão da discricionariedade que cabe aos intérpretes, é realidade que não pode ser ignorada pelos estudiosos e atores do direito.

Tentar repelir essa atuação criativa com simples argumentos de limitação orçamentária ou separação dos poderes não tem obtido sucesso perante os tribunais, e nem deveriam, por não enfrentarem os reais problemas do nosso país, quais sejam: o pleno (ou possível) cumprimento das normas estampadas em nossa Constituição. Aqueles argumentos não

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 41-42.

ultrapassam questões formais e deixam de dar atenção ao próprio direito material, mais das vezes direito subjetivo dos autores.

Nesse sentido, tentando superar os argumentos que afastam as partes processuais, notadamente nas causas em que se debatem direitos difusos e coletivos, estuda-se um meio que torne possível justamente a aproximação. Assim, em prol da efetivação razoável dos direitos previstos constitucionalmente, a criatividade do Judiciário, então, tem que chegar a um grau ótimo de modo a possibilitar este inter-relacionamento.

O compromisso significativo, por sinal, tem sido utilizado com sucesso em outras áreas do mundo, e é justamente a utilização deste instituto que se pretende sugerir ao ordenamento jurídico brasileiro; principalmente porque se percebe uma ampliação da forma de abordagem das omissões inconstitucionais.¹²⁶

Portanto, sendo inafastável a atuação criativa dos juízes em razão do atual estágio da jurisprudência, imprescindível o estabelecimento de critérios que disciplinem e criem balizas para essa prática, inclusive com a adoção de outros institutos.

2.3. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Em contraposição à vertente exposta anteriormente, a doutrina faz referência à teoria procedimentalista, na qual se defende uma participação do Poder Judiciário diferente da própria concessão do direito pretendido.

De acordo com Vianna, este eixo teria como expoentes máximos os ensinamentos de Habermas e Garapon, segundo os quais a invasão do direito na política seria apenas um indicador de um problema maior, olvidado pela maioria: a privatização da cidadania, segundo a qual o tema da igualdade, influenciado pelos ideais de bem-estar social, teria enfraquecido as instituições e desestimulado a valorização da vida associativa – o que findou por transformar a população numa espécie de cidadão-cliente, totalmente dependente do Estado.¹²⁷

Mais grave do que isso, “*a invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para*

¹²⁶ Ressalte-se que, recentemente, o STF reconheceu e internalizou o Estado de Coisas Inconstitucional por meio da ADPF nº 347.

¹²⁷ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 24.

fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos”.¹²⁸

Esse, aliás, parece ser um dos mais graves problemas gerados pelo excesso de judicialização e pelo excesso de “soluções” parciais e individualizadas. Conforme será visto adiante, parece que os órgãos judiciais não compreendem o todo; e, pior, parecem não entender as conseqüências do somatório de ações individuais.

Ademais, a problemática do desvirtuamento das funções dos Poderes constituídos parece até mesmo comprometer as bases da sociedade moderna:

a incontida expansão do direito (...), mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis do soberano para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas. O direito se poria como a última moral comum de uma sociedade que estaria dela destituída.¹²⁹

Para os adeptos desta corrente, o Judiciário estaria se embecendo de um poder anteriormente inexistente, levando-lhe a um caminho sedutor, mas antes não trilhado.

A saída, portanto, certamente não seria conferir soluções individuais para os casos postos em discussão perante a Justiça, mas instigar a sociedade a encontrar coletivamente os nortes adequados; *“a justiça não deveria procurar a cura salvífica dos indivíduos, mas sim ajudá-los a encontrar em suas relações sociais, a melhor solução para os problemas que os afligem”*.¹³⁰

Neste ponto estudam-se os argumentos utilizados pelos partidários de uma atuação mais discreta, ou ponderada, do Poder Judiciário.

Inclusive, interessante notar que mesmo alguns autores defensores da corrente exposta no capítulo anterior percebem excessos nos referidos argumentos, dentre eles, Victor Abramovich relata que se deve dar razão a algumas das objeções tradicionais contra os excessos do Poder Judiciário, dentre elas: a Justiça seria o Poder menos adequado para realizar planificações de política pública; a decisão num caso individual não pode ser paradigma para medidas de alcance geral; haveria desigualdade processual entre os participantes de um processo e aqueles que não participam, mas que também seriam afetados pelo descumprimento de seus direitos; o Poder Judiciário não teria meios coercitivos de execução forçada de uma sentença que condene o Estado a cumprir uma prestação omitida

¹²⁸ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 24.

¹²⁹ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 26.

¹³⁰ VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 27.

para todos os casos envolvidos, a substituição de medidas gerais por decisões *ad hoc* do juiz no caso particular também é fonte de indesejáveis desigualdades etc.¹³¹

Vê-se, portanto, e de antemão, que nem tudo quanto esposado e defendido pelos autores de veia substancialista encontra-se indene de críticas.

Antoine Garapon, dissertando sobre o assunto e elaborando suas considerações contra-argumentativas, diante desse novo papel assumido pelo Poder Judiciário, afirma que a jurisdição acabou se tornando um modo normal de governo. A exceção passa a ser a regra quando o processo judicial assume a forma natural de resolução de questões gerais. A Justiça deixa de ser regressiva e punitiva para assumir a característica de progressiva, positiva e construtiva; *“enquanto, outrora, a instituição judiciária revelava algum atraso relativamente aos costumes, doravante é portadora das esperanças da mudança”*.¹³²

Trata-se tal crítica de um dos expoentes da tese procedimentalista; aliás, explicando o assunto, Vianna resume com propriedade o objetivo perseguido por estes autores:

na democracia, a Corte Constitucional deve-se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e ‘entender a si mesma como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais’. O modelo seria formal, então, apenas no sentido de que se deveria limitar a garantir as condições necessárias a fim de que a cidadania disponha dos meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. A função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político.¹³³

Em verdade, esta parece ser exatamente a raiz do problema. Os cidadãos têm, e devem ter, voz ativa na resolução dos problemas que insistem em impedir a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Contudo, é importante estarem cientes de que não serão as lides individuais que promoverão soluções gerais e coletivas.

Mais importante do que isso, o Judiciário precisa estar ciente do poder que tem nas mãos para esse fim; e, ao invés de criar maiores óbices, deve atuar proativamente no atingimento do bem comum.

A seguir passa-se a analisar os principais empecilhos e problemas enfrentados (e muitas vezes causados) hodiernamente pela Justiça na tentativa de emprestar efetividade aos direitos fundamentais e às políticas públicas.

¹³¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 42.

¹³² GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 47.

¹³³ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p. 29.

2.3.1. LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

A. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEPARAÇÃO DE PODERES.

Quando se fala numa atuação do Poder Judiciário de forma mais ativa, ultrapassando as tradicionais funções dos “*checks and balances*”, o primeiro argumento que vem à mente é justamente o da violação à Separação dos Poderes.

Aqui não se pretende elaborar profunda análise sobre as origens da divisão das funções estatais, mas apenas tentar entender que o Judiciário, de fato, tem as suas funções típicas, e algumas outras atípicas que se afastam do seu modelo original de atuação.

A Justiça, em verdade, deve servir como o fiel da balança na relação entre os demais Poderes compreendendo a sociedade neste meio como grande massa destinatária, e razão última, da própria compreensão do Estado e sua organização.

Nesse constante movimento interno, o Judiciário parece ter sido delineado como um Poder mais conservador, principalmente quando se percebe que (em grande medida nos países de tradição continental) seus juízes não são eleitos pelo povo. Nos argumentos de diversos autores engajados na teoria procedimentalista, essa constatação seria evidência da ausência de legitimidade democrática.

Quando se elege um Parlamento com maioria ideológica adotante de uma determinada corrente mais liberal ou social, está-se demonstrando como o povo, em sua maioria,¹³⁴ entende deva ser orientado o governo.

Assim, em regra, o chefe do Poder Executivo vai na mesma linha. Fala-se “em regra” tendo em vista a ocorrência das eleições tenderem a seguir uma lógica específica; muito embora existam diversos casos em que o chefe do Poder Executivo governe sem ter a maioria do Congresso – algo que pode ocorrer com maior frequência nos países que adotam o sistema presidencialista, e não o parlamentarismo.

¹³⁴ Relativizando o conceito de maioria e minoria, Pillay faz alguns apontamentos sobre o funcionamento da democracia em sociedades nas quais os representantes são comumente eleitos por uma minoria de indivíduos que participam ativamente no processo eleitoral: “*Even in a democracy that functions reasonably well, governments are very often elected by a minority of voters and an even smaller minority of people who are eligible to vote. The processes through which legislatures and judiciaries reach decisions may be democratic or undemocratic but this depends less on the fact that one is voted in and the other appointed, and more on the philosophy that operates within particular institutions. Rather than protecting the equal dignity of every individual in a society, ‘electoral and legislative politics’ often depend on how well-organized, wealthy, and influential particular groups of people are*” (PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 735-736.)

Pois bem, em que pese seja dever de todos os Poderes fomentar e promover a defesa dos direitos fundamentais, há (muitas) vezes em que isso não ocorre, precisando o indivíduo se socorrer do Poder Judiciário.

Ressalte-se, contudo, que muitos dos membros/órgãos desse Poder vão além e até elegem as políticas públicas que devem direcionar a referida implementação dos direitos fundamentais. Aqui se encontra o principal problema apontado por aqueles que entendem que o Poder Judiciário não tem a legitimidade democrática para tanto.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira,

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.¹³⁵

Carlos Blanco de Moraes, analisando o sistema brasileiro, especificamente a nossa Corte Constitucional, afirma que se se deixar o STF abarcar o papel de legislador supletivo nos casos de omissão absoluta, criando normas originais por meio de decisões proferidas em controle abstrato e com força geral, com o objetivo de supostamente emprestar efetividade aos direitos sociais, a separação dos poderes restaria definitivamente abalada. E mais, o STF perderia sua imparcialidade para a judicatura e passaria a exercer diretamente a atividade legislativa – o que desaguaria num “Governos de Juízes” sem mandato popular direto.¹³⁶

Realmente parece ser um problema de difícil solução quando um Governo e um Parlamento são eleitos para uma determinada finalidade específica, enquanto o Poder Judiciário (todavia com boa vontade) aponta mandamentos com outros fins.

Aliás, pode até ser que o Poder Judiciário seja provocado por representantes de minorias derrotadas nas urnas – algo já visto acima – que provoca um aumento nas ações ajuizadas por setores específicos da sociedade.

¹³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 2, vol. 4, 441-464, 2008, p. 443.

¹³⁶ MORAIS. Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n. 20, 211-243, 2011, p. 234-235.

Necessário se faz tecer balizas para este tipo de demandas e, principalmente, é imprescindível reformular as técnicas de decisão do Judiciário para adequá-las aos tempos de hoje. Mais adiante será analisada uma dessas técnicas que teve sucesso em outros países e pode ser um divisor de águas para a realidade brasileira.

Ainda sobre a divisão de tarefas entre os Poderes, bem como sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários, Andreas Krell traz alguma luz quando informa que o princípio da separação dos poderes, em tempos de hoje, deveria ser entendido como princípio de divisão de funções; princípio este que dá maior enfoque à necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os poderes constituídos.¹³⁷

Portanto, seguindo-se adiante, evidenciado está que a clássica divisão de tarefas que influenciou a separação de poderes está superada com o aparecimento do Estado Social e com a elaboração de Constituições dirigentes – as quais consagraram diversos direitos fundamentais, individuais e coletivos.

Muito embora, Carlos Blanco de Moraes ainda entende que a ampliação da previsão e garantia dos direitos sociais não pode superar a separação dos poderes de tal modo que se olvide o mandato do legislador democrático. Aliás, esta hipertrofia também não pode fazer pouco caso do princípio majoritário.¹³⁸

Em que pese este entendimento, o Judiciário, acompanhando a evolução noticiada acima, também mudou e se amoldou à nova realidade.

Nesse sentido, Julia Ximenes considera que

atribuiu-se ao direito, em especial ao poder judiciário, um novo papel, um papel predominante na própria concretização da democracia e da cidadania, fruto de uma abordagem em que o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas as quais não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último ‘guardião de promessas’, tanto para o sujeito como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juízes por conta da ausência de autoridade, passando a preencher a função de instituição unificadora.¹³⁹

¹³⁷ “Na discussão da doutrina alemã sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, está ganhando espaço o ‘enfoque jurídico-funcional’ (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*). Ele parte da premissa de que o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito. Visto por essa perspectiva, as figuras do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade são nada mais do que códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos tribunais.” (KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 45).

¹³⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n. 20, 211-243, 2011, p. 241.

¹³⁹ XIMENES, Julia Maurmann. **O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 6, vol. 1, 119-141, 2010, p. 127.

Aprofundando-se no assunto e adentrando no conceito relativo ao princípio da igualdade, David Pardo assevera que *“é ainda em nome da igualdade, para cuja realização se institui direitos, que a concepção deliberativa de democracia admite pôr em prática a revisão judicial e a intervenção dos juízes nas políticas públicas.”* Ou seja, *“por essa ótica, a interferência dos juízes nas políticas públicas para a concretização dos direitos não é necessariamente antidemocrática. O controle pode ser entendido como medida em favor da democracia, pois em favor dos direitos que configuram as precondições desta”*.¹⁴⁰

Nessa lógica, Krell, tratando do tema específico do meio ambiente e da saúde (mas que pode ser ampliado para outros direitos coletivos), afirma que o princípio da separação dos poderes teve sua origem com o objetivo de defender os Direitos Humanos; assim, o referido princípio não poderia ser utilizado como argumento para justificar a omissão do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Para o autor, então, eventuais correções que o Judiciário venha a fazer diante da omissão do Executivo devem ser compreendidas como o exercício da sua função de “contrapoder”.¹⁴¹

Nesse sentido, o argumento da Separação dos Poderes somente será válido se a usurpação de uma das funções do outro Poder atacar o âmago da divisão de tarefas, qual seja: o próprio motivo que ensejou a criação de Poderes autônomos e independentes.

Caso contrário, se o Poder Judiciário estiver apenas emprestando validade a um comando constitucional que segue sendo olvidado pelos demais Poderes em desarrazoada omissão, não estará ocorrendo violação à Separação dos Poderes e o Judiciário estará sim atuando como legitimado democrático para tanto. Mas há de se ressaltar, como tem sido demonstrado em todo esse trabalho, que os comandos da Justiça devem obedecer aos princípios da razoabilidade e estar atentos à realidade do país.

A respeito dessa enunciada legitimidade, Yepes acredita que *“embora os juízes e os tribunais constitucionais careçam de legitimidade democrática formal, pois não têm origem na vontade popular, o certo é que gozam de uma legitimidade democrática substancial, na medida em que asseguram os direitos fundamentais e protegem a continuidade e a imparcialidade do processo democrático”*.¹⁴²

¹⁴⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

¹⁴¹ KRELL, Andreas J. **Discricionarietà administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 83.

¹⁴² YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2007, vol. 4, n. 6, 52-69, p. 65-66.

Mais à frente, o mesmo autor esclarece que o risco que a sociedade corre ao passar para o Judiciário a responsabilidade de decidir sobre as políticas públicas é justamente o de fomentar e acentuar a apatia dos cidadãos. Isso se deve à sensação de que a solução judicial de casos complexos independe da participação democrática, mas simplesmente da atividade dos juízes e fiscais atuantes.¹⁴³

Problema esse que deve ser refutado com a participação popular ativa – a qual é fomentada pela técnica do compromisso significativo que será estudada com maior profundidade no capítulo seguinte.

B. CONHECIMENTO TÉCNICO E CAPACIDADE OPERACIONAL: CAPACIDADE INSTITUCIONAL.

Outro óbice muito recorrente se trata da análise e julgamento por parte do Poder Judiciário de matérias concernentes a áreas técnicas diferentes da ciência jurídica.

Em muitas ocasiões a Justiça se debruça sobre matérias que demandam o conhecimento especializado de outras áreas do conhecimento, tais como questões relacionadas ao direito à saúde e meio ambiente, questões pertinentes à área de atuação das Engenharias. Em outras palavras, na atuação judicial que demande tais análises parece até que a perícia do especialista é o verdadeiro mérito da sentença, não podendo o juiz, por mais esforço que faça, se alhear da decisão técnica tomada pelo perito judicial.

Ressalte-se, todavia, que para Anashri Pillay, embora os membros do Executivo possuam uma expertise nas formulações das políticas públicas, há poucas formas de verificação em como os mesmos a exercitam.¹⁴⁴

Aliás, muitas das decisões técnicas tomadas pelo Executivo, mas que foram rediscutidas perante o Judiciário, levam muito mais tempo para serem tomadas e levam em consideração muito mais aspectos do que a própria Justiça.

Adentrar nessas questões seria, sem dúvidas, substituir a escolha do Executivo pela escolha do Judiciário.

Além disso: as normas de um determinado ordenamento jurídico, mais das vezes, possuem conceitos jurídicos indeterminados justamente para fomentar a análise por parte dos

¹⁴³ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos.** Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2007, vol. 4, n. 6, 52-69, p. 67.

¹⁴⁴ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 736.

órgãos técnicos do Poder Executivo, de modo a se chegar à solução mais adequada para o caso concreto.

Certamente, não se está aqui afirmando que tais matérias específicas, das quais o juiz não possui o conhecimento técnico, estejam alijadas da análise judicial. Mas esta deve estar ciente que há uma delimitada margem de discricionariedade para decisão do Executivo.

O autor Andreas Krell ensina que quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados, seria errôneo o juiz controlar diretamente o resultado da operação; o correto é que o juiz limite a sua análise no processo, verificando se teve motivação e justificação adequados. Ademais, caso a decisão administrativa esteja dentro de uma zona cinzenta do conceito jurídico indeterminado, o Judiciário não teria parâmetros jurídicos de controle suficientes.¹⁴⁵

Nesse tipo de demanda, a fundamentação e a motivação adequada são imprescindíveis para a fiscalização do Poder Judiciário, lembrando-se que este deve promover uma análise formal circunscrita a esses aspectos, sob pena de se imiscuir na escolha do governante.

Repise-se que o Judiciário tem aqui um, embora limitado, âmbito de atuação, podendo fazer sua análise com profundidade quanto à suficiência da motivação. Krell, ciente desses empecilhos e dessas limitações práticas, afirma que

sem dúvida, ganha grande importância o dever constitucional da Administração de motivar os seus atos, o que a obriga de expor, com clareza as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva demanda. A vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade (lato sensu) é que ela não tenta dissecar o processo de decisão em suas partes, analisá-los e, depois, fixar um determinado ponto a partir do qual terminasse a cognição e começasse a vontade, mas indaga se o órgão é o adequado para tomar a decisão em questão, considerando-se a sua composição, sua legitimação, o procedimento decisório e a sua capacidade de trabalhar certos problemas.¹⁴⁶

Dentro da ampla plêiade de decisões que a Administração Pública deve tomar, muitas vezes o (bom) governante se encontra diante de uma verdadeira “escolha de Sofia”, tendo que optar por uma determinada conduta face o contexto maior no qual ele está inserido. Esta problemática será melhor tratada adiante, mas faz-se imperioso salientar desde já que também estas limitações orçamentárias devem ser motivadas para demonstrar a adoção de uma ou outra conduta dentre as várias possíveis.

¹⁴⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 42-43.

¹⁴⁶ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 47-48.

Nesse sentido, importante utilizar-se das palavras de Krell para explicar que *“resta constatar que merece preferência uma graduação do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a consequência de que os tribunais devem respeitar mais as decisões administrativas sobre certas matérias”*.¹⁴⁷

Outro ponto importante a se considerar diz respeito à capacidade de trabalho do Poder Judiciário diante de toda uma ampla gama de escolhas que devem ser feitas para se administrar a coisa pública.

Como se sabe, o Poder Executivo é o maior dos Poderes em termos de bens, servidores, especialidades, instâncias, órgãos, dentre outros aspectos.

Seguindo essa linha, o Poder Judiciário parece objetivamente limitado e incapaz de superar o Executivo em sua eficiência governamental.

Ocorre que esta afirmação não se trata de uma completa verdade.

De fato, na análise das prioridades governamentais, o Executivo não pode ser substituído pelos demais Poderes.

Inclusive, imprescindível considerar que, segundo Pardo,

Os juízes agem isoladamente e as regras de provas no processo judicial restringem as informações disponíveis, quando se compara à elasticidade típica dos processos legislativo e administrativo. Isso agrava a dificuldade que o Judiciário tem de prever as consequências sociais da sua intervenção e manifesta a incapacidade de aprender com a experimentação: o raciocínio judicial padrão é o da reflexão abstrata, ainda que analógica, em oposição à experimentação empírica. Os juízes não estariam, portanto, em condições de tomar decisões sobre políticas públicas, especialmente quando relacionadas variáveis diversas de fontes extrajurídicas.¹⁴⁸

Contudo, mesmo com toda essa capacidade de trabalho, o Poder Executivo peca, muitas vezes, por olvidar a garantia de inúmeros direitos fundamentais, na maioria das vezes por manifesta omissão.

Em outras situações, chega-se a constatar a completa ausência (ou ineficiência) de políticas públicas que tendam a promover o bem-estar da população.

Ainda que tenha a potencialidade de emprestar respostas mais rápidas, muitas vezes a Administração mantém-se em estado de letargia impeditiva da eficiência de suas atuações, sendo necessária a intervenção de um órgão externo.

¹⁴⁷ KRELL, Andreas J. **Discricionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 53.

¹⁴⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

Interessante que essa concepção não está em discordância com o entendimento de Pardo – o qual acredita, todavia, que, mais das vezes, os juízes também não têm as melhores condições de prever as consequências de suas decisões relacionadas com a implementação das políticas públicas, principalmente se as mesmas forem consideradas em larga escala no quadro geral do orçamento público (limitado e finito). Isso leva à conclusão que não são os juízes os mais preparados para a tomada de decisões sobre políticas públicas, mas sim a própria sociedade.¹⁴⁹

Ou seja, a solução parece ser melhor quando as partes participam ativamente do diálogo e tentam encontrar conjuntamente o deslinde para o problema em questão.

