

## **DIRETRIZES PARA DECISÕES JUDICIAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

SALOMÃO ISMAIL FILHO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 FALANDO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS. 3 UMA DEFINIÇÃO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS. 4 A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO/JUSTIFICATIVA DAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TRATEM DA EXIGIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SEU ASPECTO PRESTACIONAL. 5 SOBRE PARTICIPAÇÃO COLETIVA E DIÁLOGO PRÉVIO. 6 PARÂMETROS NECESSÁRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PERSPECTIVA SOCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS

**RESUMO:** Os direitos fundamentais prestacionais e as políticas públicas têm sido questionados junto ao Poder Judiciário, nos casos de omissão ou quando fornecidos de forma incompleta pela Administração Pública. A excepcional intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, necessita de parâmetros, devendo estar conectada com os objetivos fundamentais da República e a ideia de promoção de uma igualdade material. Por isso, a relevância de que tais decisões sejam bastante refletidas e bem fundamentadas. Deveras, há que ser uma decisão construída com base no diálogo entre as partes interessadas; que procure ouvir, sempre que possível, a Administração Pública e que seja o

---

<sup>1</sup> MBA em gestão do Ministério Público pela UPE (Universidade de Pernambuco). Especialista e Mestre em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco). Doutorando em Direito pela UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco). Professor de Direito Administrativo e Constitucional da FICR (Faculdade Imaculada Conceição do Recife). Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. E-mail: [salomao74@yahoo.com.br](mailto:salomao74@yahoo.com.br).

resultado de uma ampla instrução a respeito do direito em discussão, preocupando-se, principalmente, com o coletivo e não com o individual. O objetivo deste artigo é apresentar propostas de atuação e fundamentação para decisões judiciais que tratem de políticas públicas e direitos fundamentais prestacionais. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se de conceitos gerais para, utilizando-se algumas referências práticas, chegar às conclusões pretendidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Políticas públicas. Decisões judiciais. Diretrizes.

## **GUIDELINES FOR JUDICIAL DECISIONS ABOUT PROVISION AND FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC POLICIES.**

**ABSTRACT:** Provisional fundamental rights and public policies have been questioned in the Judiciary Power, in cases of omission or when incompletely provided by the Public Administration. The exceptional intervention of the Judiciary Power requires parameters in these cases and must be connected with the fundamental objectives of the Republic and the idea of promoting a material equality. Therefore, the relevance of such decisions being quite thought out and well founded. Indeed, it must be a decision built on the basis of dialogue between the parties concerned; that it seeks to hear, whenever possible, the Public Administration and that it is the result of ample instruction regarding the right under discussion, focusing mainly on the collective and not on the individual. The purpose of this paper is to present proposals for action and justification for judicial decisions that deal with public policies and provisional fundamental rights. The hypothetical-deductive method is used, starting from general concepts with the objective to reach the intended conclusions, through some practical references.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Public policy. Judicial decisions. Guidelines.

### **INTRODUÇÃO**

Tem sido frequente, no Brasil, a judicialização de temas referentes a direitos fundamentais e políticas públicas, alegando as partes interessadas omissão ou o fornecimento incompleto de prestações materiais previstas na Constituição Federal de 1988.

Porém, tal atuação do Poder Judiciário tem se pautado em algum parâmetro? Em algum momento, tais decisões judiciais têm se preocupado com a realização do coletivo em prol do individual? Existe, ao menos, a ideia de um diálogo anterior com a Administração Pública, a respeito do direito fundamental não realizado?

A partir da definição dos direitos fundamentais que impliquem em prestações materiais do Poder Público (os chamados direitos prestacionais), bem como do termo política pública, busca-se, neste artigo jurídico, utilizando o método hipotético-dedutivo, apresentar parâmetros para uma atuação judicial a respeito.

Parte-se do parâmetro inicial uma atuação dialógica, cuja ideia de composição deve imperar até mesmo entre as partes, antes da judicialização da demanda, principalmente quando se tratar de atores coletivos, de representatividade social, como o Ministério Público, os quais devem buscar um prévio diálogo com a Administração Pública, antes de levar a demanda ao Poder Judiciário.

Em seguida, através do método indutivo, trabalha-se a existência, no plano constitucional, de uma vinculação entre o atuar da Administração Pública e a realização de uma igualdade material, por meio da efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ato contínuo, relevante demonstrar se o ativismo judicial, na seara dos direitos fundamentais e das políticas públicas, é fruto da atuação exclusiva dos juízes ou se o autor da demanda, a partir da fundamentação da sua petição inicial, também pode contribuir para uma definição de limites/parâmetros a respeito. Dentro desse mesmo questionamento, o artigo traz uma reflexão sobre a necessidade de ampliar a participação coletiva em demandas judiciais com impacto em políticas públicas e sobre a possibilidade de composição extrajudicial, antes de se decidir pela judicialização da questão.