Ademais, a respeito da presente temática, Cass Sunstein e Adrian Vermeule sugerem a necessidade de uma virada institucional sobre as questões interpretativas. Eles acreditam que os debates relacionados com a interpretação das leis não estariam completos caso não fossem levadas em consideração as capacidades institucionais. Nessa linha, eles propõem que a questão central não deveria ser “*como, em princípio, deveria um texto ser interpretado?*”, mas sim: “*como deveriam determinadas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar determinados textos?*”.¹⁵⁰ Patente, portanto, a devida análise das capacidades institucionais para a correta análise dos textos constitucionais e legais.

Em suma, seguindo o entendimento de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, Luís Roberto Barroso adere esclarecimentos àquela formulação afirmando que, para evitar que o Poder Judiciário se transforme em indesejável instância hegemônica, dois pontos são importantes de serem analisados, quais sejam: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos.¹⁵¹

¹⁴⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

¹⁵⁰ SUNSTEIN, Cass and VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in law and Economics Working Paper n. 156, 2002, p. 2.

¹⁵¹ “Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

O primeiro deles diz justamente respeito ao discernimento de qual instituição seria a melhor capacitada para tomar a decisão no caso concreto. Como visto, muitas vezes não será o Judiciário em razão da ausência de conhecimento técnico específico, mas o próprio Poder Executivo.

Já o segundo ponto, concernente aos efeitos sistêmicos, refere-se à incapacidade (mais das vezes) do magistrado perceber as macroconsequências das suas decisões individuais. Este segundo ponto será mais aprofundado nos itens a seguir.

Tendo isso em vista, os juízes parecem não ser os mais indicados, técnica e operacionalmente, para decidir esse leque de casos difíceis respeitantes ao tema das políticas públicas.

2.3.2. O PROBLEMA DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO.

No atual cenário brasileiro, em razão do aumento de legitimados ativos para as ações coletivas, bem como uma maior acessibilidade ao Judiciário (tudo em conformidade com o que vimos alhures), ocasionou um aumento exponencial no número de demandas judiciais.

Este excesso de judicialização, ressalte-se, ocorre de forma descoordenada e desorganizada. Os juízes agem conforme a sua própria consciência e sem o necessário conhecimento do todo, salvo algumas poucas exceções.

Essa problemática é muito sensivelmente percebida nos casos relacionados à judicialização da saúde. Neste tipo de demanda, o Judiciário chega até mesmo a comprometer parcela significativa do orçamento público com os casos postos à sua disposição. Enquanto uma grande parcela da população desassistida judicialmente sofre com a redução drástica do montante que seria destinado a outras finalidades.

Essa temática relacionada com o orçamento será melhor analisada em item próprio.

Pois bem, o excesso de judicialização promove uma desorganização do Executivo quanto à alocação dos recursos limitados, bem como lhe retira o poder de estruturar uma política pública para o fim específico.

De acordo com Fábio Lima Quintas, “*o ativismo judicial afeta a capacidade de ordenação do direito e enfraquece a atividade administrativa, que deixa de ser reconhecida*

como dotada de autoridade, tornando-se o juiz a grande agência administrativa do Brasil – a última instância administrativa”.¹⁵²

Krell, tratando da matéria ambiental (mas que pode ser generalizado para boa parte das matérias jurídicas), faz apontamento sobre o assunto ao constatar que *“Na Alemanha, já são muitos os autores que consideram exagerada a intensidade do controle judicial de muitas categorias de atos administrativos. Nessa senda, fala-se de indícios de uma indevida tutela da Administração pelos tribunais, que ‘querem saber tudo melhor’, tornando o Direito ‘não mais, mas menos seguro’”*.¹⁵³

De fato, o Direito torna-se menos seguro na medida em que o mesmo passa a ser implementado apenas para aqueles que ajuizaram uma demanda judicial, mantendo-se a Administração Pública inerte quanto aos demais pleitos administrativos.

Aliás, há que se salientar também que se socorrer do Judiciário também não garante a certeza da concessão do Direito pretendido; haverás juízes que decidirão de um jeito e outros de outra forma.

No mais, aguardar a solução pela pacificação da jurisprudência pelos tribunais pode ser deveras demorado ao ponto de não lograr satisfazer aquela necessidade tempestivamente.

O problema da falta de celeridade também passa a ser consequência do número excessivo de processos distribuídos para cada julgador. O resultado não pode ser outro senão que este magistrado necessite de mais tempo para ofertar suas decisões.

Vê-se, então, que a abordagem encontra-se equivocada. A solução individual ao mesmo tempo em que não tem compatibilidade com a massificação dos direitos judicialmente, impede o encontro de uma solução coletiva.

É interessante notar que o Novo Código de Processo Civil de 2015 traz uma imposição para o juiz notificar determinados órgãos legitimados para ações estruturais (tais como Defensoria Pública e Ministério Público, dentre outros) com o objetivo dos mesmos ajuizarem, se for o caso, a competente ação coletiva – de modo a solucionar de forma generalizada um específico tipo de demanda.¹⁵⁴

¹⁵² QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores. A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 53, n. 209, 31-51, 2016, p. 40.

¹⁵³ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 46.

¹⁵⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985, e

Esta, aliás, combinada com a técnica de decisão do compromisso significativo (que será analisado no capítulo seguinte), poderá, ao mesmo tempo em que tem o potencial de reduzir drasticamente o número de processos, possibilitar uma aproximação da sociedade (por meio das instituições autoras) com a Administração Pública para o encontro de uma solução satisfatória.

Ademais, lidar com o excesso de judicialização (e a sua massificação) diminui a qualidade do produto do processo, fazendo com que as decisões sejam cada vez menos individualizadas, alijando-se, muitas vezes, das especificidades de cada caso.

Por fim, imperioso repisar que cada decisão individual de processos de massa não considera o seu somatório com as demais causas, podendo gerar um rombo, anteriormente não previsto, nas contas públicas – o que faz indispensável tecer as considerações salientadas no item que segue.

2.3.3. OS CUSTOS DOS DIREITOS: A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO (EFEITO CLIQUET) E A RESERVA DO POSSÍVEL (LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA).

Tudo quanto fora relatado acima tem íntima relação com o que se aponta neste momento.

Inicialmente, importante considerar a doutrina da proibição do retrocesso, segundo a qual, atingido um determinado nível de garantia relacionada aos direitos fundamentais, o Poder Público não poderia retroceder para um estágio de desenvolvimento anterior.

Noutras palavras, garantido o fornecimento de serviços públicos para a população, os mesmos não poderiam deixar de sê-lo, a não ser que sejam substituídos por outros de melhor qualidade.

A proibição do retrocesso e o seu reconhecido “*efeito cliquet*”, todavia, não consideram momentos de crise econômica ou orçamentária – situações nas quais o Poder Público não pode contar com o montante de receita que contava antes deste momento excepcional.

O Judiciário, por sua vez, segue, quase que em sua totalidade, na mesma linha, pressionando o Poder Executivo a proporcionar serviços públicos cada vez mais caros e de

o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

qualidade máxima, enquanto que as políticas públicas são deixadas de lado, tendo como consequência a agonia dos que, por quaisquer motivos, não foram abarcados pela Justiça.

Assim, visto que os processos se dão em cada vez maior número e que os mandados judiciais são incisivos para o alcance de um grau máximo de qualidade, o Poder Executivo se depara, a cada dia que passa, com um maior arrocho das contas, decorrência da limitação orçamentária.

Ressalte-se que parte significativa da jurisprudência (como já demonstrado no início deste capítulo) bem como da doutrina¹⁵⁵ é, de certa forma, insensível com esta questão.

Posicionamentos deste jaez causam um problema sério quando se percebe que milhares (senão milhões) de processos tomam o mesmo argumento para emprestar força coativa às suas decisões.

Não há orçamento que sustente tamanha ingerência do Poder Judiciário, podendo-se chegar ao cúmulo da verba da educação, saúde, etc, ser totalmente destinada à satisfação de determinações judiciais.

De todo modo, não se pretende defender ferrenhamente a liberdade de alocação dos recursos pelo Poder Executivo. Ao contrário, admite-se ser fato incontestado que ainda hoje se gasta mal o dinheiro público. Com frequência se verificam compras superfaturadas; obras inúteis, caras e inacabadas; privilégios em excesso para os detentores do Poder (carros oficiais em excesso, jatinhos à disposição, copas com os melhores produtos etc); inúmeros cargos em comissão e de confiança; marketing institucional com fins eleitoreiros; corrupção, dentre outros exemplos.

Talvez toda essa ampla gama de desmandos com o dinheiro público tenha passado a impressão para o Poder Judiciário (e para a sociedade), de que o Poder Executivo tem recursos ilimitados – o que não condiz com a realidade.

Se é bem verdade que o Poder Executivo tem que gerir melhor o seu orçamento, não é menos verdade que os recursos são limitados, bem como que as decisões judiciais têm impacto significativo na destinação desses valores.

O Poder Executivo, portanto, para se utilizar deste argumento, precisaria promover uma profunda mudança na gerência e alocação dos recursos públicos. Salientando-se,

¹⁵⁵ “As ações afirmativas, nesses casos, não podem ser postergadas por razões de oportunidade e conveniência, nem sob alegação de contingências financeiras. E, embora as atividades concretas da Administração dependam de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante, o argumento da reserva do possível não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais” (KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 83).

inclusive, que esta missão não compete apenas ao Executivo, mas também aos Poderes Legislativo e Judiciário quanto aos seus próprios orçamentos. A responsabilidade é de todos os Poderes e também da sociedade.

Stephen Holmes e Cass Sustein, relatando a experiência dos Estados Unidos, afirmam que os cidadãos americanos parecem esquecer que os direitos e liberdades individuais dependem fundamentalmente da vigorosa ação estatal.¹⁵⁶

Os referidos autores esclarecem que todos os direitos custam dinheiro, seja o direito ao bem-estar ou o direito à propriedade privada; o direito à liberdade contratual ou à assistência médica; o direito à liberdade de expressão ou à moradia digna. Todos os direitos fazem reivindicações perante o tesouro público.¹⁵⁷

Nesse sentido, para tudo é necessária a alocação de recursos, chegando-se até a afirmar que um direito legal apenas existe, na realidade, se e quando possuir previsão orçamentária.¹⁵⁸

Por sua vez, a previsão orçamentária precisa passar pelo procedimento democrático de discussão perante o Poder Executivo e Legislativo, legítimos representantes eleitos do povo para essa finalidade.

Desta feita, afigura-se difícil a compreensão acerca da capacidade de uma decisão judicial ser realmente apta a promover a melhor destinação dos recursos públicos. Inclusive Stephen Holmes e Cass Sustein fazem a seguinte constatação: um juiz pode compelir uma rua a permanecer aberta para uma atividade expressiva ou determinar que uma prisão melhore as condições de vida dos prisioneiros; mas poderia esse juiz ter certeza de que o dinheiro que ele ou ela comandou para tais fins não teria sido usado de maneira mais efetiva se fosse utilizado para imunizar crianças pobres contra difteria?¹⁵⁹

Trata-se de situação bastante séria que merece melhor reflexão por parte dos estudiosos do Direito.

Dessa forma, aparentemente, a solução quanto à possibilidade ou não da judicialização das políticas públicas não se encontra, de forma integral, em nenhuma das duas correntes (procedimentalista e substancialista) vistas nos itens anteriores.

¹⁵⁶ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Northon Company, 1999, p. 14.

¹⁵⁷ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Northon Company, 1999, p. 15.

¹⁵⁸ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Northon Company, 1999, p. 19.

¹⁵⁹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Northon Company, 1999, p. 30.

Há muito os argumentos do eixo procedimentalista, refratário do ativismo judicial, foram superados pela própria Justiça.

Por outro lado, o eixo substancialista avançou até onde não podia chegar e nem, competentemente, gerenciar.

Mas, então, o que fazer? Como resolver tão problemático imbróglio?

Cabe aos estudiosos do direito colher o que há de melhor em ambas as vertentes e tentar compatibilizá-las numa teoria que permita ao Poder Judiciário ter acesso à discussão sobre a ineficiência da Administração Pública na prestação das políticas públicas tendentes à consecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como aproximar-se dos Poderes Executivo e Legislativo para, conhecendo as suas virtudes e dificuldades, possibilitar o alcance de padrões (satisfatórios) mínimos de qualidade – tudo isso em conjunto com a sociedade. Essa busca tem originado a assunção de novos institutos – os quais devem *mutatis mutandi* se adequar, na medida do possível, no nosso ordenamento jurídico.

2.4. ASSUNÇÃO DE NOVOS INSTITUTOS.

As supramencionadas mudanças que foram ocorrendo com o passar do tempo, as quais estão relacionadas com a cultura dos direitos fundamentais, a sua necessidade de efetivação, o surgimento de novos atores processuais, a ampliação do acesso à justiça, o novo papel assumido pelo Judiciário na definição e implementação das políticas públicas, têm como consequência a assunção de novos institutos que se compatibilizem com essa nova realidade.

De fato, o modo de se provocar o Judiciário vem se alterando (exemplo: litígio estrutural), assim como a forma de conhecimento e abordagem dos temas colocados à sua análise (exemplo: estado de coisas inconstitucional). Ademais, os fundamentos para as decisões se ampliaram (exemplo: jurisprudência cruzada) e a maneira de implementação dos direitos e políticas públicas parece merecer acompanhar esse ritmo de modo que a decisão judicial possa se tornar mais efetiva (exemplo: compromisso significativo).

Todas essas mudanças de paradigma findam por corroborar a ideia de que o Direito e o seu estudo necessitam acompanhar as alterações da realidade de modo a, através de novos institutos, emprestar soluções mais condizentes aos problemas a serem enfrentados.

Em seguida, elencam-se alguns desses institutos com o objetivo de se visualizar o atual estágio de evolução do Judiciário e, a partir daí, sugerir alternativa tendente a não fazer tábula rasa nem das opções do Executivo nem das decisões do Poder Judiciário.

A. LITÍGIOS ESTRUTURAIS.

Pois bem, primeiramente no que se refere ao litígio estrutural, do final do século XX para cá, foram editadas e alteradas diversas normas (inclusive a Constituição Federal) com o objetivo de criar os instrumentos processuais adequados para se resguardar e garantir os direitos fundamentais, notadamente os direitos coletivos em sentido amplo.

Esses instrumentos podem ser resumidos em ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança coletivos, ações de controle de constitucionalidade, dentre outros.

Aliando-se com a ampliação do rol dos legitimados ativos para tais instrumentos (Defensoria Pública, Ministério Público, entes públicos em geral etc), o Judiciário passou a se defrontar com uma espécie de processo completamente diferente daquele que até então vigorava.

O processo individual cede lugar para o processo coletivo – o qual proporcionará uma decisão ampliada com repercussão de efeitos gerais para todos os casos semelhantes daquele âmbito de jurisdição.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart,

Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros podem ser afetados pela decisão judicial.¹⁶⁰

Nesse sentido, percebe-se que a força do comando judicial trará consequências muito mais drásticas na realidade do que anteriormente.

Arenhart continua:

O fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma

¹⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 225/2013, p. 389-410, Nov/2013, DTR\2013\10261, p. 3.

como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.¹⁶¹

Dessa forma, para que a decisão judicial também esteja alinhada com os anseios e necessidades da sociedade, torna-se imprescindível uma atuação premente de responsabilidade e com a participação da maior quantidade possível de representantes da sociedade por meio dos órgãos legitimados.

A oitiva de *amici curiae*, a realização de audiências públicas, tudo isso em todos os graus de jurisdição demonstra que o processo coletivo precisa estar muito bem estruturado para decidir de forma justa.

Os litígios estruturais são causas complexas que demandam uma abordagem particular diferente do processo binário (autor-réu). Promovendo-se esta sistematização, sua aplicação à judicialização das políticas públicas¹⁶² se mostra salutar para o desenvolvimento de uma jurisprudência sensível aos interesses da sociedade como um todo e às limitações do Poder Público.

Os procedimentos e técnicas a serem utilizados nessa espécie de litígio, assim, devem se amoldar a essa necessidade, e o Judiciário e a sociedade devem cada vez mais tentar compreender os papéis de cada um deles na efetivação dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, Arenhart complementa que diversos institutos processuais devem ser revisitados para se adaptarem às causas nas quais se discutem políticas públicas e que demandam a participação de diversos atores. Alguns exemplos seriam os limites da coisa julgada, o princípio da congruência e a rigidez da sequência procedimental. Aliado a isso, o Judiciário deve estar bem aparelhado e qualificado para poder, com competência, enfrentar esses temas complexos. Desse modo, a intervenção judicial nas políticas públicas poderá ocorrer de forma responsável.¹⁶³

Por fim, o modo de efetivação do comando judicial é outro aspecto que será estudado mais adiante no momento da análise do compromisso significativo – e que pode fazer a

¹⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 225/2013, p. 389-410, Nov/2013, DTR\2013\10261, p. 6.

¹⁶² “Ainda que timidamente, aparecem já, aqui e ali, alguns exemplos de decisões estruturais. Esse surgimento, aliás, era de ser esperado, na medida em que esses provimentos são uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados ao Poder Público e a políticas públicas. De fato, os provimentos estruturais não são apenas uma categoria abstrata, sem maiores repercussões no campo prático; são uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 225/2013, p. 389-410, Nov/2013, DTR\2013\10261, p. 6-7).

¹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 211-229, Jul-Dez/2015, DTR\2016\46, p. 8.

diferença na efetivação dos direitos fundamentais por meio da judicialização das políticas públicas.

B. JURISPRUDÊNCIA CRUZADA.

Seguindo adiante, com a revolução nos meios de comunicação, tem sido cada vez mais fácil o Poder Judiciário ter acesso a diversas experiências ao redor do mundo, mormente o acesso à jurisprudência de outros órgãos judiciais estrangeiros.

Muitos países ao redor do mundo já enfrentaram situações semelhantes aos problemas brasileiros e as soluções por eles apontadas podem se encaixar nos casos pátrios.

Segundo Young, na medida em que os direitos sociais e econômicos se tornam mais institucionalizados no direito internacional, os experimentos comparativos, em termos constitucionais, se tornam cada vez mais relevantes.¹⁶⁴

Certamente este tipo de conduta deve ser realizado com muito cuidado para não se importar soluções inadequadas de países que não têm qualquer compatibilidade com a nossa realidade econômica, cultural ou social. Importar solução sem fazer o teste de adequação pode se tornar um problema a mais para o encontro de uma saída possível.

Sobre a jurisprudência cruzada, Marco Antônio Moreira da Costa ponderou que

As cortes constitucionais ou órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional devem olhar para outras experiências levando-se em consideração as diferenças que separam as realidades sociais de cada país. Trata-se de um esforço que é muito maior do que a simples importação de soluções, mas que vai no sentido de captar problemas próximos e vislumbrar, a partir das soluções para eles propostas, desde as relações que se pode fazer entre as condições econômicas, sociais e políticas de cada lugar em que foram tomadas, decisões para os casos nacionais.¹⁶⁵

Essa ponderação é muito importante, principalmente em tempos em que diversos órgãos do Poder Judiciário garimpam soluções estrangeiras de países que possuem quase nenhuma semelhança (econômica, cultural, social ou política) com o Brasil, tais como: Canadá, Noruega, Alemanha, Estados Unidos, Austrália, dentre outros.

Não se está aqui afirmando que eventual solução para um caso específico não possa ser encontrada na jurisprudência de algum desses países. Muito pelo contrário, são todos eles

¹⁶⁴ YOUNG, Katharine G. **The New Economic and Social Rights**. American Society of International Law Proceedings, 107, 486-488, 2013, p. 488.

¹⁶⁵ COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 132.

paradigmas de sociedades que devem ser perseguidas pelo Brasil. Tratam-se de países que lograram implementar os direitos fundamentais em níveis bastante desejáveis.

Todavia, no Brasil ainda não se chegou nem perto de implementar todos os direitos; nem mesmo o mínimo aceitável fora alcançado.

Nesse sentido, mais das vezes, os países já desenvolvidos são paradigmas muito distantes da nossa realidade, sendo mais adequado que se procurem outros exemplos exitosos de países em estágio de desenvolvimento similar com o Brasil. São exemplos para setores específicos: Colômbia, África do Sul, Índia, dentre outros.

Alguns desses países forneceram institutos que já vem sendo adotados até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, como é exemplo o Estado de Coisas Inconstitucional – o qual teve inspiração na Colômbia. Por outro lado, tendo como criador a África do Sul, pretende-se desenvolver análise sobre o compromisso significativo.

Tais situações são bem mais próximas da realidade do Brasil e merecem atenção especial sobre a compatibilidade com o sistema jurídico pátrio.

C. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.

Neste momento, pretende-se fazer uma breve análise sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, sendo imprescindível, para tanto, analisar também a condição atual dos presídios brasileiros em cotejo com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais – tema da ADPF nº 347, na qual houve o reconhecimento de tal instituto pelo STF. Na referida arguição, a Corte Constitucional brasileira entendeu pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de um estado de coisas – semelhantemente a como decidiu a Corte Constitucional colombiana em caso análogo, e cuja decisão serviu de paradigma para o caso pátrio.

Nesse sentido, se entende que, em muitos aspectos, os direitos violados dos presos se encontram também dentro do conceito dos direitos de 3ª geração.

Inclusive, a situação dos presídios é apenas um exemplo da falta de implementação dos direitos fundamentais de forma generalizada.

Como se tem visto, a violação aos direitos fundamentais dos presos transita por diversas transgressões, a saber: superlotação; homicídios cometidos entre detentos e, muitas vezes, fomentados por facções criminosas rivais; torturas entre os mesmos, além da praticada pelos agentes do Estado; violência sexual; insalubridade dos ambientes; alimentação de

péssima qualidade nutricional, em quantidade insuficiente ou até mesmo estragada; mistura de detentos (homens/mulheres, adultos/adolescentes, definitivos/provisórios) etc.

Diante deste quadro percebe-se a completa falência do sistema prisional brasileiro. Somando-se à violação dos supracitados direitos, existe outra gama de direitos que sequer são prestados, tais como: a assistência médica (saúde); a possibilidade do exercício de um trabalho; a prestação educacional que facilite sua reinserção social; assistência judiciária precária ou sua completa ausência, repercutindo, em muitos casos, numa pena para além da privação da liberdade imposta na sentença.

Neste ponto, importante fazer a seguinte reflexão: como pode, num presídio superlotado, haver presos que já deveriam ser soltos? Fato este, aliás, corriqueiro nos mutirões carcerários. Do exposto, claramente se percebe o paradoxo (a contradição) em que o nosso sistema prisional se encontra, levando à conclusão de que o mesmo está de fato falido.

Do exposto, vê-se uma situação tão complexa e generalizada que ações judiciais individuais dos presos são insuficientes à resolução do problema, requerendo, para tanto, uma defesa na modalidade coletiva, a ser perpetrada por órgãos legitimados (a exemplo da Defensoria Pública e do Ministério Público), ou por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Nessa perspectiva, os direitos desta população se encaixam perfeitamente na definição do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁶ quanto aos interesses e direitos difusos, pois são “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”. Em verdade, não se trata de defender individualmente uma pessoa reclusa, nem os detentos de apenas um presídio. A situação deve ser analisada num sentido macro, num sentido de um sistema prisional como um todo, tendo em vista que a população carcerária não é a única afetada pelas más condições dos presídios. Ou seja, um sistema carcerário precário afeta, não só os detentos, mas também seus familiares e todo o povo brasileiro que estará exposto à insegurança proporcionada por pessoas que, ao final do cumprimento da pena, sairão mais deterioradas do que entraram. Nesse contexto vemos que,

¹⁶⁶ Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

sem dúvida, são interesses e direitos difusos que foram violados. São direitos de primeira, segunda e terceira gerações tidos por vulnerados.

Seguindo adiante, percebe-se que o problema não é a falta de normas. O Brasil possui um rico lastro normativo, inclusive com foro constitucional.¹⁶⁷

Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro foi muito generoso e se espelhou em normas de envergadura internacional, já tendo internalizado as mesmas, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).¹⁶⁸ Sem falar da existência de Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – as quais foram adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes.¹⁶⁹

Dito isto, segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil – o qual foi realizado pelo CNJ por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema

¹⁶⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas: (...) e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

¹⁶⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Artigo I Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo III Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo V Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo IX Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado

Artigo XI 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966)

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2.a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas.

b) As pessoas jovens processadas deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

¹⁶⁹ Realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas¹⁷⁰ – o Brasil possui 567.655 pessoas presas. Levando-se em consideração os que estão em prisão domiciliar, este número chega a 715.592 detentos. Saliente-se que, muitos dos que estão em prisão domiciliar, assim estão justamente em decorrência da falta de vagas no sistema.

Tendo-se em conta que hoje existem apenas 357.219 vagas, o nível de ocupação atinge a cifra de 200%. Ou seja, em média, temos dois detentos para cada vaga. Países em desenvolvimento, com economia próxima da nossa, como Argentina, México e África do Sul, possuem índices de ocupação de 102%, 126% e 128%, respectivamente.

Em suma, o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo (levando-se em consideração os que estão em prisão domiciliar), atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Pois bem, por estarem sob tutela do Estado, cabe a este o dever de “cuidar” destas pessoas reclusas.¹⁷¹

Portanto, quando alguma coisa ocorre em desfavor do preso, o Estado é acionado a responder por suas falhas em razão da falta de prestação de um serviço adequado. Os precedentes da Corte são exemplo disso e de que está em vigor a Teoria do Risco Administrativo, materializada na responsabilidade objetiva do Estado.

A jurisprudência, porém, vai mais adiante e já até chegou a firmar o posicionamento da obrigatoriedade do Poder Público promover a execução de obras emergenciais em prisões, superando os argumentos de separação dos poderes e da reserva do possível, face à supremacia da dignidade da pessoa humana.¹⁷²

¹⁷⁰ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas—DMF NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL. Brasília/DF, junho de 2014. Ver também: Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN. Brasília/DF, junho de 2014.

¹⁷¹ Isso é facilmente perceptível pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1) “(...) *É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). (...) Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. (...)*” (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016);

2) “(...) *Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso.(...)*” (AI 577908 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-18 PP-03696)

¹⁷²“(...) *I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. (...)*” (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO

Do exposto acima, constata-se que o Judiciário dá uma guinada na passagem das ações individuais para as ações coletivas; os atores envolvidos superam as situações particulares de alguns detentos para atingir os mais diversos casos que envolvam direitos dos presos Brasil afora. Os juízes passam a ser voz ativa na definição das políticas públicas que devem ser adotadas pela Administração. Neste ponto, o conceito clássico de Separação dos Poderes ganha contornos relativizados a depender dos direitos que estão sendo perseguidos.

Ressalte-se que o STF tem chancelado seu posicionamento, muitas vezes, em processos com repercussão geral reconhecida, fazendo irradiar seus efeitos para os demais casos em trâmite em toda a Justiça brasileira.¹⁷³

Como dito, acredita-se que a questão deve ser analisada sob uma perspectiva maior. Não são casos individuais ou setorizados que farão o Poder Público resolver definitivamente o problema. Muito pelo contrário, algumas dessas “soluções” são, não raras vezes, um obstáculo a mais na formulação e execução de políticas públicas tendentes ao atendimento desta parte da população.

Dessa forma, o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF nº 347, instituto originário da Colômbia em situação semelhante. Esta é uma ação que enfrenta o problema como um todo e que tem como objetivo alcançar padrões mínimos de dignidade à população carcerária que está sob tutela do Estado.

O Supremo, entendendo o problema como da ordem do dia, na apreciação da liminar, aproximou a pretensão para a realidade e, para fazer valer a efetivação de sua decisão, tem se utilizado de conceitos próximos da técnica de decisão denominada “compromisso significativo”.

Como já mencionado, a Colômbia foi o primeiro país a reconhecer expressamente o Estado de Coisas Inconstitucional, e o fez em algumas situações, em especial nos seguintes casos: Caso dos direitos previdenciários dos professores (Sentencia de Unificación SU-559)¹⁷⁴, Caso do sistema carcerário (Sentencia T-153) e Caso do deslocamento forçado de pessoas (Sentencia T-025).¹⁷⁵

LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

¹⁷³ Um outro processo ainda merece atenção. O Recurso Extraordinário nº 580.252 foi julgado como sendo representativo de Repercussão Geral e tratou sobre a possibilidade de indenização por dano moral como consequência da excessiva população carcerária. Trata-se de processo que, sem dúvida alguma, poderá criar empecilhos ainda maiores para a solução do problema.

¹⁷⁴ Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos “foi na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997, quando a CCC declarou, em primeira oportunidade, o ECI. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC voltou-se a

Nos dois primeiros casos não houve muito sucesso (aliás, o segundo deles foi o que serviu de paradigma para a ADPF nº 347), mas, com relação ao último, a Corte Constitucional Colombiana monitorou a sua fase de implementação e manteve a sua jurisdição, fazendo surtir bons efeitos práticos.¹⁷⁶ Pouco a pouco, a Corte Constitucional Colombiana pôde aprimorar o instituto e torná-lo mais efetivo.

Nesse sentido, há quem critique o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pelo insucesso de alguns casos e pelo poder que o mesmo defere ao Judiciário.¹⁷⁷ Contudo, caso seja bem aplicado, principalmente quanto à fase de execução e fiscalização, alinhado com o compromisso significativo, o mesmo tem um enorme potencial de êxito e de aproximação das partes envolvidas para o diálogo institucional.

Observem-se os requisitos e condições para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional colhidos da Petição Inicial da ADPF nº 347, com alguns acréscimos: 1) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas (violações graves e sistemáticas da Constituição - falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas); 2) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos (“bloqueio institucional” para a garantia dos direitos); 3) para a superação das violações de direitos necessária a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas (necessidade de providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais); 4)

investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que era estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Publicado em 04/05/2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>).

¹⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Publicado em 01/09/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>.

¹⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Publicado em 04/05/2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Ver também RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Estado de coisas surreal**. Publicado em 25/09/2015. Disponível em: <http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>.

potencialidade de congestionamento da justiça se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Para uma melhor elucidação dos requisitos, ressalte-se que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015 – no qual se pretende incluir o art. 9º-A na Lei nº 9.882.¹⁷⁸

Vê-se, pois, que, partindo-se de um ideal nitidamente ativista, o STF abraça o estado de coisas inconstitucional e possibilita a sua utilização para inúmeras outras situações de afronta aos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Acredita-se, assim, que o referido instituto em muito pode contribuir para a efetiva prestação dos direitos elegidos pelo nosso constituinte.

Nesse sentido, alguns autores pátrios já, inclusive, percebem a possibilidade de utilização do instituto em outras áreas, a exemplo de Alvarenga que vislumbra a aplicação também no âmbito da saúde pública.¹⁷⁹

Parece, assim, que a saúde pública brasileira também está inserida num contexto de estado de coisas inconstitucional apto a ensejar sua declaração com o objetivo de “*reformular*

¹⁷⁸ PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 736, DE 2015 - ALTERA AS LEIS Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999, E 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, PARA ESTABELECEMOS TERMOS E LIMITES AO EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DISPOR SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

- I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;
- II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;
- III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

¹⁷⁹ “*Não é só o sistema carcerário que vive um estado de coisas inconstitucional no Brasil, o setor da saúde apresenta condições precárias nos hospitais de todos os entes da federação como a falta de médicos, leitos, equipamentos e infraestrutura adequada, baixa remuneração dos seus profissionais. (...) Além disso, o serviço público de saúde convive com casos de corrupção presentes no cenário da saúde pública brasileira como: superfaturamento de medicamentos e equipamentos, licitações direcionadas, maquiagem na prestação de contas e cobrança de serviços indevidos ou que não foram realmente prestados.*” (ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. **A declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira e a celebração de compromisso significativo para efetivação do direito social.** Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinós/URI/UFMS/Univali/UPF/FURG; Coordenador: Vladimir Oliveira da Silveira. Florianópolis: CONPEDI, 2016, 45-65, p. 51).

*a política pública do setor, amenizando os debates acerca da dicotomia existente entre mínimo existencial e reserva do possível”.*¹⁸⁰

Ademais, importante destacar que o estado de coisas inconstitucional também inova em termos de técnica de decisão, ampliando a relação do Poder Judiciário com as demais instituições incumbidas de executar suas determinações – o que resulta em maior efetividade quanto aos resultados desejados. Trata-se do denominado “compromisso significativo” – técnica desenvolvida na África do Sul e utilizada em larga escala para casos concernentes ao direito de moradia – a qual será estudada no capítulo a seguir.

Enfim, são muitas as situações que podem gerar um estado de coisas inconstitucional, inclusive englobando diversas áreas do Direito, tais como Direito do Meio Ambiente, do Consumidor, Direito Penal, Direito Previdenciário, dentre outros.

Ante o exposto, percebe-se que o Estado tem papel primordial na problemática envolvendo os presídios e, por consequência, na efetivação de direitos fundamentais arrolados na Constituição Federal. Nesse sentido, o instituto do estado de coisas inconstitucional e a técnica de decisão denominada compromisso significativo (ambos já em discussão no Poder Judiciário e no Poder Legislativo) podem se mostrar como instrumentos hábeis à implementação de outros direitos de 3ª geração descritos de forma programática em nossa Constituição, aproximando a previsão abstrata à sua real proteção no mundo fático.

¹⁸⁰ ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. **A declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira e a celebração de compromisso significativo para efetivação do direito social.** Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG; Coordenador: Vladimir Oliveira da Silveira. Florianópolis: CONPEDI, 2016, 45-65, p. 53.

CAPÍTULO 3 - COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

Indo além da declaração/constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional, a doutrina brasileira começa a empreender estudos sobre uma técnica de decisão traduzida para o português como “compromisso significativo” (“*meaningful engagement*”).

Segundo Lilan Chenwi e Kate Tissington, para se ter certeza que a prestação dos serviços públicos é efetiva e tem um impacto positivo na qualidade de vida das pessoas, é importante que as comunidades e o governo se comprometam significativamente entre si.¹⁸¹ Nesse sentido, para as autoras, o compromisso significativo acontece quando as partes falam e ouvem umas às outras, tentam entender a perspectiva do outro, de modo que possam atingir um objetivo específico, é, portanto, um espaço neutro onde as pessoas e o Estado podem discutir e moldar opções e soluções para problemas difíceis.¹⁸²

Trata-se de técnica desenvolvida na África do Sul e utilizada em larga escala (com considerável sucesso) para casos concernentes ao direito de moradia.

Portanto, trata-se de um instituto que, se aplicado apropriadamente, poderá abrir muitas possibilidades de entendimento e prevenção de litígios em casos estruturais. Ademais, mesmo após a instauração da lide, o “*meaningful engagement*” parece ser uma boa opção para a solução.

Quanto ao tema, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior já asseverou que

o “compromisso significativo” é figura mais apropriada do que o reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional” no que tange à determinação, pelo Poder Judiciário, de medidas a serem implementadas pelo Poder Executivo de forma a assegurar direitos fundamentais, com vistas à preservação da isonomia e harmonia dos Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, por força do que determina o art. 60, § 4º, inciso III.¹⁸³

Em verdade, conforme será visto no decorrer deste capítulo, a declaração do estado de coisas inconstitucional e a utilização da técnica do compromisso significativo não são

¹⁸¹ CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010, p. 6.

¹⁸² CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010, p. 9).

¹⁸³ VIEIRA JÚNIOR. Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 32. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de dezembro de 2015.

institutos incompatíveis ou excludentes. Aliás, mais das vezes, poderão ser empregados conjuntamente.

Ademais, importante destacar que a figura do compromisso significativo parece ser uma alternativa à superação dos argumentos contraditórios entre aqueles que defendem a judicialização irrestrita das políticas públicas com o objetivo de implementação dos direitos fundamentais e aqueles que advogam papel mais tímido do Poder Judiciário, impossibilitando-o de adentrar no mérito administrativo.

Nesse diapasão, Bernal Pulido constatou que “*A harmonia entre o caráter justiciável dos direitos sociais e os princípios da democracia representativa e da separação dos poderes é talvez o maior paradoxo dos direitos sociais*”.¹⁸⁴

É este paradoxo que se objetiva solucionar com o estudo e o emprego na prática do compromisso significativo, principalmente quando se observa, hodiernamente, a insuficiência da atual prestação jurisdicional – tema a ser abordado no item a seguir.

3.1. INSUFICIÊNCIA DA ATUAL PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Em países ainda em desenvolvimento, onde se observa o império da má administração pública, pode-se pensar que uma solução substancial seja a saída mais adequada para a incompetência do administrador. Contudo, nas palavras de Berg, enquanto o Judiciário é obrigado a dar conteúdo aos direitos socioeconômicos, ele não está disposto a se considerar tão qualificado como o administrador para implementar as políticas públicas socioeconômicas.¹⁸⁵ Tudo isso como reflexo da insuficiência da atual prestação jurisdicional.

Segundo Liebenberg, o modelo tradicional binário de lide, onde se discute um processo de litígio contraditório, não se enquadra adequadamente para solucionar as violações estruturais de direitos constitucionais.¹⁸⁶

Sobre o assunto, Arenhart ensina que

na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. De fato, tanto

¹⁸⁴ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina**. In Revista Jurídica da Presidência, v. 17, n. 111, Fev/maio 2015, p. 32.

¹⁸⁵ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 380.

¹⁸⁶ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes**. Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 5.

demandas individuais, quanto o processo coletivo brasileiro atual, mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.¹⁸⁷

Ademais, ao se propor uma ação perante o Poder Judiciário, as partes se deparam claramente com a imprevisibilidade dos resultados esperados ou, até mesmo, com a inefetividade dos seus mandamentos. Por causa disso, fomenta-se cada vez mais uma ampla participação da sociedade em tais discussões, inclusive promovendo-se o diálogo entre as instituições – é sobre isso que se passa a dissertar.

3.1.1. IMPREVISIBILIDADE DE RESULTADOS POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO.

Conforme fora observado no capítulo anterior quanto à diminuída capacidade operacional e, principalmente, quanto à ausência de conhecimento técnico, há uma grande possibilidade do Poder Judiciário não conseguir prever o resultado das suas decisões em litígios que pretendam dar eficácia aos direitos fundamentais, notadamente quando se está em discussão direitos coletivos.

Para Liebenberg, é possível que as Cortes desenvolvam interpretações que sejam insensíveis às realidades contextuais e relações de poder nos quais vários grupos sofrem violações de direitos; além disso, o Judiciário também pode não ter sensibilidade suficiente para discernir dentre os caminhos razoáveis nos quais os direitos podem ser interpretados e realizados na prática sem prejudicar seus propósitos e valores normativos.¹⁸⁸

A probabilidade de erro, portanto, se acentua quando o juízo decide inadvertidamente por um dos dois caminhos trilháveis, quais sejam: determinar a implementação do direito fundamental tal como requerido ou quando se omite em fazê-lo sob o argumento da separação de poderes, mantendo o Poder Público inerte quanto ao seu dever.

Certamente nenhuma das duas alternativas se mostra satisfatória, evidenciando a insuficiência da prestação jurisdicional, justamente pela falta de previsibilidade das consequências (dos resultados) almejados pelo Judiciário. Isso se mostra ainda mais patente ao se perceber que o juiz não tem a noção do todo, da problemática coletiva – situação já referida em partes anteriores deste trabalho.

¹⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 211-229, Jul-Dez/2015, DTR\2016\46, p. 1.

¹⁸⁸ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 12.

Nas palavras de David Wilson de Abreu Pardo,

Há motivos plausíveis para desconfiar da capacidade do Judiciário de antecipar todas as consequências de uma intervenção social sua em larga escala. Como destaca Sunstein, raramente os tribunais se tornam especialistas na área em questão e o enfoque nos casos sob litígio turva compreensão dos efeitos complexos e imprevisíveis da intervenção, cujo conhecimento é crucial, mas às vezes inacessível aos juízes. O risco é de uma intervenção judicial realmente resultar em efeitos prejudiciais e não intencionais. Mas, como tratar as situações problemáticas em que efeitos perniciosos podem decorrer tanto da intervenção quanto da omissão dos juízes? Sim, pois efeitos prejudiciais e não intencionais advêm ou de intervenções mal sucedidas ou de omissões que se revelam catastróficas. Em princípio, o risco de danos indesejados é equivalente em qualquer um dos caminhos a seguir. Por isso é que partes em disputa não deixam de tentar convencer que a direção mais apropriada está na adoção da tese que defendem, a desvelar o caráter interpretativo da percepção dos riscos.¹⁸⁹

Por óbvio, não se pode chamar tais atitudes (decisões) dos juízes de irresponsáveis, mas sim, muitas vezes, de inadvertidas. Essas ordens mandamentais que não se preocupam com os meios, mas apenas com os fins, tendem a passar por cima de circunstâncias fáticas, às vezes, insuperáveis.

Além disso, algumas determinações judiciais até indicam a forma como o objetivo final deve ser alcançado – o que pode até ser mais danoso, pois os juízes não estão afeitos aos procedimentos formais e burocráticos internos da Administração Pública –, podendo causar tumulto na práxis da resolução dos problemas pelo Poder Executivo.

Inclusive, esse tipo de atitude gera comumente um excesso de judicialização de modo a que os casos particulares sejam “resolvidos” individualmente, mas em larga escala. Isso cria uma verdadeira desordem quando analisado coletivamente.

Nesse sentido, muito pertinente a colocação de Renato Bernardi ao acertar que

Desvios ocorreram, é verdade, e o propalado ativismo deixou de ser a tábua de salvação dos oprimidos, já que o conteúdo de determinações verticais impostas a uma canetada em muitos casos tornou-se impossível de cumprimento, haja vista as limitações materiais para o atendimento de ordens emanadas de um Judiciário que apenas mandava, sem se preocupar como seria operacionalizado, na prática, o conteúdo mandamental do decidido.¹⁹⁰

Assim, sendo evidente que a prática judiciária não tem, em geral, atingido os fins pretendidos, inovações legislativas possibilitaram e fomentaram a participação de terceiros no processo com o objetivo de tornar o ambiente judicial mais participativo e democrático.

Com isso, houve o aumento na possibilidade de acompanhar os processos por parte dos amigos da corte (*amici curiae*). Esses terceiros interessados ganharam previsão genérica

¹⁸⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

¹⁹⁰ BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. **Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais**. Marília: EM TEMPO, v. 15, 2016, p. 11-34, p. 31.

no Novo Código de Processo Civil¹⁹¹ e tendem a ganhar cada vez mais espaço em todas as instâncias do Poder Judiciário, auxiliando este na identificação do problema e apontando suas razões para a defesa de tal ou qual solução. Isso se mostra ainda mais útil quando há mais de uma pessoa se manifestando com posições divergentes, facilitando à Justiça a identificação do cerne da discussão.

Segundo Ximenes,

O *amicus curiae* não é parte direta no processo, é uma pessoa – física ou jurídica – que tem interesse moral na lide e pode contribuir, com suas informações e seus conhecimentos, para encontrar a melhor solução para o caso. E, nesse sentido, sua maior representatividade pode conduzir a debates mais próximos das demandas dos cidadãos. Não há exigência de pertinência temática nem de representação nacional.¹⁹²

Ressalte-se que o *amicus curiae* participa do processo trazendo informações complementares, subsidiando a Justiça com dados e estudos relacionados ao tema do processo, de modo a esclarecer circunstâncias que devem ser levadas em consideração no momento da decisão – a qual pode reflexamente lhe atingir.

Outra forma de ampliar o debate e que também foi devidamente tratada pelo Novo Código de Processo Civil¹⁹³ diz respeito à possibilidade de utilização de audiências públicas para a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria que possam, de algum modo, contribuir com o esclarecimento da tese em discussão, principalmente em processos que terão impacto para além dos envolvidos na lide, tais como recursos extraordinários com repercussão geral, recursos especiais repetitivos, ações concentradas de controle de constitucionalidade etc.

Com essa ampla participação, e que será mais bem analisada à frente, o Poder Judiciário tem mais chances de acertar ao tratar de demandas que dizem respeito às políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais. Para Pardo, esse contraditório sincero entre as partes interessadas tende a revelar maior clareza quanto ao ponto controvertido nas causas

¹⁹¹ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

¹⁹² XIMENES, Julia Maurmann. **O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 6, vol. 1, 119-141, 2010, p. 134.

¹⁹³ “Art. 927 (...) § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

“Art. 983 (...) § 1º Para instruir o incidente [de resolução de demandas repetitivas], o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.”

“Art. 1.038. O relator poderá: (...) II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;” [julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos]

em que se discutem políticas públicas, fazendo com que o juiz pise em solo mais firme e, por consequência, a intervenção judicial seja menos traumática.¹⁹⁴ Em outras palavras, a incisão judicial no problema se dará apenas no *quantum* necessário para sua resolução, evitando-se tanto a omissão do Poder Judiciário quanto o excesso de atuação em matéria reservada a outros poderes.