Não se pretende esgotar o assunto, mas tão somente contribuir para uma atuação judicial à luz de uma regra de subsidiariedade e de compreensão dos limites orçamentários do Poder Público.

Concorde-se ou não com tal judicialização, é fato que tais demandas têm sido levadas ao Poder Judiciário quase diariamente. Apresenta-se necessário, então, que existam critérios doutrinários para tal atuação, buscando quiçá um equilíbrio entre o cânone de separação e harmonia entre os Poderes Públicos (art. 2º da CF/1988) e a construção de uma sociedade livre justa e solidária, objetivo fundamental da República, nos termos do art. 3º, inciso I, da Magna Carta.

## **2 FALANDO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS**

Em apertada síntese, pode-se dizer que a doutrina constitucional, alicerçada em argumentos históricos e jurídicos, costuma, tradicionalmente, dividir, em razão da sua natureza, os direitos fundamentais em direitos de liberdade; direitos políticos e direitos sociais. Pesa em tal definição a doutrina de Georg Jellinek, o qual compreende os direitos públicos subjetivos em direitos de resistência (*status negativus*), que seriam os direitos de liberdade; os direitos de participação (*status activus*), os chamados direitos políticos, e os direitos de prestação (*status positivus*), genericamente chamados de direitos sociais.<sup>2</sup>

Os constitucionalistas contemporâneos acrescentam ainda uma nova categoria de direitos fundamentais, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, cuja ótica de análise da sua titularidade seria coletiva e não

---

<sup>2</sup> Sobre a relação Estado/indivíduo e o surgimento dos direitos fundamentais como necessidade de impor limites de atuação ao próprio Estado, a evitar que seja ele um fim em si mesmo, consulte-se JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. y prólogo: Fernando de Los Ríos. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 252-256.

somente individual. Começa a se falar, então, em direitos de natureza difusa, coletiva.<sup>3</sup>

Relevante, a propósito, o entendimento de Theodor C. Van Boven, o qual, em estudo coordenado por Karel Vasak, a partir da ideia de fraternidade, esboçada na Revolução de 1789, embora reconheça que os direitos humanos, no plano da DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem) encontram-se estabelecidos sob a ótica individual, passa a defender o caráter coletivo de vários direitos, principalmente entre aqueles considerados econômicos, sociais e culturais.<sup>4</sup>

Por sua vez, Robert Alexy inclui os direitos sociais como uma das categorias dos direitos à prestação em sentido amplo. Para ele, existe o direito de proteção contra o Estado (*status negativo*, direitos de liberdade) e os direitos a uma ação positiva (*status positivo*, direito à prestação em sentido amplo). Este direito à prestação em sentido amplo, pode ser dividido em direitos de proteção; direitos à participação procedimental e direitos à prestação em sentido estrito.<sup>5</sup>

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, baseados na doutrina de Georg Jellinek, definem os direitos sociais como direitos de *status positivus* ou direitos a prestações. Para eles, as prestações estatais podem ser consideradas como materiais, através do fornecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (como alimentos, educação, saúde) e no oferecimento de serviços monopolizados pelo Estado (como a segurança pública). Existiriam, ainda, as prestações normativas, consistindo na criação de normas jurídicas para tutelar interesses individuais, como o direito a férias. Os referidos autores ainda consideram que os direitos políticos (*status activus* ou direitos de participação) configurariam uma terceira espécie de direitos

---

<sup>3</sup> O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), traz a definição normativa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentro de uma ótica de defesa coletiva, em uma única ação judicial, de pretensões da sociedade como um todo ou de grupos nela dispersos. Doutrinariamente, tal classificação é referendada por MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-59.

<sup>4</sup> BOVEN, Theodor C. Van. Introduction: les critères de distinction des droits de l'homme. In: VASAK, Karel (rédacteur général). *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris: UNESCO, 1978, p. 59-60.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433-446.

fundamentais, porque seriam estes uma ação positiva do indivíduo frente ao Estado.<sup>6</sup>

Cristina Queiroz prefere falar em direitos sociais originários, que seriam os direitos à prestação do Estado, deduzidos diretamente da interpretação da Constituição, e os direitos sociais derivados, os quais seriam os direitos dos administrados participarem/usufruírem dos serviços públicos de educação, saúde, segurança pública etc. Estes últimos concretizariam os direitos sociais originários.<sup>7</sup>