Certamente a simples ampliação do debate judicial não é suficiente. A decisão do juiz ainda assim será deficiente se não considerar os argumentos de todas as partes envolvidas no caso. Aliás, estas, sob certas balizas (judiciais), podem encontrar a melhor solução por serem justamente as pessoas afetadas; melhor do que qualquer decisão judicial.

Inclusive, a respeito da possibilidade de decisão judicial que acabe por desagradar ambas as partes em litígio, Arenhart assevera o seguinte:

A intervenção da comunidade envolvida é fundamental para que a solução obtida realmente espelhe os anseios sociais. Não é raro que alguns acordos, embora concluam o processo, o fazem desagradando exatamente o público que deveria ser beneficiado. Em tais situações, evidencia-se que a participação do “legitimado extraordinário” da ação coletiva deixou de representar a coletividade, para representar algum interesse outro, desvirtuando o âmago da autorização legal para sua intervenção desse tipo de causa. Além disso, a participação social permite o controle – pelo público que será impactado pela decisão – sobre o conteúdo, as razões e as possibilidades da solução acordada. Sabendo os motivos que levaram a certo acordo, é possível que a sociedade tenha maior compreensão sobre os limites existentes (em relação a outras possíveis soluções) e sobre a utilidade de determinada cláusula ou de determinada prestação. Também é possível, com isso, que esses grupos exerçam seu legítimo poder de opor-se aos termos do acordo, demonstrando sua insatisfação com a atuação do legitimado extraordinário, do poder público ou do Poder Judiciário. Enfim, essa intervenção é essencial para a legitimidade e para o controle da solução consensual.¹⁹⁵

Foi isso que motivou a Corte Constitucional da África do Sul (nos casos pioneiros) a adotar o “*meaningful engagement*” para amenizar os duros efeitos de seu julgamento. Ela o fez através de uma ordem cuidadosamente elaborada, exigindo maior compromisso e estabelecendo as condições em que as desocupações devessem que ocorrer¹⁹⁶ – tudo com o objetivo de fazer prevalecer o mandamento constitucional de efetivação do direito de moradia.

Esse estudo será feito mais detidamente adiante.

¹⁹⁴ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

¹⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 211-229, Jul-Dez/2015, DTR\2016\46, p. 7.

¹⁹⁶ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 750.

3.1.2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

Seguindo o mesmo norte do que fora exposto linhas atrás, a sociedade está mudando e está cada vez mais organizada em associações, sindicatos, organizações não-governamentais dentre outros agrupamentos de pessoas com objetivos comuns.

Essa coletivização dos indivíduos tem facilitado o acesso dos mesmos a diversos foros de debate, tais como perante a Justiça, bem como perante a Administração Pública. Isso faz com que seja possível que a sociedade tenha participação cada vez mais ativa e coercitiva na definição e efetivação das políticas públicas.

Para Sandra Liebenberg, um sistema de direitos baseado no respeito à dignidade humana, autonomia e igualdade é inerente ao modelo deliberativo de democracia.¹⁹⁷ Ximenes inclusive ensina que “*A ideia de democracia participativa está associada à ideia de atitude por parte do cidadão*”.¹⁹⁸

Nessa mesma linha, Bob Hepple enuncia que o projeto do constitucionalismo transformativo somente poderá ter sucesso se aqueles que são diretamente afetados pela aplicação dos direitos socioeconômicos e de igualdade tiverem voz ativa na sua implementação.¹⁹⁹

No que pertine ao Judiciário, este deve estar atento a esses movimentos com o objetivo de levá-los em consideração, pois evidenciam com maior clareza os anseios da sociedade e a forma como esta interpreta e espera a concretização dos direitos fundamentais.

Aliás, num modelo de democracia deliberativa, os tribunais podem desempenhar um papel valioso na proteção dos interesses e valores vitais que as normas de direitos humanos visam proteger.²⁰⁰ De fato, David Pardo também acredita que o Judiciário tem papel relevante nesse processo; contudo, às vezes, é extremamente complicado discernir se uma política pública está ou não de acordo com o direito. Por isso, antes de chamar para si a autoridade da

¹⁹⁷ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 8.

¹⁹⁸ XIMENES, Julia Maurmann. **O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 6, vol. 1, 119-141, 2010, p. 134.

¹⁹⁹ HEPPLÉ, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law**. South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 248.

²⁰⁰ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 11.

última palavra, é importante que a Justiça, ciente de suas limitações, busque primeiramente fomentar uma deliberação continuada e comprometida.²⁰¹

Torna-se, portanto, imprescindível a conexão da sociedade com a Administração Pública também pela via judicial. Dessa forma, nas palavras de Anashri Pillay, na tentativa de reconciliar a proteção judicial dos direitos com a legitimidade democrática, muitos estudiosos estão se voltando para formas dialógicas, ou de conversas sociais, de revisão judicial – as quais veem o Judiciário como um ator num diálogo contínuo com outros ramos do governo, assim como com a sociedade civil, a respeito de como proteger melhor os direitos.²⁰²

O Poder Judiciário, nessa lógica, seria um dos atores no imprescindível diálogo contínuo entre o Poder Executivo e a sociedade que o mesmo representa. Ademais, há até quem defenda que a participação pública na tomada de decisões do governo é indispensável para o alcance da justiça social. Oliver Fuo defende essa posição ao afirmar que a participação pública no governo local é um requisito indispensável para a perseguição da justiça social pelas autoridades locais.²⁰³

Como será melhor estudado mais adiante, mas que já se pode anteciper, o compromisso significativo é uma manifestação do modelo deliberativo que se espera da Justiça.²⁰⁴ Essa fórmula inclusive tem sido aplicada na África do Sul com relativo sucesso.

Vale lembrar que ao mesmo tempo em que a democracia participativa faz com que a sociedade seja ouvida e respeitada, faz também com que a sociedade se torne corresponsável pelas decisões tomadas.

Para Pillay, a linguagem da democracia participativa (de onde o compromisso significativo deriva) carrega a sugestão de que os indivíduos afetados não são apenas participantes na obtenção de soluções viáveis para a entrega de direitos sociais e econômicos, mas também, principalmente, responsáveis pelas falhas na implementação dos projetos sociais e econômicos.²⁰⁵

²⁰¹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

²⁰² PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 736.

²⁰³ FUO, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive**. African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191, p. 169.

²⁰⁴ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 749.

²⁰⁵ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 751.

Daí a importância da necessidade de balizamento pelo Judiciário para o alcance final pretendido, qual seja: a máxima efetivação possível dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Se por um lado a Justiça se contém de decidir diretamente sobre o direito pretendido, por outro lado passa a exercer um poder diferenciado de aproximar as partes e demandar alternativas de conciliação ou, ao menos, aproximação. Pillay afirma que, num entendimento dialógico, espera-se das Cortes o exercício tanto dos poderes comunicativos como coercitivos.²⁰⁶

Liebenberg afirma que um modelo de democracia deliberativa vem a ser o mais promissor para conciliar a tensão entre as normas de direitos humanos universais amplamente formuladas e o valor da participação democrática na resolução das lides.²⁰⁷ Mais adiante arremata que a democracia deliberativa enriquece e aprofunda a democracia representativa, expandindo as oportunidades de participação ativa de pessoas numa ampla gama de processos de tomada de decisão.²⁰⁸

Vê-se, portanto, que o diálogo institucional tem a capacidade de resolver diversos problemas de uma só vez, superando os entraves argumentativos da separação dos poderes, assim como retirando a Administração Pública da inércia. Ademais, acredita-se que a aproximação das instituições já representa um grande avanço, permitindo o diálogo e a convergência de objetivos.

Dissertando sobre o assunto, David Pardo enuncia que

Pelas teorias do diálogo, não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre as instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca pelo melhor significado constitucional, estabelecendo uma cadeia de contribuições que ajudam a refinar, com a passagem do tempo, as boas respostas aos dilemas coletivos. Nisso, a separação de poderes envolve circularidade e complementaridade infinitas. O desafio é, então, desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir as respostas melhores aos direitos fundamentais, levar a sério o potencial epistêmico da pretendida deliberação interinstitucional, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias.²⁰⁹

²⁰⁶ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 737.

²⁰⁷ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 7.

²⁰⁸ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 10.

²⁰⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo"**. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

Importante sempre lembrar que a Força Normativa da Constituição deve conduzir as ações dos Poderes Públicos e que a Vontade de Constituição deve prevalecer sobre as dificuldades ora apresentadas pela Administração.

Muitas vezes o Poder Executivo se mantém inerte sem maiores motivos, devendo ser instado a se movimentar. A sociedade também, com suas demandas infinitas, parece não compreender os limites do Estado.

Assim, nesse cabo de guerra, a corda não deve arrebentar. As exigências pautadas pelos direitos previstos na Constituição não podem se afastar da realidade factível. E o Judiciário, ciente dos limites de ambas as partes, precisa estar consciente da realidade para, daí, conscientizar os litigantes a encontrarem um denominador comum.

Nesse trabalho se busca justamente defender que a intervenção judicial deve estimular a deliberação democrática ao invés de atrapalhá-la. A teoria do direito e a prática da realidade devem andar juntas.

Renato Bernardi e Ana Paula Meda sintetizam bem a questão:

Aprendendo com os próprios erros, as cortes judiciais brasileiras estão descobrindo que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, ao invés de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Fica de lado a vetusta ideia de supremacia judicial; as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico. A opção de partir para o diálogo institucional promove vantagens democráticas e ganho de efetividade prática de suas decisões, contribuindo realmente para melhoria da situação.²¹⁰

Assim, a democracia participativa e o diálogo institucional parecem encontrar no compromisso significativo um instituto estruturado capaz de mudar a lógica das decisões, bem como de alterar a realidade da efetivação dos direitos fundamentais – o que leva, ainda, a um outro ponto de assaz importância, qual seja: o novo papel de mediador do Poder Judiciário.

3.2. A NECESSIDADE DE CONCILIAÇÃO E DE ELABORAÇÃO DE UMA NOVA TÉCNICA DE DECISÃO. O PAPEL DE MEDIADOR DA JUSTIÇA.

Viu-se que a atual prestação jurisdicional é insuficiente para a ampliada efetivação dos direitos fundamentais, bem como que o Judiciário precisa se renovar com o objetivo de

²¹⁰ BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. **Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo”**: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. Marília: EM TEMPO, v. 15, 2016, p. 11-34, p. 31-32.

emprestar maior legitimidade às suas decisões, por meio dos ideais da democracia participativa e do diálogo institucional.

Chega-se, até aqui, na assunção e no fomento de um novo papel para a Justiça: o de mediador, culminando na tentativa de generalização da aplicação de uma nova técnica de decisão.

Pois bem, por ora, já se percebe que o Poder Judiciário não pode ser mais o único e principal ator para a efetivação dos direitos fundamentais. Em verdade, os demais atores (Poder Público e sociedade) até parecem estar mais preparados para o atingimento deste fim.

Poderia-se até dizer que a função da Justiça deixa de ser a daquela que efetivará o direito fundamental, passando a ser a daquela que viabilizará as partes alcançarem esse objetivo. O Poder Judiciário passa a ter outro papel.

John Hart Ely, interpretando a famosa nota de rodapé do caso *United States vs. Carolene Products Co.* afirma que “*é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permaneçam abertos*”.²¹¹ Mais adiante, citando o juiz Linde, Ely afirma em seu trabalho que “*a Constituição não deve prescrever resultados legítimos, mas sim processos legítimos*”.²¹² Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário, atento a esses ensinamentos, deve procurar o seu espaço e renovar a sua atuação de dirigente na composição dos litígios da sociedade.

Segundo David Pardo, para que essa autocomposição intermediada pelo Judiciário seja considerada bem sucedida, ela não precisa necessariamente ser completa e abrangente. Ainda que a resolução seja parcial, a Justiça terá deixado às partes a responsabilidade pelo alcance de seus fins, tornando menos complexa a atuação judiciária posterior.²¹³

Retratando ainda sobre as enormes vantagens que cercam a busca por uma solução conciliada, mais especificamente sobre os litígios socioambientais, o autor acima exalta o papel de mediador do Poder Judiciário de modo a que essa instituição, ao mesmo tempo em que se afasta da controvérsia, aproxima as partes para uma resolução participativa.²¹⁴

²¹¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 101.

²¹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 134.

²¹³ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”.** Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

²¹⁴ “*Ater-se aos elementos objetivos que mais bem sustentam as descrições alternativas e construir com as partes entendimentos recíprocos intermediários, em diálogos sinceros e participativos, são mecanismos importantes para o tratamento judicial dos conflitos socioambientais. Eles reduzem os pontos em disputa, ainda*

Aliás, essa ideia de que o juiz se afaste do mérito do problema e se concentre na forma como pode possibilitar que as partes o resolvam é o resultado de uma equação na qual se reconhece que os juízes têm o sério dever de participar da efetivação dos direitos, mas que possuem limitações institucionais e operacionais para esse intento.

Segundo Pillay, uma tentativa de se comprometer seriamente com a questão de como os juízes devem abordar os direitos fundamentais exige o reconhecimento de que a Justiça tem um papel a desempenhar na aplicação dos direitos sociais e econômicos, bem como de que estão limitados por fatores institucionais e constitucionais em fazê-lo.²¹⁵

Lembrando que as partes devem estar comprometidas nessa atividade conciliatória. Não basta a vontade do juiz de aproximar os participantes da lide para a autocomposição, é necessário que eles estejam dispostos a tanto.

O que se verifica muito comumente na prática judiciária é que os entes públicos, seja pelos entraves burocráticos, seja pela reiterada ideologia da separação dos poderes, não se dispõem a discutir soluções dialógicas. Boa parte da advocacia pública ainda insiste na tese de que as políticas públicas não poderiam ser formuladas (ou até mesmo amadurecidas) perante o Poder Judiciário.

Bem se sabe que esta linha de pensamento já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos do Judiciário como se pôde demonstrar no capítulo anterior. Assim, a evolução da prática judicial também passa pela mudança de mentalidade do Poder Público e de seus representantes.

Inclusive, essa evolução que se pretende expor já foi testada em outros países que possuem semelhança socioeconômica com o Brasil; no caso, a África do Sul com o instituto do compromisso significativo com relação ao direito de moradia – conforme será visto no item a seguir.

Adianta-se, no entanto, alguns esclarecimentos quanto ao instituto, notadamente no que se refere à necessidade da Administração Pública se fazer representar em juízo com poderes e vontade para transigir:

Apesar de a parte não ver a Corte decidir logo acerca dos direitos constitucionais que julga valiosos, o método do compromisso significativo tem a vantagem importante de ser um modelo de revisão judicial compatível com a democracia

que estes continuem sendo relevantes, e clarificam os efeitos indesejados de uma intervenção judicial nas políticas públicas. E, assim, ajudam a esclarecer o que de fato se mantém controverso, para uma intervenção judicial localizada e menos abrangente possível” (PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.)

²¹⁵ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 735.

deliberativa. Pois propicia que os indivíduos, ou as comunidades, sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, ou que as partes construam a decisão final juntas. (...) Na verdade, constitui não somente postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público, mas um método com o propósito justamente de fomentar a participação e a atividade política democrática. A política estimulada pelo Judiciário, na perspectiva da interação deliberativa, e não sendo estorvada por ele.

Pela ótica inversa, o compromisso tem a sinceridade de reconhecer os desafios inerentes à adjudicação dos direitos sociais, econômicos e culturais, ‘enquanto ainda preserva a habilidade das cortes de jogar um papel em assegurar que esses direitos não sejam meras promessas vazias’, pois um compromisso é exigido em favor dos direitos. As partes são judicialmente constrangidas à deliberação, visando a reparar direitos violados ou a satisfazer pretensões baseadas em direitos reconhecidos. Caso uma deliberação não aconteça por entraves burocráticos, ou dissimulações da Administração Pública, a intervenção judicial pode avançar na parte substantiva da controvérsia, pois em primeiro plano estaria sendo cobrada a atitude de levar a sério os direitos das pessoas e a realização de procedimento em contraditório, espinha dorsal do processo democrático participativo, inclusive na esfera administrativa. E não se vislumbra uma justificativa constitucionalmente plausível para a Administração Pública resistir a essa cobrança. Ela está inteiramente submetida à cláusula do devido processo legal.²¹⁶

Além dessas retrocitadas problemáticas, percebe-se que na maioria das vezes o que se discute não é “qual” o resultado (o fim) do direito, mas “como” ele deve ser implementado. Representante nenhum do Poder Público teria argumentos suficientes para se manifestar contrariamente à prestação de serviços públicos essenciais, tais como educação, saúde, saneamento básico. O cerne da discussão é justamente a forma como tais direitos podem ser prestados, com alocação de quais recursos, em quanto tempo, em que grau de qualidade etc.

E para isso, o Poder Judiciário não tem melhor capacidade de se manifestar do que os próprios interessados. Por isso imprescindível que aquele poder fomente a participação destes para que, de forma conciliada, atinjam seus objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, importante fazer algumas considerações também com relação a um instituto que em muito ajudou na efetivação dos direitos fundamentais, qual seja: o Termo de Ajustamento de Conduta. Instituto este que dispõe de utilidade prioritária no âmbito administrativo, mas infelizmente com baixa efetividade – talvez em razão da pequena coercitividade imposta ou, principalmente, em razão do pouco diálogo fomentado entre as partes.

O Termo de Ajustamento de Conduta tem previsão na Lei nº 7.347/85²¹⁷ e tem como finalidade a assinatura de um documento administrativamente perante os órgãos legitimados

²¹⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

²¹⁷ Art. 5º (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

(Ministério Público, Defensoria Pública e entes públicos) com o objetivo de adequar as condutas dos participantes à legalidade.

Muitas vezes esses TAC's são assinados também em razão de ilegalidades ou omissões cometidas pela própria Administração Pública – circunstância de essencial interesse para o presente trabalho.

Esses termos devem prever cominações na eventualidade de descumprimento e têm eficácia de título executivo extrajudicial. Ou seja, os órgãos legitimados podem acionar o Poder Judiciário (principalmente por meio das Ações Civas Públicas) no caso dos participantes do TAC não adotarem as medidas impostas pelo referido documento.

O que se percebe na prática é que, em razão das enormes garantias e prerrogativas que cercam a Administração Pública (e também burocracia, excesso de formalismo e necessidade de observância do princípio da legalidade), muitas vezes esta não cumpre com o combinado. Ademais, é importante considerar que os próprios órgãos legitimados (notadamente Ministério Público e Defensoria Pública) não possuem grandes margens de negociação; normalmente os prazos são muito exíguos e os objetivos a serem alcançados muito pretensivos – aliado ao fato de que há a “ameaça” de ajuizamento de ACP's contra os envolvidos na eventualidade de não-assinatura.

Ressalte-se que na realização do TAC não há participação do Poder Judiciário, este somente será acionado posteriormente e com âmbito de atuação bastante reduzido, tendo em vista a já formação do título executivo – muito embora se acredita que nessa via processual também possa haver o compromisso significativo.

Como se vê, de fato, como os TAC's são feitos hoje e o grau no qual os participantes estão dispostos a conciliar no âmbito administrativo, a sua eficácia ainda se encontra em pequena monta, em que pese ser uma excelente oportunidade perdida de resolução das ilegalidades sem a necessidade de acionamento do Judiciário. Para que o TAC funcionasse adequadamente, a cultura de litigiosidade dos entes públicos já deveria ter sido ultrapassada; e mais, já deveria ter incorporado a deliberação democrática como procedimento comum perante seu âmbito administrativo. Em não sendo assim, não resta outra alternativa aos interessados senão abarrotar o Judiciário com tais demandas de políticas públicas.

No compromisso significativo, donde se entende já ter havido o ajuizamento da ação, as partes, dentre elas o Poder Público, têm maior pressão para o encontro de uma solução, sob pena do juiz proferir decisão, pautada de incerteza, que pode ser boa ou ruim para uma ou ambas as partes.

Nesse sentido, eles se sentem mais “motivados” ao encontro de uma autocomposição, tornando a técnica do compromisso significativo mais eficiente do que o procedimento do Termo de Ajustamento de Conduta. Ressalte-se que o ideal para o acordo seria que as partes estivessem dispostas a conciliar antes mesmo que o Poder Judiciário tomasse conhecimento da ilegalidade.

Não se está aqui afirmando que um seja melhor ou pior que o outro, mas que a realidade do Brasil exige um instituto mais incisivo para a efetivação dos direitos fundamentais. E se para isso é necessário que haja a mediação do Judiciário, talvez o compromisso significativo seja uma solução mais adequada.

Nas palavras de Bob Hepple, a negociação no contexto dos litígios estruturais é um fenômeno relativamente novo, sendo muito cedo para sugerir um modelo único para esse processo, mas se pode sugerir que as negociações para implementação desses direitos socioeconômicos provavelmente envolverão todas ou algumas das seguintes fases: (1) estabelecimento de arranjos de comunicação, incluindo a localização física e as reuniões presenciais; (2) identificação dos objetivos de cada parte, libertando-se das expressões de queixas, raiva e frustração; (3) elaboração de uma agenda de questões negociáveis; (4) exploração mútua das opções para implementação dos direitos em questão; (5) escanteamento das questões sobre as quais seja impossível chegar a um acordo, deixando-as para que o tribunal resolva; (6) alcance de acordo sobre questões em que haja entendimento comum; (7) redução das áreas acordadas por escrito com a respectiva assinatura dos representantes das partes; e (8) implementação do acordo sob supervisão externa do órgão jurisdicional ou administrativo.²¹⁸

Essas fases realmente parecem ser adequadas e devem, sempre que possível, ser seguidas pelos Tribunais com o objetivo do alcance do acordo comum entre as partes, aproximando-se dos objetivos do compromisso significativo.

Nas palavras de Brian Ray, ao invés de diálogo, no sentido em que ele é tipicamente entendido (na forma de conversa entre as Cortes e os ramos políticos), o compromisso significativo se depara com a interação entre a sociedade civil, os cidadãos e o governo. Nesse contexto, as Cortes teriam o papel apenas de apoio.²¹⁹

²¹⁸ HEPPLÉ, Bob. *Negotiating Social Change in the Shadow of the Law*. South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 271.

²¹⁹ RAY, Brian. *Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement*. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 712.

Assim, sem uma base ampla, contínuo diálogo e compromisso sobre os direitos humanos, tais direitos provavelmente terão apenas um valor muito superficial na sociedade e provavelmente não serão implementados de maneira efetiva e sustentada.²²⁰

Enfim, para Shanelle van der Berg, o Judiciário precisa superar a sua resistência em reconhecer e se comprometer com a simbiose entre a justiça administrativa e os direitos socioeconômicos. Havendo essa integração, a influência normativa dos direitos socioeconômicos (bem como outros direitos e interesses) pode ser vista como provocadora da justiça processual com substância. O compromisso significativo resulta como uma manifestação dessa sinergia potencialmente vibrante e transformadora.²²¹

Dessa forma, com os ideais do compromisso significativo em voga, talvez até se possa vislumbrar futuramente uma maior aceitação dos envolvidos a um debate sincero e transparente, pautado pela boa-fé, também no âmbito extrajudicial.

3.3. COMPROMISSO SIGNIFICATIVO. HISTÓRICO E EXPERIÊNCIA DA ÁFRICA DO SUL.

Inicialmente, antes de adentrar propriamente na origem do compromisso significativo, importante considerar o conceito de *Ubuntu-botho*, filosofia reconhecida pela Corte Constitucional sul-africana, que teve, e ainda tem, reflexos na construção da jurisprudência daquele país.

Segundo Albie Sachs, o *Ubuntu* “foi fundamental para o espírito de reconciliação e a criação de pontes que possibilitaram à nossa sociedade profundamente traumatizada superar e transcender as divisões do passado”.²²²

Para o autor, esse conceito tem a ver com a justiça restaurativa, de modo a priorizar o princípio da reparação em detrimento do punitivismo. Para isso, o *Ubuntu* está ligado aos elementos do encontro, da reparação, da reintegração e da participação – os quais seriam traduzidos da seguinte maneira:

²²⁰ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 12.

²²¹ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 398.

²²² SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101-102.

O encontro (diálogo) permite que vítimas e agressores falem sobre o dano causado e como as partes entender-se-ão no futuro. A reparação concentra-se em reparar o dano perpetrado em vez de distribuir punições. A reintegração à comunidade depende da consecução do respeito mútuo e compromisso recíproco de um para com o outro. E a participação pressupõe encontro menos formal entre as partes que permite a interação de outras pessoas próximas a elas.²²³

Conforme se observa, o *Ubuntu* foi essencial para que a África do Sul superasse, na medida do possível, as diferenças e cicatrizes tão marcantes que o *Apartheid* causou em sua sociedade. Certamente os princípios simplesmente punitivistas não teriam o condão de provocar as mudanças necessárias para a transição pacífica que se almejava.

Portanto, desses elementos se percebe um norte comum consubstanciado na reconciliação – a qual deve ser perseguida por todos os setores do governo e da sociedade sul-africana; dentre os quais o Poder Judiciário, em todos os seus graus, também está vinculado à necessidade de solução adequada dos conflitos que lhe são dirigidos.

Nesse sentido, o pensamento coletivo do *Ubuntu* é intrínseco à cultura sul-africana, influenciando sobremaneira o germen do compromisso significativo – o que poderá ser constatado pelos itens a seguir.

3.3.1. VISÃO GERAL DO INSTITUTO. A CONSTITUIÇÃO E A CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL.

Para que se possa compreender melhor o compromisso significativo, imprescindível analisar, primeiramente, o contexto vivenciado pela África do Sul na elaboração de sua Constituição – a qual veio a ser promulgada em 1996.

Nessa época, a África do Sul tinha apenas recentemente abolido a política do *Apartheid* que privou uma imensa maioria de excluídos dos mais diversos e básicos serviços públicos de que se possa imaginar.

Assim, seguindo (tardamente) um movimento mundial de constitucionalização dos direitos, a República Sul-Africana sacramentou em sua Carta diversos direitos fundamentais coletivos que devem ser perseguidos pela Administração Pública. Oliver Fuo assevera que os direitos socioeconômicos abrangidos pela Declaração de Direitos deste país incluem os direitos de acesso à moradia; serviços de saúde; alimentação e água suficientes; seguridade e

²²³ SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102.

assistência social; educação; acesso à terra de forma equitativa; direitos ambientais; e o direito de detidos e prisioneiros a condições que sejam consistentes com a dignidade humana, sendo dever do Estado disponibilizar acomodação adequada, nutrição, tratamento médico e material de leitura.²²⁴

Portanto, percebe-se que a referida Constituição Sul-Africana, assim como a Constituição do Brasil, definiu como objetivo do Estado, dentre outros, fornecer acesso à moradia, saúde, comida e água, seguridade e assistência social, educação; constitucionalizou os direitos referentes ao meio ambiente, ao acesso à terra, direitos dos presos etc.

Noutro trabalho, Oliver Fuo descreve que a Constituição da República da África do Sul de 1996 é considerada diferente das constituições clássicas liberais ou das Declarações de Direitos de outras partes do mundo, na medida em que na mesma há um compromisso com o futuro. É um texto constitucional com uma visão transformadora visando corrigir as injustiças do passado e estabelecer uma sociedade baseada na justiça social. Essa visão é entendida como um compromisso constitucional que se traduz em um mandamento constitucional implícito para buscar a justiça social. A execução desta determinação depende em grande parte do respeito pelas autoridades à Constituição e da realização de uma série de direitos inerentes à Declaração de Direitos. Assim, o mandamento constitucional obriga todas as esferas de governo a realizar os direitos enraizados na Constituição com o objetivo de beneficiar os necessitados. Alás, todos os direitos na Constituição têm o mesmo status na medida em que são todos justiciáveis.²²⁵ Essa lógica, inclusive, se assemelha muito com a ideologia do Ubuntu.

Percebe-se, assim, que a Constituição da África do Sul se assemelha em muito com a do Brasil, inclusive ambos os países encontram-se em semelhante estágio de desenvolvimento econômico e social – o que faz com que em ambos se possibilite similar demanda do Judiciário quanto à judicialização dos referidos direitos fundamentais.

Essa possibilidade de judicialização também na África do Sul tem sido vista com muito interesse pelos estudiosos do tema e, assim como no Brasil, eles se dividem entre aqueles que vêem na Constituição uma norma com caráter programático (com baixo grau de implementabilidade) em que as normas procedimentais deveriam se sobrepor frente às substanciais, e, por outro lado, também há aqueles que acreditam num papel mais ativo da

²²⁴ FUO, Oliver Njuh. **Constitutional basis for the enforcement of “executive” policies that give effect to socio-economic rights in South Africa**. Potchefstroom Elec. L. J., vol. 16, n. 4, 1-44, 2013, p. 12-13.

²²⁵ FUO, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive**. African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191, p. 170.

Corte Constitucional no que pertine à efetivação dos direitos sociais e à facilitação da democratização do processo de tomada de decisão.

Pillay demonstra com clareza esse entendimento que em muito se assemelha com o que ocorre no Brasil ao afirmar que a abordagem centrada na razoabilidade dos direitos sociais e econômicos do Tribunal Constitucional, desenvolvida em suas três primeiras decisões relacionadas ao tema, atraiu tanto elogios como críticas. Para alguns estudiosos, identificou-se uma preocupação com as limitações internas estabelecidas nas seções 26(2) e 27(2) da Constituição Sul-africana (relacionados com o direito à moradia); teria ocorrido uma consequente falta de conteúdo real dos direitos, a rejeição de uma abordagem básica mínima dos direitos e um foco no procedimento, ao invés da substância. Seriam essas as principais falhas apontadas ao Tribunal na adjudicação de direitos sociais e econômicos. Já outros estudiosos têm visto a abordagem do Tribunal Constitucional como uma tentativa admirável de equilibrar a implementação de direitos sociais e econômicos com o respeito aos processos democráticos de tomada de decisão. Diante disso, muitos passaram a acompanhar os julgamentos subseqüentes do Tribunal Constitucional com interesse, esperando ver como sua jurisprudência de direitos sociais e econômicos irá se desenvolver.²²⁶

Ademais, ressalte-se que a jurisprudência da Corte Constitucional Sul-Africana tem influenciado outros países (em especial da própria África) no dever de facilitar a participação da sociedade nas decisões da Administração Pública. A título de exemplo cita-se o Quênia, a Tunísia e o Zimbábue.²²⁷

Nesse sentido, importante considerar que a Corte Constitucional Sul-Africana declarou que o compromisso significativo está diretamente fundamentado na Seção 26(2) da Constituição. Ademais, o compromisso significativo foi elevado ao status de uma das considerações que serão levadas em conta nos termos da Seção 26(3) quando a um órgão do Poder Judiciário for solicitada a concessão de um pedido de desocupação.²²⁸

Vejamos a literalidade do teor do referido dispositivo da Constituição da África do Sul:

Section 26: (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be

²²⁶ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 739.

²²⁷ FOU, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive.** *African Human Rights Law Journal*, 15, 2015, 167-191, p. 169.

²²⁸ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance.** *South African Journal on Human Rights*, 29, 376-398, 2013, p. 383-384.

evicted from their home. or have their home demolished. without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.

Conforme já foi dito, mas se explica melhor agora, a Corte Constitucional da África do Sul desenvolveu a sua jurisprudência quanto à facilitação da participação compromissada dos atores judiciais em diversos casos relacionados ao direito à moradia – o qual se confrontava com a pretensão das autoridades públicas em promover a desocupação de uma grande quantidade de pessoas que não teriam, por conseqüência, para onde ir.

Pardo assinala que

No pioneiro caso de Grootboom, a Corte Sul-Africana usou pela primeira vez o teste da razoabilidade das medidas legislativas e administrativas necessárias para a implementação progressiva do direito à moradia, dentro dos recursos disponíveis (...). E se aos demandantes não seria dado alcançar na Corte a própria residência, ainda assim tiveram reconhecida a exigibilidade de medidas legislativas e outras para a progressiva realização do direito à moradia. (...) A intervenção judicial fora no sentido de requerer um programa razoável para garantir o acesso à moradia, incluindo algum tipo de programa assegurando as demandas emergenciais, mas não garantindo, como se disse, a própria residência para cada um.²²⁹

Essa foi uma primeira experiência que veio a influenciar outros casos, inclusive com aprimoramento do instituto conhecido como compromisso significativo.²³⁰ Os casos mais importantes serão tratados no item a seguir, onde será demonstrado que a Corte africana chegou à conclusão da imprescindibilidade da utilização do instituto para os casos envolvendo o direito à moradia.²³¹

Berg afirma que o compromisso significativo desenvolveu tanto um requisito para uma política governamental razoável em casos de direitos socioeconômicos quanto um remédio onde tenha havido um compromisso inadequado antes do litígio. Tem sido, ora elogiado como um desenvolvimento inovador que supera certos problemas relacionados à deferência judicial, ora criticado como uma abdicação e proceduralização da efetivação direitos socioeconômicos. Nos casos em que os direitos socioeconômicos e o direito

²²⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

²³⁰ “Mas a Corte não estacionou na sugestão inicial do teste da razoabilidade da atividade estatal. Ao longo do tempo, refinou sua metodologia de exigibilidade dos direitos sociais e econômicos para chegar, em decisões mais recentes, à elaboração e ao uso do conceito de “compromisso significativo” (meaningful engagement). O conceito foi desenvolvido na decisão *Olivia Road (ÁFRICA DO SUL, Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others 2008 (5) BCLR 475 (CC))*, manejado, após, sem sucesso em *Mamba (ÁFRICA DO SUL, Mamba and Others v Minister of Social Development and Others CCT65/08, Court Order dated 21 August 2008 (CC))* e refinado satisfatoriamente em *Joe Slovo (ÁFRICA DO SUL, Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others Case 2009 (9) BCLR 847 (CC))*” (PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.)

²³¹ FUO, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive**. African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191, p. 184.

administrativo se cruzam, o valor do compromisso significativo pode, no entanto, ser reconhecido como um requisito potencialmente indutor da justiça administrativa para a equidade processual com a substância normativa, ao invés de procedimentalização da jurisprudência relacionada com os direitos socioeconômicos.²³²

Essa via de “mão-dupla”, representada pelo compromisso significativo, de fato foi determinante para a boa resolução de diversos casos relacionados com o direito à moradia nos quais a Administração Pública pretendia promover o despejo dos ocupantes das referidas áreas – sendo sempre salutar ressaltar que para o bom proveito do processo as partes estejam dispostas a compreender as razões ofertadas pela parte *ex adversa*.²³³

O compromisso significativo, assim, pode ser entendido como um desenvolvimento da equidade processual, reconhecendo esta equidade como um processo contínuo de discussão sobre os direitos socioeconômicos, ao invés de um requisito superficial a ser observado exclusivamente no momento em que uma decisão final é tomada.²³⁴

Com o passar do tempo, e tendo em vista o sucesso da utilização do compromisso significativo para o caso do direito à moradia, a jurisprudência da Corte Sul-Africana passou a contemplar o uso da referida técnica para outras ações relacionadas com a implementação de direitos socioeconômicos.

De fato, o compromisso significativo tem a vantagem de aproximar e facilitar a participação dos envolvidos na formulação das políticas públicas, possuindo efeito também na garantia da legitimação democrática das instituições e Poderes constituídos.

Nas palavras de Pillay, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da África do Sul mostra que o compromisso significativo pode ser uma ferramenta útil para a promoção dos direitos sociais e econômicos. Os tribunais podem usar o conceito com grande efeito para facilitar a participação dos interessados, proporcionando-lhes alívio imediato e provocando mudanças substanciais na política governamental a longo do tempo. O compromisso

²³² BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance.** South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 376-377.

²³³ Muller retrata essa necessidade ao afirmar que “*The Court proceeded to define meaningful engagement as ‘a two-way process’ in which a local authority and those that stand to be evicted would talk to each other meaningfully in order to achieve certain objectives. The Court held further that meaningful engagement had the potential to contribute towards the resolution of disputes and ‘to increased understanding and sympathetic care’ if both the local authority and those that stand to be evicted grappled with the issues that pertain to the achievement of housing development objectives*” (MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011, p. 743-744).

²³⁴ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance.** South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 395.

significativo também tem a enorme vantagem de preservar o respeito pela legitimidade democrática dos órgãos legislativos. Aliás, o Tribunal Constitucional chega ao extremo de afirmar que a utilização do instituto seria um dos fatores determinantes para a demonstração da razoabilidade das ações governamentais.²³⁵

Essa parece ser a conclusão a que chegou a Corte Sul-Africana e que pode ser testada noutros países. De todo modo, com o objetivo de esclarecer as especificidades de alguns casos enfrentados pela referida Corte e o caminho seguido pela mesma para se chegar ao compromisso significativo, passa-se ao item seguinte.

3.3.2. CASOS.

Como já fora dito, o “*meaningful engagement*”, traduzido para o português como “compromisso significativo”, foi desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul na medida em que ia se deparando com casos de difícil resolução relacionados com direitos socioeconômicos – os quais demandavam solução mais criativa do que a jurisprudência vinha fornecendo.

Pois bem, o instituto do compromisso significativo não surgiu pronto, sendo fruto de tentativas e erros por parte daquela Corte Constitucional.

Os primeiros casos nos quais se começou a desenvolver o dever de utilização do compromisso significativo entre as partes foi nos julgamentos de *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* (doravante chamado apenas de *Grootboom*) e *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (doravante chamado apenas de *Port Elizabeth*).²³⁶

Segundo Brian Ray, muitos de fora da África do Sul sugeriram que a abordagem relativamente restrita dos direitos socioeconômicos que o Tribunal Constitucional havia desenvolvido até aquele momento representava o equilíbrio correto entre o mandamento judicial e a deferência às decisões de política legislativa e executiva. O primeiro caso

²³⁵ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 753-754.

²³⁶ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance** South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 381.

relacionado ao direito de moradia do Tribunal, *Grootboom*, é o exemplo mais famoso desta restrição.²³⁷

A Sra. Grootboom, que emprestou seu nome ao caso, morava em barracos numa região alagada próxima à Cidade do Cabo. Estima-se que mais de 5.000 pessoas viviam nas mesmas condições naquela localidade. Não aguentando mais viver em tais condições subumanas, já tendo esperado mais de 07 anos para que o governo lhe disponibilizasse moradia de baixo custo subsidiada, resolveu mudar-se para uma colina desocupada juntamente com outras 1.000 pessoas. Em que pese ter havido negociações com o proprietário, as mesmas foram infrutíferas, findando-se com o despejo prematuro dos ocupantes ilegais. Aliás, muitos deles sequer estavam presentes para resgatar seus poucos pertences. Após essa desocupação, foram obrigados a se deslocar para um campo esportivo – onde não tinham melhores condições de moradia do que nas localidades anteriores.²³⁸

Diante desta situação, os cidadãos afetados apresentaram pedido urgente ao Tribunal de Justiça – o qual admitiu que o Poder Público vinha progressivamente dando efetividade ao direito de acesso à moradia, mas que sua atitude era insuficiente para a garantia de uma proteção básica, notadamente no que diz respeito aos direitos das crianças previstos na Constituição da África do Sul.²³⁹

Dessa decisão, o Estado recorreu à Corte Constitucional – a qual chegou à conclusão que o programa de moradia do governo estava em desacordo com os ditames da Constituição, principalmente pelo fato de não contemplar situações de extrema gravidade, como a vivenciada pela Sra. Grootboom. A despeito deste entendimento, Albie Sachs, integrante da Corte, afirma que esta deixou “*ao Estado a decisão de como poderia sanar, na prática, sua falha*”.²⁴⁰ Ou seja, deixou praticamente toda a decisão nas mãos do Poder Público, sem diretrizes claras de quais objetivos deveriam ser alcançados, sem fiscalização, sem prazos, sem punição. Utilizou-se ao máximo da auto-contenção.

Percebe-se, portanto, que o caso *Grootboom* vem sendo descrito como uma abordagem "dialógica", "fraca", ou de "lei administrativa". Esses rótulos destacam a reticência do Tribunal em se envolver diretamente no desenvolvimento de políticas públicas, preferindo

²³⁷ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 707.

²³⁸ SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151-152.

²³⁹ SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.

²⁴⁰ SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165-166.

dar ampla discricionarietà aos ramos políticos, impondo apenas indiretamente esses direitos. Por essa mesma razão, os críticos da abordagem do Tribunal em *Grootboom*, e nesses outros casos iniciais, acusam-no de proceduralizarem esses direitos, recusando-se a lhes dar conteúdo substantivo.²⁴¹

Albie Sachs acrescenta que a Sra. Grootboom morreu sem nunca ter mudado sua residência de um barraco para uma casa – o que lhe rendeu homenagem póstuma do governo como defensora dos sem-teto²⁴² – situação que demonstra com clareza a dificuldade enfrentada pela sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais.

No caso de *Port Elizabeth* continuou-se a desenvolver o instituto. Aliás, no voto do Juiz Albie Sachs no julgamento desse caso (Sachs J, 2005 (1) SA217 (CC), para 39), apresentando o compromisso pela primeira vez²⁴³, afirmou-se que

na busca da solução das contradições acima, os aspectos processuais e substantivos de justiça e equidade nem sempre podem ser separados. O papel administrativo dos tribunais talvez precise encontrar expressão em maneiras inovadoras. Assim, um modo potencialmente dignificante e eficaz para lograr reconciliação sustentável dos diferentes interesses em jogo é incentivar e requerer que as partes envidem entre si esforços proativos e sinceros para encontrar soluções mutuamente aceitáveis. Sempre que possível, a interação face a face respeitosa ou a mediação através de terceiros deve substituir o combate impessoal de oponentes intransigentes.²⁴⁴

Em que pesem esses casos iniciais, a experiência sul-africana, relacionada com o direito constitucional de moradia e com o desenvolvimento do instituto em estudo, foi bem mais expressiva nos seguintes casos: 1) *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg* (doravante chamado apenas de *Occupiers of 51 Olivia Road*) e 2) *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (doravante chamado apenas de *Residents of Joe Slovo Community*) – aos quais se passa a analisar.

No primeiro dos casos acima referidos, *Occupiers of 51 Olivia Road*, a Corte Constitucional, diante de um processo de despejo promovido pela Cidade de Johannesburg, determinou que as partes se comprometessem umas com as outras de modo significativo com o objetivo de encontrarem, conjuntamente, uma solução menos drástica para o caso. De fato,

²⁴¹ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 708.

²⁴² SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 240.

²⁴³ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation**. *South African Journal on Human Rights*, 27, 107-126, 2011, p. 125.

²⁴⁴ HEPPLER, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law**. *South African Law Journal*, v. 129, 248-273, 2012, p. 252.

naquela ocasião estava em discussão o pedido de despejo de aproximadamente 400 pessoas que moravam em seis prédios²⁴⁵ – os quais não estavam condizentes com as normas de segurança e higiene da capital sul-africana.

Segundo Brian Ray, o “*National Building Regulations and Building Standards Act (NBRA)*”, uma lei da época do *Apartheid*, era o fundamento legal que permitia às municipalidades o poder de despejo dos ocupantes de qualquer imóvel considerado inseguro ou anti-higiênico.²⁴⁶

Ainda de acordo com o mesmo autor, a oposição dos residentes foi o resultado do esforço coordenado de organizações não-governamentais que, trabalhando juntas, promoveram esforços para a proteção do direito à moradia nas comunidades pobres na África do Sul. Nesse sentido, o *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)* publicou um extenso relatório criticando o programa do governo e descrevendo argumentos legais e políticos contra esse programa. O *COHRE* contou ainda com a parceria do *Centre for Applied Legal Studies (CALS)* e, em conjunto com a *Community Law Centre da University of the Western Cape*, assinaram petições de *amicus curiae* em apoio aos residentes.²⁴⁷

Pois bem, contra essa demanda, os ocupantes alegaram que eventual determinação referente à retirada dos mesmos daquela localidade lhes ocasionaria sérias e graves consequências, pois muitos deles viviam em decorrência do comércio informal, do trabalho doméstico e da coleta de materiais recicláveis – tudo relacionado com aquela localidade específica.²⁴⁸

Ademais, importante registrar uma constante nas determinações de retirada de localidades específicas: os ocupantes, na maioria das vezes, não têm para onde ir. Portanto, a consequência mais evidente do exercício forçado das ordens de despejo é a transformação dessa população em sem-tetos, que vão irremediavelmente ocupar outras localidades da cidade, tais como ruas, pontes, parques. Enfim, a solução de um problema acaba gerando outro de igual ou superior gravidade.

²⁴⁵ Ressalte-se que este processo de despejo era apenas parte de uma estratégia mais ampla que objetivava alcançar por volta de 67.000 pessoas de 235 propriedades ditas inseguras. (LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 14).

²⁴⁶ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 704.

²⁴⁷ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 704.

²⁴⁸ MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership**. *Stellenbosch L. Rev.*, 22, 742-758, 2011, p. 742.

Assim, eventual ordem de desocupação que venha a ser levada a cabo necessitará da elaboração de plano de realocação dessas pessoas, e, enquanto residência definitiva não for fornecida, que seja pelo menos determinada acomodação temporária.²⁴⁹

Enfim, na construção do instituto do compromisso significativo, a Corte Constitucional traçou, no caso *Occupiers of 51 Olivia Road*, algumas linhas mestras que tornavam imperiosa a sua utilização. Nas palavras de Muller, o Tribunal relacionou explicitamente o compromisso significativo com a obrigação de tomar medidas legislativas razoáveis, assim como outras medidas dentro do limite dos recursos disponíveis para fornecer acesso à habitação adequada. O Tribunal afirmou sua abordagem interpretativa sobre o direito de acesso à habitação adequada, vinculando também a obrigação com o direito à dignidade humana e ao direito à vida. Por fim, o Tribunal vinculou o compromisso significativo com as obrigações que os Municípios têm de se esforçar para a prestação de serviços de forma sustentável, a promoção do desenvolvimento socioeconômico e o envolvimento de comunidades (e suas organizações) nos assuntos do governo local.²⁵⁰

Nesse sentido, tendo como escopo o desenvolvimento do direito ao acesso à moradia adequada, reflexo do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Público tem o dever de se comprometer significativamente com as partes envolvidas, resolvendo suas diferenças, para o alívio daqueles que se encontram em situação de indignidade e a necessária promoção do desenvolvimento econômico e social.

Na sua análise, Liebenberg assevera que o resultado dessa ordem de compromisso significativo foi um acordo compreensivo entre as partes – o qual incluiu etapas para tornar os edifícios mais seguros e habitáveis; disposições detalhadas relativas à realocação dos ocupantes para acomodação alternativa no centro da cidade; a identificação dos edifícios em questão; a natureza e o padrão do alojamento a ser fornecido e o cálculo do aluguel a pagar. O acordo estipulava ainda que esta acomodação alternativa seria fornecida enquanto se aguardasse a disponibilização de soluções adequadas de habitação permanente, desenvolvidas pela Cidade em consulta com os ocupantes interessados. O referido acordo foi homologado pelo Tribunal em 5 de novembro de 2007.²⁵¹

²⁴⁹ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 733.

²⁵⁰ MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership**. *Stellenbosch L. Rev.*, 22, 742-758, 2011, p. 743.

²⁵¹ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 15.

Brian Ray diante desta situação descreve que, perto do fim do prazo, as partes apresentaram depoimentos à Corte descrevendo a solução da maioria das questões no caso. Entre outras coisas, o acordo definiu que a Cidade tornasse os edifícios existentes mais seguros e mais habitáveis, limpando-os e fornecendo serviços de saneamento, acesso à água e sanitários. Antes de realocar os moradores dos edifícios designados para a reforma, a Cidade concordou ainda em renovar vários outros edifícios no centro da cidade de Joanesburgo para fornecer segurança contra despejo, dentre outros, além de limitar quaisquer taxas de aluguel para não mais de 25% da renda mensal dos ocupantes. A cidade também concordou em consultar os residentes sobre a provisão de soluções adequadas de habitação permanente, tendo em conta as políticas de habitação em todas as esferas de governo aplicáveis.²⁵²

O resultado exitoso no caso em análise foi tão expressivo que Oliver Fuo chega a afirmar que a participação pública, ou o compromisso significativo a nível de governo local, pode ser usado para encontrar os fundamentos comuns sobre os desafios que as municipalidades enfrentam na busca da justiça social.²⁵³ Mais à frente, o mesmo autor completa que a Corte, em razão desta experiência, determinou que os órgãos do Poder Judiciário (em toda e qualquer lide envolvendo situação análoga) somente devem aceitar que uma ordem de despejo será justa se forem satisfeitos todos os passos para se encontrar uma solução acordada, mediada.²⁵⁴

Essa vitória dos ocupantes teve um impacto imediato na realidade fática, a Cidade não só deixou de promover o despejo dos moradores que fizeram parte do processo, como também suspendeu todo o programa de despejo.²⁵⁵

Por outro lado, o caso dos *Residents of Joe Slovo Community* teve circunstâncias consideravelmente diferentes do que as que foram enfrentadas pelos *Occupiers of 51 Olivia Road*. Os *Residents of Joe Slovo Community* representavam uma massa de aproximadamente 20.000 pessoas que se instalaram informalmente na cidade do Cabo e que também estavam enfrentando ordens de desocupação da localidade em que eles residiam. Em que pese ter havido relativo diálogo entre o Poder Público e os representantes dos residentes, há sérias

²⁵² RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 705-706.

²⁵³ FOU, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive**. African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191, p. 184.

²⁵⁴ FOU, Oliver Njuh. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive**. African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191, p. 186-187.

²⁵⁵ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 705.

dúvidas de alguns autores se o compromisso significativo foi adequadamente aplicado ao caso.²⁵⁶

Pelo que Pillay nos narra, a Corte permitiu unanimemente a desocupação dos residentes sob certas condições. Deveria ser obedecido um cronograma, segundo o qual o despejo estaria diretamente vinculado a uma realocação temporária enquanto as unidades habitacionais estivessem em construção; assim como 70% das unidades construídas seriam destinadas aos referidos residentes da comunidade. Muito embora tais termos, os residentes não concordaram, e o fizeram sob a alegação de que a ocupação não era ilegal e que não tinham sido formalmente notificados da desocupação. Além disso, eles argumentaram que seria preferível que as obras de melhoramento fossem realizadas enquanto eles estivessem em suas residências, inclusive evitando as dificuldades de realocação de quantitativo extremamente elevado de pessoas.²⁵⁷

Ressalte-se que a acomodação temporária que se pretendia fornecer seria em localidade diversa e distante das moradias dos residentes – o que imporia gravame excessivo a ser suportado pelos integrantes daquela comunidade.

Segundo Liebenberg, neste caso se pretendia o despejo e a realocação de uma comunidade estabelecida de cerca de 20.000 pessoas – as quais ocupavam o assentamento informal de Joe Slovo nos arredores da Cidade do Cabo –, a fim de facilitar um grande desenvolvimento habitacional, o chamado N2 Gateway Project. Argumentou-se que a realocação da comunidade para unidades temporárias de reassentamento em Delft, a cerca de 15 quilômetros de suas residências atuais, era necessária para permitir a modernização e construção de moradias formais nos termos do referido projeto. Decidiu-se que as melhorias com a permanência da comunidade não era viável e, em consequência, a mesma deveria ser transferida para Delft. Enfim, o compromisso inicial de que 70% dos que foram transferidos poderia retornar findou por não se concretizar na primeira fase do projeto. Ademais, a confiança entre as comunidades e os órgãos de Estado não pode mais se sustentar pelo fato de que os aluguéis foram fixados em valores substancialmente mais altos do que o inicialmente previsto – o que tornou as oportunidades de habitação inacessíveis para a grande maioria das famílias da comunidade Joe Slovo. Além disso, muitos moradores temiam que a realocação para Delft iria destruir seus já frágeis meios de subsistência e ligações comuns, e que eles não

²⁵⁶ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 742.

²⁵⁷ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 743.

teriam acesso às escolas, aos transportes e a outras instalações das quais dependiam em Joe Slovo.²⁵⁸

Comparativamente com o primeiro caso estudado, parece que as determinações emanadas da Corte não se coadunariam com os preceitos do compromisso significativo. Contudo, importante ressaltar que as circunstâncias eram bem diferentes, de modo que a solução apontada também deveria se adequar ao caso concreto – o que possibilitou que a Justiça sul-africana permitisse que a desocupação continuasse, desde que cumpridas as determinações impostas.²⁵⁹

Em suma, a ordem de despejo foi confirmada, porém a Corte submeteu a execução da mesma a condições bem detalhadas,²⁶⁰ tendo em vista que o bem maior a que o projeto N2 Gateway procurava alcançar, em conjunto com a necessidade de “realismo e praticidade”, superava os defeitos no processo de compromisso.²⁶¹

A conclusão desse julgado fez Pillay asseverar que, apesar das áreas restantes de desacordo entre as partes, o caso dos *Occupiers of Olivia Road* demonstra que o compromisso significativo pode ser usado como uma ferramenta eficaz para proporcionar alívio substantivo às pessoas que tentam ver garantidos seus direitos sociais e econômicos; muito embora esta avaliação otimista tenha sido um pouco diluída pelo tratamento emprestado pelo Tribunal sobre a noção de compromisso significativo no caso dos *Residents of Joe Slovo Community*.²⁶²

Apesar disso, importante considerar aquilo que se disse linhas acima: um caso era bem diferente do outro e, portanto, demandavam soluções diversas, em que pese o mote para a conclusão de ambos tenha sido o mesmo, qual seja: a promoção da aproximação entre as partes para o encontro de uma solução adequada, a consideração da opinião de ambos e a tentativa de adequação dos anseios dos afetados com a possibilidade fática.

Esses são os casos mais divulgados de compromisso significativo no âmbito da efetivação do direito à moradia na África do Sul, mas que podem servir de exemplo para a

²⁵⁸ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 21.

²⁵⁹ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 745.

²⁶⁰ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 22.

²⁶¹ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. *African Human Rights Law Journal*, 12, 1-29, 2012, p. 23.

²⁶² PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**. *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 747.

efetivação dos demais direitos econômicos e sociais previstos na Constituição. Aliás, a possibilidade de utilização do instituto noutras áreas será tratada adiante em item próprio.

3.3.3. REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

A esta altura, importante extrair determinados requisitos que foram considerados pela Corte Constitucional Sul-Africana nos precedentes acima e que, aos poucos, vêm sendo esclarecidos/traduzidos pela doutrina especializada para a utilização do compromisso significativo.

A referida Corte pôde, notadamente no primeiro julgado (*Occupiers of 51 Olivia Road*), com certa minúcia, demonstrar que para que o “*meaningful engagement*” tenha sucesso seria primeiramente imprescindível que as partes se aproximassem para o diálogo imbuídos de boa-fé. Tanto a Administração Pública como os cidadãos interessados (no caso da África do Sul, os ocupantes ilegítimos) devem se comprometer a atuar estritamente pela boa-fé, desarmados, e com uma renovada apreciação dos seus papéis na lide. Para Muller, isso permitirá no processo um espaço para a participação pública e possibilitará um espaço para um diálogo aberto, honesto e transparente – o que torna muito mais fácil a compreensão mútua dos participantes do imbróglio.²⁶³

Aliás, importante considerar que a transparência é imprescindível para o bom desenvolvimento do diálogo. As partes devem o tanto quanto possível delinear muito bem seus objetivos na situação de modo a permitir o pleno conhecimento pela parte *ex adversa* do seu intuito. Sem isso, e caso as partes mantenham interesses obscuros ou escondidos, o sucesso do compromisso pode ser seriamente afetado ou até mesmo inútil para o fim que se persegue.

Igualmente, eventual sigilo certamente seria contra-produtivo no processo.²⁶⁴

Ademais, ressalte-se que, segundo Muller, o compromisso significativo não é um procedimento rápido e que seja alcançado do dia para a noite; ele requer tempo suficiente para que a participação dos interessados possa inicialmente definir o plano, a política pública e, até

²⁶³ MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011, p. 758.

²⁶⁴ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'.** African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 16.

mesmo, a legislação. Todo esse movimento findará com a implementação e, principalmente, com a preservação do referido plano, política pública e legislação.²⁶⁵

Nessa toada, por meio da necessária mediação e força do Poder Judiciário, deve haver indicação dos objetivos a serem alcançados, bem como os temas mínimos para deliberação. Com essa delimitação da discussão a ser empreendida pelas partes, afasta-se bastante material desnecessário e que poderia atrapalhar a objetividade do diálogo que se pretende realizar.

A Justiça, portanto, gerencia o processo intervindo quando necessário para garantir que o compromisso seja significativo e para determinar quando o engajamento adicional seja preciso.²⁶⁶

Um outro ponto importante para a melhor utilização da técnica do compromisso significativo diz respeito ao momento em que a Corte é provocada pelas partes (ou provoca as partes) para a tentativa de encontro da melhor solução. A tempestividade da provocação da Justiça, com esse intento, terá reflexos nas medidas que podem ser adotadas pelos interessados. Aliás, isso foi crucial na diferenciação entre os casos vistos no item acima. Para os *Occupiers of 51 Olivia Road*, o compromisso significativo foi alternativa que se disponibilizou em momento comparativamente anterior ao que fora empreendido para o caso dos *Residents of Joe Slovo Community*, e isso trouxe reflexo nas limitações das medidas que puderam ser impostas neste último caso.

Na opinião de Bob Hepple, o compromisso deve ocorrer preferencialmente antes da lide ser instaurada, a não ser que não seja possível ou razoável em decorrência da urgência ou outro motivo relevante.²⁶⁷

Aliás, importante considerar que os litigantes não podem requerer demandas sem razoabilidade. Eles, partindo da boa-fé e do compromisso da transparência, devem ter plena consciência de que os recursos públicos são limitados e, como demonstrado no capítulo anterior, tais recursos devem englobar uma quase-infinitude de necessidades e solicitações da população.

Ressalte-se que, segundo Fuo, a razoabilidade (a que se refere aqui) para a realização dos direitos socioeconômicos deve levar em consideração os objetivos da Constituição, a natureza multidimensional da pobreza e a capacidade das instituições responsáveis pela

²⁶⁵ MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011, p. 753.

²⁶⁶ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation.** South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011, p. 115.

²⁶⁷ HEPPLER, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law.** South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 260.

implementação da legislação e políticas públicas sociais. Por isso que tais atos e normas devem ser balanceados, flexíveis e devem prestar atenção às necessidades de curto, médio e longo prazo.²⁶⁸

Isso sempre leva aos ensinamentos e balizas de Konrad Hesse sobre a Vontade de Constituição em sua Teoria da Força Normativa da Constituição, apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, e à necessidade dos participantes do compromisso significativo se manterem atentos à realidade em que estão inseridos. Isso permitirá que os objetivos e anseios da Constituição continuem sempre alcançáveis, de modo a não se romper a barreira que finde por tornar a Constituição em mera folha de papel.

Seguindo adiante, com o objetivo de otimizar e compilar as demandas individuais, principalmente nas comunidades mais densamente povoadas, é imprescindível a escolha de líderes para sentar à mesa com os representantes do Poder Público. Sempre lembrando que, por se tratar de decisões que afetam diretamente os direitos dos envolvidos, após a realização do acordo ou da escolha das medidas a serem adotadas, os líderes devem levar à comunidade representada o resultado do compromisso, de modo a obter a necessária aprovação coletiva antes da finalização dos debates com a Administração.²⁶⁹

A participação da sociedade civil organizada em auxílio às partes interessadas se faz extremamente necessária, notadamente quando se percebe que tais grupos desfavorecidos são particularmente vulneráveis à pressão de poderosas contrapartes ao negociarem seus direitos constitucionais.²⁷⁰

O esforço adicional nesse sentido é necessário para afastar o receio daqueles que têm demonstrado objeção à preferência da Corte por remédios procedimentais. Segundo Ray, caso não haja um esforço mútuo no sucesso do compromisso, o triunfo da procedimentalização pode significar a perda do potencial transformador dos direitos.²⁷¹

Por sua vez, o governo deve se compatibilizar com a especificidade do compromisso significativo e, para isso, não pode permanecer numa atitude burocrática e institucional de intratabilidade.²⁷² Observe-se que, em muitas ocasiões, a Administração deverá tratar com

²⁶⁸ FOU, Oliver Njuh. **Constitutional basis for the enforcement of “executive” policies that give effect to socio-economic rights in South Africa.** Potchefstroom Elec. L. J., vol. 16, n. 4, 1-44, 2013, p. 18-19.

²⁶⁹ MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011, p. 755.

²⁷⁰ HEPPLER, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law.** South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 262.

²⁷¹ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation.** South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011, p. 126.

²⁷² MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011, p. 756.

peças que, formalmente, estão vivendo à margem da lei e da sociedade. Assim, caso o Poder Público crie um bloqueio intransponível para lidar com tais situações, o compromisso significativo não surtirá os efeitos desejados de superação de um estado de coisas inconstitucional do modo menos agressivo e drástico. Dessa forma, é importante que os representantes do Estado sejam cuidadosos, sensíveis, flexíveis e estejam preparados para lidar com situações extremas de pobreza e marginalidade.

Por fim, as medidas encontradas de comum acordo entre as partes, além de gozar de certa flexibilidade, devem, igualmente, ser acompanhadas atentamente pelo Poder Judiciário com o objetivo de, quando se fizer necessário, readequá-las ao quadro fático que ora venha a se apresentar. A fiscalização é imprescindível, notadamente para impedir que o Poder Público mantenha-se inerte quanto às determinações que lhe foram impostas ou aquém das expectativas transparecidas no diálogo do compromisso.

Para Berg, tanto o conteúdo normativo como a supervisão pelos tribunais são ambos extremamente necessários para a realização do potencial transformador dos direitos socioeconômicos, bem como para garantir que os requerentes pobres não litiguem seus direitos em vão.²⁷³

No mais, imprescindível o sobrestamento (a suspensão) do fim da jurisdição. Nas palavras de Marco Costa:

Não se pode confundir, portanto, a decisão judicial com o ‘fim’ da jurisdição constitucional, entendendo-se a palavra ‘fim’ em sua dubiedade: o que se quer dizer é que, podendo-se conceber que a ‘essência’, a questão principal da jurisdição constitucional é promover o diálogo constitucional interinstitucional – sendo este o mais novo espaço político democrático consoante com as aspirações e complexidades da sociedade atual –, tal diálogo deve ser estendido ao máximo, pois configura condição de possibilidade de uma ordem social legítima e concretamente democrática.

Isto não importa, de modo algum, em dilatar inadvertidamente o momento da decisão judicial dentro da jurisdição, mas, ao contrário, tratando-se do compromisso constitucional mais originário, a decisão judicial que reconhece direitos fundamentais não implementados deve ser apenas um ponto de partida privilegiado para o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Esta, portanto, não se encerra com a decisão, pois deste modo não alcançaria sua finalidade principal.

Uma vez que se tenha, em sede de jurisdição constitucional, questões de extrema complexidade, que requerem ações combinadas de diversos órgãos e instituições, estatais ou não, a decisão judicial deve indicar os rumos para seu cumprimento, o qual deve se dar como extensão do diálogo constitucional, com a maior participação possível e sob os cuidados e responsabilidade do juiz constitucional. Toda jurisdição constitucional e, portanto, todo ativismo judicial encontra sua legitimidade mais ao

²⁷³ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance.** South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 386.

propiciar o diálogo constitucional que no conteúdo da decisão judicial, sempre passível de erro como de revisão.²⁷⁴

Nessa mesma linha, Bob Hepple já tinha enunciado que a legitimidade da negociação dependerá da forma como as Cortes analisam e supervisionam o processo; onde houver uma lide constitucional, a Corte poderá reter a jurisdição supervisonal para garantir que o acordo é justo para as minorias e que está sendo adequadamente implementado.²⁷⁵

Aliás, o adjetivo de “significativo”, que se liga ao “compromisso”, tem importante papel a desempenhar neste momento, sendo imprescindível a atuação da Justiça para esse fim com a fixação de datas e a previsão de sanções, acaso a pretensão acordada não venha a se realizar parcial ou integralmente.

Inclusive, importante destacar que, segundo Berg, ao se reconhecer as raízes procedimentais do compromisso significativo, um espaço é deixado intacto para que os juízes (nos casos de direitos socioeconômicos) se envolvam com o conteúdo dos direitos em questão e emitam remédios tangíveis quando apropriado.²⁷⁶

Para o instituto agir como um mecanismo criador de legitimidade é imprescindível que as Cortes continuem a desenvolvê-lo e que intervenham, particularmente, onde o governo falhe em se comprometer significativamente.²⁷⁷

Finalizando este ponto com os ensinamentos de Brian Ray, importante considerar que as Cortes são apenas o ponto de início. Para que o compromisso realmente tenha sucesso, a Administração Pública deve desenvolver políticas de engajamento compreensivas e institucionalizar essa praxe em todos os níveis. Por sua vez, a sociedade civil deve ampliar o seu papel pressionando por compromisso significativo para além dos casos individuais, advogando pela referida institucionalização.²⁷⁸

²⁷⁴ COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 201-202.

²⁷⁵ HEPPLÉ, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law**. *South African Law Journal*, v. 129, 248-273, 2012, p. 272.

²⁷⁶ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. *South African Journal on Human Rights*, 29, 376-398, 2013, p. 394.

²⁷⁷ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation**. *South African Journal on Human Rights*, 27, 107-126, 2011, p. 115.

²⁷⁸ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation**. *South African Journal on Human Rights*, 27, 107-126, 2011, p. 109-110.

Em suma, são requisitos: o diálogo com boa-fé, a transparência, o tempo adequado para as tratativas, a tempestividade da provocação, a delimitação da discussão (temas mínimos de deliberação), a indicação dos objetivos a serem alcançados, a razoabilidade, a flexibilidade, a indicação de representantes para as partes, a aprovação coletiva, a participação da sociedade civil organizada, a fiscalização da Justiça, a retenção da jurisdição, a fixação de datas e a previsão de sanções.

Todos os requisitos e nuances acima referidos têm sua importância para o alcance dos objetivos ansiados pela sociedade na efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Dito isto, passa-se à análise da possibilidade de utilização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Diferentemente do Brasil, o compromisso significativo surgiu na África do Sul num contexto de reconhecimento do *Ubuntu* como patrimônio cultural influenciador da própria ordem constitucional no que pertine à “*necessidade de interdependência, respeito e cuidado humanos*”.²⁷⁹

A despeito dessa origem, a tradução do pensamento do *Ubuntu* se dá em conceitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro, tais como humanidade, dignidade, moralidade e solidariedade. Além disso, o seu norte acaba sendo a superação da polarização dos adversários em prol do alcance da solução conciliada.

Nesse sentido, em que pese as instituições brasileiras não possuam um conceito extremamente claro que favoreça a esses fins, os objetivos que ele pretende alcançar podem ser muito bem encontrados na Constituição Federal. Em outras palavras: apesar da sociedade brasileira não reconhecer o espírito do *Ubuntu* como algo propriamente nacional, nada impede reconhecer os seus objetivos como algo delineado na cultura jurídica brasileira por meio dos princípios da dignidade, moralidade e solidariedade.

Assim, esses princípios também podem ser considerados, *mutatis mutandi*, como base para a adoção no Brasil do instituto do compromisso significativo.

²⁷⁹ SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

Nessa linha, conforme visto nos itens anteriores, a Corte Constitucional da África do Sul desenvolveu a técnica do compromisso significativo e pôde com isso alterar, aos poucos, a forma de adoção, escolha e implementação das políticas públicas socioeconômicas pela Administração Pública, tendo esta absorvido a noção do instituto.²⁸⁰

Certamente a experiência do país africano ainda não está totalmente concluída, ainda havendo inúmeros desafios a serem enfrentados para superação da desigualdade e pobreza extrema, mas o desenvolvimento do compromisso significativo demonstra uma luz para a efetivação dos direitos fundamentais numa sociedade em semelhante estágio de desenvolvimento socioeconômico com o Brasil.

Dessa forma, o teste do compromisso significativo no ordenamento jurídico e na prática judiciária brasileira apresenta-se como sendo uma alternativa viável para a efetivação de inúmeros direitos fundamentais, individuais ou sociais, previstos em nossa Constituição.

Conforme será visto adiante, trataremos da (des)necessidade de previsão legislativa para sua utilização; dos instrumentos processuais pátrios nos quais a técnica poderia ser aplicada; quais matérias seriam passíveis de adequação ao instituto; bem como se conclui com as possíveis vantagens e desvantagens (armadilhas) do compromisso significativo.

3.4.1. (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO NORMATIVA.

No estudo da origem do instituto na África do Sul, constatou-se que o compromisso significativo foi construído pela Corte Constitucional daquele país sem que houvesse uma previsão legal.

Ou seja, trata-se de criação pretoriana, formada pelos tribunais, sem uma lei explícita que discipline pormenorizadamente como o compromisso significativo deve ser aplicado concretamente. Aliás, discute-se aqui se realmente seria necessária uma norma que o fizesse.

Pois bem, assim como na Constituição da África do Sul, há diversos dispositivos na Constituição brasileira da qual se poderia aferir a conclusão de que, para a consecução dos seus objetivos, se poderia utilizar de diversos institutos, dentre eles o que agora se delineia como compromisso significativo:

Aliás, o texto da Constituição de 1988 contém disposições relativas à cidadania (art. 1.º, II), soberania popular e representação (art. 1.º, parágrafo único), devido processo legal e (art. 5.º, LIV) e contraditório (art. 5.º, LV), bem como aos direitos de receber

²⁸⁰ PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** *Int'l J. Const. L.*, vol. 10, n. 3, 732-755, 2012, p. 751.

informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5.º, XXXIII), de petição (art. 5.º, XXXIV) e ainda de participação do usuário na Administração Pública (art. 37, § 3.º, I e II), que podem servir como fontes para uma aplicação do compromisso significativo no Brasil. A partir desse contexto normativo, com a aplicação do método judicial se garante o cidadão como participante no procedimento decisório de natureza administrativa, lado a lado do agente político ou administrativo, uma forma qualificada de participação da cidadania na administração pública. E ganha novo sentido o entendimento jurisprudencial pátrio de que os direitos sociais impõem ao Estado a ‘obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso’ aos correspondentes serviços (STF, AgRg no AgIn 734.487, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, DJE 20.08.2010. Ainda o STF, mesmo sentido: AgRg no RE 436.996, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006; AgRg no RE 271.286, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000).²⁸¹

Dessa forma, acredita-se que o Poder Judiciário estaria munido de substrato normativo suficiente para aplicar com segurança, e a flexibilidade necessária, os princípios delineados pelo compromisso significativo.

Inclusive, da análise do julgamento da medida liminar na ADPF nº 347, percebe-se que aqui acolá o Supremo Tribunal Federal já vem assimilando alguns dos requisitos presentes na doutrina do compromisso significativo, ainda que o faça implicitamente e sem citar o conhecimento desta técnica.²⁸²

Em que pese este entendimento – o qual segue a linha da experiência sul-africana –, há hoje no Brasil o Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015 (já referido acima quando se tratou do tema do Estado de Coisas Inconstitucional), que pretende inserir na Lei nº 9.882 os arts. 9º-B e 9º-D – os quais conceituam o compromisso significativo e criam requisitos necessários à celebração do mesmo.²⁸³

²⁸¹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

²⁸² Daí a necessidade de se estudar o compromisso significativo com profundidade, possibilitando embasamento consolidado aos mais diversos órgãos do Poder Judiciário para a sua adequada aplicação.

²⁸³ PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 736, DE 2015 - ALTERA AS LEIS Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999, E 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, PARA ESTABELECEMOS TERMOS E LIMITES AO EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DISPOR SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

Art. 9º-B. (...) Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.

Art. 9º-D. São requisitos necessários à celebração do compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, na decisão liminar ou definitiva de mérito:

- I – fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e segmentos afetados na autocomposição do conflito constitucional submetido à apreciação judicial;
- II – designação dos interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas que se responsabilizarão pela efetividade do compromisso significativo;
- III – prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas ao Supremo Tribunal Federal nos prazos estipulados;

Trata-se de proposta muito interessante que pode, inclusive, fomentar com maior autoridade a utilização do instituto pelo Poder Judiciário. Contudo, ao normatizar a situação, corre-se o risco de engessar a atuação da Justiça e limitar os ganhos que poderiam ser alcançados pelas partes. A flexibilização do instituto, adaptado ao caso concreto, parece ser orientação mais consentânea com os objetivos pretendidos.

Para Brian Ray a institucionalização do instituto poderia ajudar a aliviar o possível problema de falta de coesão.²⁸⁴ Para o autor, ainda que cada compromisso tenha os seus desafios específicos e exijam adaptação do modelo básico, alguns aspectos poderiam ser generalizados e aplicados sistematicamente.²⁸⁵

De todo modo, a pretendida sistematização legal, ainda que se acredite que não seja totalmente necessária, certamente tem a melhor das intenções ao tentar fortalecer e fomentar a aplicação do compromisso significativo.

Ademais, conforme será visto adiante, acredita-se que o compromisso significativo pode ser técnica útil em diversos instrumentos processuais para além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF. Assim, o Projeto de Lei acima referido faria inserções apenas nesta modalidade de ação, podendo gerar confusão quanto à sua aplicabilidade noutras qualidades de processos.

Ante o exposto, ainda que seja importante a discussão pelos demais Poderes sobre o assunto, bem como o conhecimento da matéria de modo a emprestar maior utilidade ao instituto, entende-se que a Constituição brasileira possui base normativa suficiente para se inferir que o compromisso significativo já pode ser manejado com relativa liberdade pelo Poder Judiciário.

IV – designação de representante do Supremo Tribunal Federal incumbido de fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo;
V – construção compartilhada e autônoma, pelo Poder Público responsável e pelos segmentos populacionais afetados, da solução para o caso analisado, para a concretização do preceito fundamental pleiteado;
VI – previsão de arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo

²⁸⁴ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation.** South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011, p. 117.

²⁸⁵ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation.** South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011, p. 119.

3.4.2. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS ADEQUADOS À UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO.

Conforme visto acima, o estudo do compromisso significativo tem sido norteado para aplicação perante as Cortes Constitucionais de forma concentrada em ações de controle de constitucionalidade – é o que a maioria da doutrina nacional afirma.

Contudo, nos países onde se aceita o controle difuso de constitucionalidade, como é o caso do Brasil, percebe-se que todos os órgãos do Poder Judiciário têm a possibilidade de interpretar a Constituição e dela extrair determinações positivas para os demais Poderes.

Nesse sentido, no que se refere à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, os juízes de 1º grau são diuturnamente instados pela sociedade (organizada ou desorganizadamente) a decidirem em questões de suma importância para a consecução dos objetivos delineados pela Constituição.

Nessa linha, não se pode deixar de fora a possibilidade de utilização desta técnica também nos processos de competência dos demais órgãos da Justiça.

Portanto, na realidade jurídica brasileira, vislumbra-se a possibilidade de utilização do instituto tanto perante as ações de controle de constitucionalidade no STF, como nas demais espécies de ação nas instâncias ordinárias.

A. AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF.

O Supremo Tribunal Federal tem como competência, dentre inúmeras outras matérias, o controle concentrado de constitucionalidade das normas pátrias, e até mesmo do reconhecimento de estados de coisas inconstitucionais, conforme se depreende do julgamento da APPF nº 347. Aliás, este talvez seja o caso paradigma para o início de uma mudança de atitude do STF e do Poder Judiciário como um todo.

No caso referido (APPF nº 347), os requisitos do compromisso significativo, ainda que não tenha sido explicitamente afirmados, vêm sendo apontados como diretriz para a resolução da questão ali tratada.

A própria Petição Inicial da APPF nº 347 afirma:

cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o estado de coisas inconstitucional -, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

O STF, por sua vez, ainda que de forma bastante sutil, tem se utilizado de alguns destes novos parâmetros, em que pese não ter mencionado em nenhum momento a palavra “compromisso significativo” na ADPF nº 347. Observem-se as seguintes passagens dos votos de alguns Ministros do Supremo no momento da análise da liminar:

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. (...)

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. (Voto do Ministro Marco Aurélio na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

Lembro-me de um professor alemão, hoje muito conhecido, mundialmente conhecido, o professor Hoffmann-Riem que, em escritos antigos, dizia que, nesses modelos em que há omissão, a decisão do juiz é - especialmente estava-se referindo ao modelo da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade -, a decisão do juiz é um estímulo. Mas ela precisa de uma atitude de cooperação dos demais órgãos envolvidos na superação do estado de inconstitucionalidade. E estamos a ver que, pelas providências delineadas e enunciadas, são múltiplas as atividades que se requerem às diversas instituições, especialmente, ao Poder Judiciário que, como se destacou, participa, no que diz respeito à prisão, à soltura das pessoas. E conversávamos há pouco, o ministro Celso e eu, a propósito de toda a supervisão e execução penal, que é da competência, em nosso sistema, do Judiciário. Portanto, isso é inegável. De modo que isso vai exigir, realmente, uma decisão de caráter plástico, de caráter bastante criativo.

(Voto do Ministro Gilmar Mendes na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

Disso se extrai que a Justiça brasileira começa a perceber a necessidade de uma mudança de atitude frente aos demais Poderes, notadamente no que pertine à aproximação com os mesmos, novos parâmetros de decisão e fiscalização quanto à efetivação de suas decisões. Ainda que de forma desregulada, alguns dos requisitos do compromisso significativo passam a ser observados.

Juntamente com a ADPF, a Corte Constitucional brasileira é corriqueiramente provocada por meio de outras ações constitucionais tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)²⁸⁶ e Ação

²⁸⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO),²⁸⁷ bem como por meio de inúmeros Mandados de Injunção.²⁸⁸

Em todas essas modalidades de provocação da Corte é possível a aplicação do compromisso significativo nos moldes apresentados acima, guardadas as especificidades de cada situação. Ou seja, o compromisso significativo se mostra como instrumento hábil a fornecer ao STF a técnica necessária para o fortalecimento do ideal da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse.

Inclusive, pela própria posição topográfica do STF no ápice do Poder Judiciário brasileiro, das determinações oriundas do mesmo se poderia emprestar força vinculante e generalizadora das soluções encontradas entre as partes. Aliás, a resolução de uma questão em tal foro teria o condão de evitar o surgimento de tantas outras perante os órgãos inferiores da Justiça.

Todavia, não são todas as partes que são legitimadas a provocar o STF, sobrando um largo espectro de indivíduos que precisam se socorrer do Judiciário nos órgãos locais, razão pela qual, estes, no seu âmbito de atuação, também devem ser autorizados e fomentados a aplicar o compromisso significativo – objeto de análise do próximo item.

B. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, AÇÕES POPULARES, AÇÕES COLETIVAS, DENTRE OUTROS, EM INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

Diferentemente do STF, os demais órgãos do Poder Judiciário não têm a competência de tomar decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.²⁸⁹

Em que pese essa limitação, tais órgãos são frequentemente provocados por meio de Ações Civis Públicas,²⁹⁰ Ações Populares²⁹¹ e outras ações coletivas em geral (a exemplo dos

²⁸⁷ Art. 103. (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²⁸⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

²⁸⁹ Com exceção dos Tribunais de Justiça no que se refere às Constituições Estaduais.

Mandados de Segurança coletivos²⁹²) nas quais se discute, dentre outros assuntos, a implementação dos direitos fundamentais e suas políticas públicas.

Os temas que batem às portas do Judiciário são os mais diversos, desde o fornecimento de medicamentos e serviços médicos, passando pela construção e reforma de creches, escolas e presídios, até o fornecimento de água, esgoto e saneamento básico.

Segundo Teori Zavascki,

Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 237), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).²⁹³

Como se tem percebido na prática e pela jurisprudência amplamente exposta neste trabalho, acredita-se que o Judiciário, por meio dos seus mais diversos órgãos, não tem conseguido encontrar um denominador comum entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a completa ingerência do Poder Judiciário na definição da escolha das políticas públicas. Esse meio-termo ainda não fora alcançado.

Não se está aqui defendendo o retorno aos argumentos explanados no Capítulo 2, que já foram há muito superados, mas se tenta demonstrar que os juízes de 1º e 2º grau também possuem um poderoso instrumento capaz de ajudá-los a encontrar um deslinde para o

²⁹⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

²⁹¹ Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

²⁹² Art. 5º (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

²⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37-38.

processo de modo a conciliar os interesses de ambas as partes, tornando-se factível a prestação jurisdicional.

Talvez aqui, mais do que no STF, se faça imprescindível a possibilidade do compromisso significativo ser aplicado em sua inteireza. É neste foro que se discutem, no dia-a-dia, as violações aos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Mais uma vez, Zavascki assevera que o princípio da adequação das formas deve ser aplicado ao processo coletivo de modo a possibilitar que este modelo específico de processo se amolde aos seus fins. Portanto, a hermenêutica e os princípios que o sistema fornece devem ser aplicados com liberdade pelos juízes às situações novas.²⁹⁴

Certamente que não se pretende aqui fazer aprofundado estudo sobre cada um desses instrumentos processuais, porém em todos eles se pode extrair a natureza comum de servir aos indivíduos e seus órgãos representativos para a consecução e implementação das políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, não se poderia deixar de demonstrar que os juízes singulares também são responsáveis pela condução do compromisso significativo em nosso sistema jurídico.

3.4.3. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ADEQUAÇÃO AO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.

Como se pôde perceber da direção que a doutrina e a jurisprudência vêm emprestando ao compromisso significativo, entende-se viável a utilização do instituto em outras matérias diferentes daquela para a qual fora originalmente criado.

Tomando como exemplo a África do Sul, alguns autores já imaginam essa extensão do modelo do compromisso significativo para situações as mais diversas. Portanto, acredita-se num alcance muito além do direito à moradia²⁹⁵ – o qual fora visto nos itens anteriores e que serviu de base para a fundamentação das bases da técnica.

Aliás, Liebenberg já até chegou a elaborar estudo quanto à necessidade do uso do compromisso significativo nos casos relacionados às disputas envolvendo o direito à educação.

²⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

²⁹⁵ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 712-713.

No referido trabalho, a autora faz referência a três casos, nos quais, ainda que de forma bastante discreta, o Judiciário sul-africano dá sinais de que o compromisso significativo teria um importante papel a desenvolver.

Esses casos trataram de diferentes assuntos relacionados à educação. No primeiro deles (*Hoërskool Ermelo*) discutia-se a reformulação da política da nova língua (inglês ou africâner) que seria utilizada para o ensino e avaliação de determinados estudantes.²⁹⁶

Noutro caso (*Welkom High School*), o Judiciário teve a oportunidade de enfrentar a questão de quem é que teria a última palavra na formulação e reformulação das políticas escolares, especificamente quanto à participação de estudantes grávidas. A situação envolvia o afastamento prolongado de duas grávidas das atividades escolares.²⁹⁷

No terceiro caso estudado por Liebenberg (*Rivonia Primary School*), também se discutia sobre quem teria a última palavra (se o diretor da escola ou o órgão relacionado à Educação naquela localidade), porém quanto a outro assunto. Aqui estava em análise a recusa da matrícula de uma criança em razão da extrapolação do limite de vagas – razão pela qual ela teria sido incluída numa lista de espera.

Como se vê, são os casos acima bastante complexos, com nuances específicas e que necessitam da participação de uma ampla gama de partes interessadas para o encontro da solução mais adequada. Assim, todos eles têm em comum um largo espaço para o uso do compromisso significativo; ainda que, na prática, tal instituto não tenha sido trabalhado com todo o seu potencial ao ponto de superar completamente as diferenças entre os envolvidos.

Para Liebenberg, esses casos envolvendo a administração escolar e o acesso à educação oferecem uma variedade de escolhas políticas a serem feitas para a efetivação de relevantes direitos; ademais, interesses e interessados no assunto também devem ser considerados. Por isso que o compromisso significativo tem um importante papel a desenvolver nessa seara, pois fomenta a autocontenção do Judiciário (inibindo-o de apontar soluções particulares) ao mesmo tempo em que preserva o papel da Corte Constitucional em garantir que os direitos violados sejam efetivamente remediados.²⁹⁸

Nesse sentido, em que pese o compromisso significativo não ter sido aplicado com toda a força vista nos casos pretéritos (relacionados com o direito à moradia), a Corte

²⁹⁶ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes.** Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 12.

²⁹⁷ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes.** Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 20.

²⁹⁸ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes.** Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 37-38.

Constitucional procurou alcançar as questões substantivas subjacentes afirmando o dever de todas as partes interessadas de cooperar e de se comprometer significativamente umas com as outras. Assim, além das virtudes desse mecanismo de resolução, o compromisso significativo também fornece um remédio processual participativo e estruturado para a alteração/correção de políticas que tenham por objetivo dar efeito aos direitos dos alunos a uma educação com bases não discriminatórias. Portanto, também no direito à educação, o compromisso significativo se mostra como uma técnica bem adaptada à correção de padrões profundamente enraizados de resistência institucional para as mudanças fundamentais.²⁹⁹

Portanto, na África do Sul já se tem a semente de uma doutrina voltada para a aplicação do compromisso significativo em outras esferas diferentes do direito à moradia.

No Brasil, alguns autores, ao se depararem com as diretrizes do referido instituto, começam a empreender esforços para a aplicação do mesmo nos problemas vivenciados no Judiciário pátrio.

Dessa forma, Pardo, ao analisar processo judicial no qual se discutia a sobreposição de unidade de conservação e terra indígena, afirma que

o Juízo convocou as partes em disputa para diálogo sincero e construtivo sobre o problema, em audiência de conciliação. E ainda que não tenha sido usado o conceito de compromisso significativo, houve deliberação e acordo unânime, no sentido de reconhecer a etnia indígena, estimulados por uma decisão que encaminhava a conversação, esclarecendo as partes da viabilidade jurídica da sobreposição, se aceita. O procedimento permitiu às partes elas próprias estabelecer os limites da nova terra indígena, assinalar o prazo para identificação e delimitação do território, incumbir a Administração de apresentar um convênio e plano de trabalho para a elaboração de um plano de manejo específico para a área, dentre outros detalhes. Portanto, a experiência sugere que a partir de conhecido e praticado modelo de autocomposição de conflitos, a conciliação, se pode avançar em direção ao compromisso significativo e este pode se valer da técnica daquela, conquanto mecanismos distintos, para equacionar situações complexas em favor dos direitos.³⁰⁰

A utilização dos princípios do compromisso significativo também pareceu ser uma alternativa interessante em processo no qual se discutia o emprego de fogo nas atividades agropastoris e florestais, tendo em vista que

A realização de uma audiência para tentar a conciliação das partes obteve resultados relevantes, do ponto de vista do compromisso. Segundo consta no documento da audiência, importantes questões substantivas foram aceitas no diálogo estabelecido no ato, e no período imediato a ele, quando o Juízo encaminhou as partes para a deliberação, por durante um mês, fixando a data inicial das reuniões e as localizando no auditório da sede da própria Justiça Federal local. Como resultado, o processo passou a não mais veicular divergência moral profunda, no nível da justiça. A Administração reconheceu o caráter danoso do fogo. E os trabalhadores ficaram de

²⁹⁹ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes**. Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 36.

³⁰⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

acordo com a sua substituição, pois apenas não queriam ser inteiramente desprovidos das técnicas alternativas para a produção rural. Um veredicto substantivo não seria imposição coativa da verdade possuída de maneira privilegiada pelo julgador. As partes estariam alcançando por esforço próprio a justiça do caso.³⁰¹

Dessa forma, acredita-se que o compromisso significativo também poderia ser aplicado nas questões relacionadas ao direito ambiental.

Por sua vez, Alvarenga considera possível que o compromisso significativo pode desenvolver papel interessante no direito à saúde ao afirmar que

A teoria colombiana da declaração do estado de coisas inconstitucional revela-se adequada a dirimir o impasse vivenciado na prestação do serviço público de saúde, uma vez que resta configurada a violação massiva, generalizada e sistêmica deste nobre direito fundamental, sem perspectivas de melhoras, ocasionado pela ausência de competência e estrutura dos órgãos e entidades envolvidas na implementação desta política pública. Apenas com a reunião e atuação coordenada destas entidades que poderão ser tomadas medidas relacionadas a (re) formulação e implementação de políticas públicas necessárias para a superação do bloqueio institucional, com alocação inclusive de recursos orçamentários a fim de que seja corrigida esta falha estrutural das entidades públicas responsáveis pela prestação do serviço na área de saúde. Ademais, salutar é a celebração de compromisso significativo entre as entidades e órgãos dos três poderes da República brasileira de suas três esferas federativas responsáveis pela prestação do serviço da saúde com a sociedade, conferindo efetiva participação popular nas decisões políticas a serem realizadas.³⁰²

Como visto, o compromisso significativo pode ser técnica eficiente para a efetivação de direitos fundamentais nos mais diversos campos do Direito.

Destarte, entendemos que a possibilidade do uso da técnica da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e a retenção da jurisdição para promover o compromisso significativo entre órgãos estatais e a sociedade (diálogo institucional) se afigura como modelo apto à resolução de demandas que envolvam outros direitos de 3ª geração. Alguns exemplos: vasta região onde se promovem queimadas de florestas indiscriminadamente; ausência de saneamento básico no âmbito de todo um Município – causa de doenças devidamente comprovadas; bairro onde não há policiamento ostensivo e os grupos criminosos agem impunemente; acesso a medicamentos em larga escala pela população mais carente; a necessidade de fornecimento de vagas em creches e escolas; a construção e reforma de presídios etc.

³⁰¹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

³⁰² ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. **A declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira e a celebração de compromisso significativo para efetivação do direito social**. Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG; Coordenador: Vladimir Oliveira da Silveira. Florianópolis: CONPEDI, 2016, 45-65, p. 62

3.4.4. VANTAGENS E DESVANTAGENS.

A esta altura do presente trabalho, importante fazer algumas considerações a respeito de eventuais desvantagens, bem como alguns apontamentos adicionais relacionados à sobrelevação das vantagens na adoção da técnica do compromisso significativo.

De início, segundo Brian Ray, a técnica ora analisada tem, de alguma forma, dois efeitos contraditórios, quais sejam: ao mesmo tempo em que diminui potencialmente o seu papel interpretativo, reforça o seu papel de reparação.³⁰³

Seguindo essa linha relacionada a uma atividade, por assim dizer, de autocontenção, Shanelle van der Berg faz algumas considerações que poderiam se encaixar no âmbito de possíveis desvantagens sobre a utilização do instituto. Segundo a autora, pode-se tirar quatro consequências (riscos) do deslocamento da interpretação substantiva dos direitos para o emprego de requerimentos procedimentais.³⁰⁴ Berg acredita que, primeiramente, os litigantes dos casos envolvendo direitos socioeconômicos são membros vulneráveis e desfavorecidos da sociedade, sendo necessário o percurso de um longo caminho até a Corte Constitucional para, então, ser-lhes entendida a necessária e aguardada efetividade.³⁰⁵ Em segundo lugar, há autores que criticam o compromisso significativo referindo-se à utilização do instituto como uma abdicação das responsabilidades judiciais da Corte. Em terceiro lugar, haveria um risco no emprego do compromisso significativo diante do vácuo normativo.³⁰⁶ E, por fim, ainda haveria bastante incerteza teórica e conceitual sobre a natureza do compromisso significativo.³⁰⁷

Certamente essas considerações compiladas pela autora são muito relevantes para o objetivo de promover um estudo sério sobre o compromisso significativo e para que se faça melhor uso do mesmo, tentando-se afastar os riscos e armadilhas.

Seguindo a linha da exposição das desvantagens, Bob Hepple afirma que o conceito de compromisso significativo é altamente ambíguo, sendo interpretado ora como “comunicação” (no sentido de informação sobre as políticas e planos governamentais); noutras ocasiões é

³⁰³ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 709.

³⁰⁴ Nesse momento, remete-se o leitor, mais uma vez, às teorias procedimentalistas e substancialistas estudadas no capítulo 2.

³⁰⁵ Com relação a esse ponto, reitera-se que se defende nesse trabalho a possibilidade do compromisso significativo ser utilizado também por outras esferas do Poder Judiciário diferentes da Corte Constitucional.

³⁰⁶ Como visto em itens anteriores, no caso do Brasil já há Projeto de lei com o objetivo de definir o compromisso significativo e a sua utilização; muito embora a normatização seja desnecessária para a pronta utilização do instituto.

³⁰⁷ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. *South African Journal on Human Rights*, 29, 376-398, 2013, p. 387-388.

usado como sinônimo de “consulta” (no sentido de que as partes afetadas têm que estar cientes dos projetos e políticas públicas, assim como ser convidadas a opinar, mas a Administração Pública se mantém com o poder decisório); outros ainda fazem referência ao termo “parceria” entre governo e comunidades sugerindo codeterminação.³⁰⁸ Para o autor essa ambiguidade seria um fator de dificuldade na aplicação do instituto. Muito embora se acredite que essa mesma abertura no conceito de compromisso significativo seja um ponto positivo, haja vista a possibilidade de se moldar às diferentes situações postas no Judiciário.

Aliás, não sendo Hepple um dos grandes entusiastas do instituto, o mesmo acredita que o compromisso mútuo no curso de uma lide normalmente vem muito tarde – o que provavelmente limitaria sua implementação. Para o autor, uma aproximação regulatória entre os envolvidos antes das decisões serem tomadas seria mais efetiva na implementação das políticas públicas socioeconômicas.³⁰⁹

Certamente, uma coisa não exclui a outra – o que não tira o mérito (ou capacidade) do compromisso significativo quando promovido após o ajuizamento de uma ação, ou até mesmo após a tomada de decisão.

Adicionalmente, Shanelle van der Berg aponta ainda duas vantagens na conceitualização do compromisso significativo que são complementares: primeiro, aumenta-se o âmbito de atuação para além do alcance das disputas de direitos socioeconômicos, ao mesmo tempo em que, em segundo lugar, deixa espaço para a interpretação substantiva dos direitos e a emissão de remédios tangíveis na adjudicação dos direitos socioeconômicos. Para que isso aconteça, a Justiça tem que exercer uma grande disposição para reconhecer e desenvolver essa importante conexão entre a justiça administrativa e a realização dos direitos socioeconômicos em muitos casos.³¹⁰

Em razão disso, Brian Ray afirma que ainda é muito cedo para precisar como (e se) a Administração Pública irá se comprometer com os requisitos do compromisso significativo. Contudo, já se pode perceber, a curto prazo, alguns importantes efeitos, tal qual o fortalecimento do papel da sociedade civil organizada durante o processo de desenvolvimento

³⁰⁸ HEPPLE, Bob. *Negotiating Social Change in the Shadow of the Law*. South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 261.

³⁰⁹ HEPPLE, Bob. *Negotiating Social Change in the Shadow of the Law*. South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 261.

³¹⁰ BERG, Shanelle van der. *Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance*. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 377.

da política pública, bem como na participação de disputas particulares, quando essas surgirem.³¹¹

Esse, aliás, é um ponto também bastante referido por Sandra Liebenberg, tendo em vista que a autora afirma que a participação plena e justa visa garantir que todos os litigantes, assim como aqueles que tenham substancial interesse no resultado da lide, tenham a oportunidade de participar do processo compromissório.³¹² Mais adiante, a autora ainda chancela que, referindo-se aos casos de direito à moradia na África do Sul, o compromisso significativo tem o potencial de promover soluções contextualizadas e localizadas para os conflitos relacionados aos direitos humanos, estimulando reformas políticas e administrativas sistemáticas para facilitar a participação das comunidades na resolução dos conflitos e na implementação de políticas públicas e programas tendentes a emprestar efeito aos direitos.³¹³

Para David Pardo,

Quanto às consequências sociais indesejadas, um compromisso significativo permite às próprias partes se debruçar sobre detalhes da política pública a ser executada para a satisfação dos direitos em jogo. Assim, elas retêm o controle da dinâmica do processo e de suas particularidades, ainda que estejam constrangidas a efetivamente dar uma solução constitucional razoável para o problema. A atividade decisória detalhada mantida predominantemente no foro do executivo pode estimular uma acomodação de extremos, evitando a polarização. Respeita, ainda, a capacidade de coletar informações e de obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, de considerar a multiplicidade dos interesses em jogo, de balanceá-los e fazer concessões e compromissos, sem ficar preso apenas à lógica adversarial. Permite, assim, considerar os direitos dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública. Com isso, a sugestão inicial de recorrer a modelos autocompositivos de solução de litígios ganha uma nova dimensão.³¹⁴

Aliás, na medida em que se tenta emprestar solução generalizada e conciliada para um determinado problema de inefetividade dos direitos fundamentais, utilizando-se do compromisso significativo, o Poder Judiciário evita o grave problema daqueles que “pulam a fila” ao terem seus direitos reconhecidos e determinados em demandas individuais, notadamente em liminares concessivas de tutelas antecipadas.³¹⁵

³¹¹ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 712.

³¹² LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes**. Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 6.

³¹³ LIEBENBERG, Sandra. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012, p. 26.

³¹⁴ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

³¹⁵ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008, p. 710.

Esse problema, por sinal, é uma constante na judicialização da saúde pública em que se percebe, não raras vezes, o cumprimento de determinações judiciais em prejuízo daqueles que estavam na fila para ser contemplados com a realização do procedimento de saúde, mas não se socorreram do Poder Judiciário. Em situações específicas, os juízes até podem ter a certeza que ao deferir determinado pedido, estão tirando de outro indivíduo, em razão da realidade fática brasileira de caos na saúde pública.

Outra vantagem do instituto se refere à atenção quanto à limitação orçamentária e à escassez de recursos. Como já dito no capítulo anterior, não se trata de utilizar esse argumento para impedir que os direitos fundamentais sejam implementados, mas de reconhecer que os recursos devem ser utilizados para uma infinidade de destinações e a ser corretamente aplicados pela Administração Pública. Para David Pardo, o compromisso significativo atrai a atenção dos envolvidos no litígio para a grave questão da limitação dos orçamentos; assim, ainda que se decida pela necessidade de efetivação de determinados direitos fundamentais, a Administração mantém o controle sobre a alocação dos recursos, assumindo o compromisso de implementar a execução das políticas públicas para satisfação dos direitos.³¹⁶

Lembrando que é essencial a retenção (o sobrestamento) da jurisdição e o acompanhamento/fiscalização da Corte e de órgãos autônomos na fase de execução.

Portanto, com o compromisso significativo, o Poder Judiciário se coloca num papel gerencial no sentido em que o mesmo serve como catalisador para o Executivo retificar as políticas públicas deficientes ao invés de tentar corrigir por si próprio tais políticas substancialmente.³¹⁷ Nesse sentido, o instituto representa uma plataforma ideal na qual a interação entre justiça administrativa e os direitos socioeconômicos podem se expandir, seja como requerimento onde a ação administrativa impacta nos interesses socioeconômicos seja como remédio onde aquele não foi atendido.³¹⁸ Funciona, portanto, tanto dentro como fora do âmbito judicial, assim como anterior ou posteriormente ao desenvolvimento das políticas públicas.

³¹⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

³¹⁷ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 382.

³¹⁸ BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013, p. 392.

Ademais, para Bob Hepple, a sua principal força é garantir a responsabilidade democrática.³¹⁹ Brian Ray, ao analisar a relação entre o compromisso significativo e a democracia participativa, afirma que o desenho desta conexão ajuda a explicar como o instituto pode se tornar uma ferramenta importante não só para reforçar os direitos socioeconômicos na Constituição, mas também para desenvolver um compromisso sustentado com a democracia constitucional de forma mais generalizada.³²⁰

Segundo Sandra Liebenberg, trata-se de verdadeiro desafio para o Poder Judiciário reconciliar os dois princípios da doutrina da separação dos poderes, aos quais a autora faz referência como sendo a supremacia da Constituição e o respeito aos papéis e funções dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como dos órgãos administrativos. Nesse sentido, se por um lado o Judiciário precisa providenciar alívio efetivo para as violações dos direitos constitucionais, por outro lado deve evitar intrusões indevidas na discricionariedade relacionada à decisão política, ao mesmo tempo em que proporciona latitude apropriada de escolhas e flexibilidade consistente para governar efetivamente no interesse público. Dessa forma, o compromisso significativo se mostra como motor para a reconciliação desses princípios.³²¹

Para David Wilson de Abreu Pardo,

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.³²²

De todo modo, importante considerar que a doutrina do compromisso significativo tem sempre sido cautelosa ao enfatizar que a intervenção judicial se mantém como opção de

³¹⁹ HEPPLÉ, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law**. South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012, p. 260.

³²⁰ RAY, Brian. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation**. South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011, p. 113.

³²¹ LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes**. Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43, p. 10.

³²² PARDO, David Wilson de Abreu. **Compromisso significativo**. Correio Brasiliense, Brasília, Distrito Federal, 14 set. 2015, p. 9.

execução, caso seja necessário.³²³ Assim, em não se comprometendo significativamente as partes umas com as outras, o Poder Judiciário pode alterar o curso do processo para decidir diretamente o caso, segundo os seus próprios conceitos de justiça. Certamente não é o que se espera que ocorra, mas é um requisito necessário para se manter o poder de coerção e estímulo para os litigantes.

³²³ RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement**. *Human Rights Law Review*, 8, 703-713, 2008, p. 706.

CONCLUSÃO

Este trabalho de pesquisa teve como foco a análise da possibilidade de judicialização atual das políticas públicas, bem como buscou apontar a técnica de decisão denominada “compromisso significativo” como instituto propício à consecução da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Para tanto, buscamos conceituar e esmiuçar os institutos envolvidos, de forma a entender as suas relações e possibilidades de atuação não excludentes.

Com este aprofundamento, foi-nos possível perceber a atualidade da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse que demanda dos intérpretes e aplicadores a necessária observância à Vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) sem olvidarem do contexto e da realidade em que estão inseridos.

Neste sentido, vemos que sua teoria coaduna-se com a ideia de que a temática da judicialização das políticas públicas e o estudo das correntes procedimentalista e substancialista não devem servir como argumento para distanciar os Poderes constituídos entre si e a sociedade, mas servem para demonstrar as vantagens e desvantagens de cada uma, possibilitando o encontro de um denominador comum, que ora se apresenta como o compromisso significativo.

Assim, nessa linha de pensamento, restou demonstrado que os argumentos que tentam distanciar os Poderes da República não solucionam a realidade da intensa judicialização das políticas públicas vivenciada nos dias de hoje.

Por consequência, conforme evidenciado, ao invés de rebater o controle jurisdicional por meio dos argumentos relacionados à separação dos poderes, discricionariedade administrativa, limitações orçamentárias, dentre outros, esta atuação do Poder Judiciário conquistou o seu lugar e está necessariamente envolvida com a criatividade judicial e com a ampliação do acesso à justiça por meio dos mais diversos legitimados e por meio de uma ampla gama de espécies de processos judiciais.

Portanto, o crescimento da técnica de decisão denominada “compromisso significativo” e o seu aprimoramento pode significar uma solução intermediária entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a indiscriminada escolha do Poder Judiciário na definição das políticas públicas.

Diante de todo o exposto, concluímos que (mesmo estando-se diante de Cartas programáticas, dirigentes e extensas) a Constituição e a sua necessidade de efetivação não possuem objetivos inconciliáveis. Assim, o paradoxo da harmonia entre a justiciabilidade dos direitos sociais (de um lado) e os princípios da democracia representativa e da separação dos poderes (do outro) deve ser ultrapassado com o intuito de alcançar níveis satisfatórios de efetivação dos direitos fundamentais.

Essa reconciliação representa um dos maiores desafios do Poder Judiciário, o qual, de fato, necessita encontrar um meio-termo para garantir a superação das violações aos direitos previstos na Constituição, sem que para isso, no entanto, promova incursões indevidas no mérito da discricionariedade administrativa. Nestes termos, o compromisso significativo, como exposto, pode funcionar como o catalisador dessa mudança de atitude em prol da referida reconciliação. Inclusive fomentando, cada vez mais, a democracia participativa, na qual a sociedade passe a atuar de forma mais presente nas escolhas políticas, culminando por fortalecer a própria democracia constitucional.

Aliás, vale ressaltar, o compromisso significativo afigura-se como garantidor da democracia na medida em que contém o Poder Judiciário de intrusões indevidas na esfera de outros poderes (representantes eleitos), assim como promove participação mais ativa da sociedade. As decisões judiciais perdem o caráter de mandamentos absolutos e a Administração Pública deixa de ser imune perante suas omissões.

O instituto, portanto, funciona também como um dos pressupostos teóricos para a ampliação do diálogo institucional e do debate em torno da legitimidade dos diversos atores sociais na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

A busca do consenso entre os litigantes num conflito e o compromisso em tentar alcançá-lo já representa um grande avanço na atual dinâmica judicial brasileira. Tendo esse sido um dos propósitos buscados com o aprofundamento teórico do instituto no presente trabalho.

Pois bem, analisando o objeto de pesquisa, foi nossa intenção trazer à discussão um instrumento que merece ser estudado com seriedade pelos operadores do direito de modo a aproximar, cada vez mais, as nossas instituições democráticas. Assim, a técnica de decisão do compromisso significativo pode ajudar na implementação da democracia participativa e possibilitar soluções dialógicas, exaltando o princípio da soberania popular.

Por fim, confirmando as hipóteses levantadas, entendemos que seja necessária a promoção e efetivação dos direitos fundamentais de acordo com a Teoria da Força Normativa

da Constituição de Konrad Hesse. Sabendo-se que esta efetivação depende da ação do Estado através da implementação de políticas públicas condizentes com os fins que se deseja atingir, entendemos pela possibilidade do controle jurisdicional das mesmas. Dessa forma, concluímos que o instituto do compromisso significativo, como técnica de decisão, tem enorme potencial de promover uma solução intermediária entre a insindicabilidade do mérito administrativo e a escolha indiscriminada do Poder Judiciário na definição das Políticas Públicas, de modo a promover a efetivação dos direitos fundamentais do modo mais abrangente possível.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3 September 2000 (294-304).

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição, 4ª Tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. **A declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira e a celebração de compromisso significativo para efetivação do direito social**. Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG; Coordenador: Vladimir Oliveira da Silveira. Florianópolis: CONPEDI, 2016, 45-65.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 225/2013, p. 389-410, Nov/2013, DTR\2013\10261.

_____. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 211-229, Jul-Dez/2015, DTR\2016\46.

BARCAROLLO, Felipe. **Os serviços públicos na evolução do Estado**. Chapecó: EJJL, v. 14, n. 2, p. 597-628, jul./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 15 de março de 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 142 abr./jun., 1999.

BERG, Shanelle van der. **Meaningful engagement: proceduralising socio-economic rights further or infusing administrative law with substance**. South African Journal on Human Rights, 29, 376-398, 2013.

BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. **Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo”**: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. Marília: EM TEMPO, v. 15, 2016, p. 11-34.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. In André Fellet et alii (orgs) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas–DMF. **NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL**. Brasília/DF, junho de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Brasília/DF, junho de 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Publicado em 01/09/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Publicado em 04/05/2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>.

CANON, Bradley. **Defining the dimensions of judicial activism**. *Judicature*. Volume 66, Number 6, December-January, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Editora Coimbra, 1982.

_____. **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHENWI, Lilian, TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

COSTA. Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7254>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Fabiano e CUNHA FILHO, Márcio Camargo. **Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro.** Curitiba: Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, 57-72, 2013.

FUO, Oliver Njuh. **Constitutional basis for the enforcement of “executive” policies that give effect to socio-economic rights in South Africa.** Potchefstroom Elec. L. J., vol. 16, n. 4, 1-44, 2013.

_____. **Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive.** African Human Rights Law Journal, 15, 2015, 167-191.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. **Constituição história do conceito da antiguidade até os nossos dias.** Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012.

GRIMM, Dieter. **Integration by constitution.** International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2 and 3, pp. 193-208, 2005.

_____. **The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World.**

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HEPPLE, Bob. **Negotiating Social Change in the Shadow of the Law.** South African Law Journal, v. 129, 248-273, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Northon Company, 1999.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205 (p. 183), set. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741>>. Acesso em: 08 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58741>.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LIEBENBERG, Sandra. **Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes**. Potchefstroom Electronic Law Journal, 19, 1-43.

_____. **Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'**. African Human Rights Law Journal, 12, 1-29, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional**. In <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/influencia.htm>. Acesso em 28 de junho de 2017.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOCHI, Cássio Marcelo. **A constituição do estado moderno: do ideal de liberdade para o Princípio da dignidade da pessoa humana**. Londrina: Revista de Direito Público, v. 4, n. 1, p. 1-26, jan/abr. 2009.

MORAIS. Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo**

paradigma? Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n. 20, 211-243, 2011.

MULLER, Gustav. **Conceptualising “meaningful engagement” as a deliberative democratic partnership.** Stellenbosch L. Rev., 22, 742-758, 2011.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”.** Revista de Direito Ambiental, vol. 72/2013, p. 161-210, Out-Dez/2013, DTR\2013\9303.

_____. **Compromisso significativo.** Correio Brasiliense, Brasília, Distrito Federal, 14 set. 2015.

PILLAY, Anashri. **Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement.** Int'l J. Const. L., vol. 10, n. 3, 732-755, 2012.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917.** Brasília: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

PIOVESAN, Flávia, VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas.** Espanha, Universidad de Sevilla: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades nº 15, Abril de 2006.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.** In www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm. Acesso em 07 de junho de 2017.

_____. **Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira.**

_____. **A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** In <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em 28 de junho de 2017.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina.** Revista jurídica da presidência. Brasília. V. 17, n. 111, p. 15-34.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade.** In Interpretação Constitucional (org. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores. A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 53, n. 209, 31-51, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through Engagement.** Human Rights Law Review, 8, 703-713, 2008.

_____. **Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation.** South African Journal on Human Rights, 27, 107-126, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Estado de coisas surreal.** Publicado em 25/09/2015. Disponível em: <http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>.

SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia.** Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** Revista crítica de ciências sociais, nº 48, junho de 1997.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Carina de Oliveira. **Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal.**In:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16. Acesso em 15 de julho de 2017.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución,** 1 ed. Alianza Editorial: Madrid, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.

SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** John M. Olin Program in law and Economics Working Paper n. 156, 2002.

VIANNA, Luiz Verneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 2, vol. 4, 441-464, 2008.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de dezembro de 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. **A Judicialização da Política e a Democracia – O Papel do Campo Jurídico**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, a. 1, n. 11, 2012.

_____. **O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista**. São Paulo: Revista Direito GV, n. 6, vol. 1, 119-141, 2010.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, 2007, vol. 4, n. 6, 52-69.

YOUNG, Katharine G. **The New Economic and Social Rights**. American Society of International Law Proceedings, 107, 486-488, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.