Para Clèmerson Merlin Clève, os direitos sociais podem ser divididos em dois grupos: direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Os direitos prestacionais originários, segundo o mencionado autor, são aqueles que podem ser reclamados diretamente, inclusive através do Poder Judiciário, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria. Cita ele como exemplos o direito à educação e o direito à saúde. Já os direitos prestacionais derivados seriam aqueles que não se realizam diretamente, sem que antes exista uma política pública prévia ou uma norma regulamentadora. A maioria dos direitos sociais estaria incluída neste tópico.<sup>8</sup>

É necessário reconhecer as dificuldades de se apresentar uma classificação rígida no que refere não apenas aos direitos sociais, mas aos direitos fundamentais como um todo. Até porque, os direitos fundamentais estão interligados, ou seja, conectados entre si. Um direito fundamental, embora resguarde, para o seu titular, um direito a uma abstenção de outrem, poderá implicar em prestações, a serem observadas pelo Poder Público, a fim de permitir a sua concretização.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 57-60.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 182-199.

<sup>8</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 54/28, jan./mar. 2006, p. 246.

<sup>9</sup> À luz de uma perspectiva de verdade e de esperança, trazida pelos os direitos humanos para a sociedade organizada, máxime a partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Peter Häberle fala em uma universalidade dos direitos humanos, como programa e princípio jurídico, a ser seguido pelos países a partir dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas, celebrados em 1966.

Como lembra Ingo Sarlet, é interessante que certos direitos de liberdade, para ter eficácia, venham a exigir uma prestação positiva do Estado, seja através do legislador, seja através do gestor público, como é o caso do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição do Brasil, que exige uma lei específica regulamentando o tema.<sup>10</sup>

Outros direitos sociais ou mesmo de natureza difusa poderão exigir uma abstenção para a sua eficácia, como é o caso do direito de proteção contra a poluição sonora com relação a atos do próprio Estado (exemplo: vedação da construção ou recuperação/reparação de obras públicas durante o período noturno).

No mesmo diapasão, cite-se o direito à educação, o qual também poderá exigir abstenções do Estado, no que se refere ao dever de se abster de gerar quaisquer obstáculos que venham a prejudicar o processo educativo do cidadão, não podendo impor qual o curso superior ou técnico deve ser escolhido por cada indivíduo. Mas, o direito à educação também possui uma perspectiva social, pois se projeta em direção à coletividade, que adquire o direito de exigir do Estado prestações positivas, cobrando do Poder Público medidas em benefício da concretização do direito (construção de escolas, concurso público para professores etc.).

Dentro de tal contexto, Luigi Ferrajoli afirma, a partir de uma ideia de universalidade dos direitos fundamentais (os quais seriam a base de fundamentação dos poderes públicos), que tais direitos, em verdade, apresentam-se como expectativas negativas ou positivas a que correspondem obrigações (de prestação) ou proibições (de lesão).<sup>11</sup>

Eis o motivo pelo qual não se concorda com definições rígidas e peremptórias a respeito dos direitos fundamentais, sem intercomunicação entre elas, como a que parece fazer Juan Carlos Gavara de Cara, ao afirmar que os

---

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad.: Ignacio Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 88-89.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 302-303.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 42-45.

direitos de defesa não permitem derivar, de forma direta, nenhuma ação positiva por parte dos poderes públicos, sendo os direitos de prestação aqueles que possibilitam tal derivação.<sup>12</sup> Tal definição não incluiria os direitos fundamentais que geram abstenções e prestações para os seus destinatários e isolaria, mediante a construção de um muro, os ditos direito de liberdade e os direitos sociais.

Por isso, seria melhor falar em uma perspectiva abstencional ou prestacional, de um direito fundamental da pessoa humana. Afinal, a título de exemplo, o direito à educação poderá ter uma perspectiva abstencional ou prestacional, embora o que normalmente predomina e tenha maior destaque no ordenamento jurídico seja a sua perspectiva prestacional, quando se exige um conjunto de prestações do Estado, a fim de beneficiar a coletividade como um todo e não apenas um determinado indivíduo.

A propósito, Alexy afirma que é difícil imaginar uma medida relacionada com direito econômico, do trabalho ou ambiental que não intervenha na liberdade profissional ou no direito de propriedade de alguém. Tal afirmação entra em sintonia com a tese de que os direitos fundamentais se constituem em uma única realidade, vista sob perspectivas diferentes.<sup>13</sup>

Não obstante as classificações doutrinárias apresentadas, é relevante reconhecer e destacar que os direitos fundamentais, classificados como de defesa ou de liberdade, podem gerar obrigações prestacionais, máxime para o Poder Público.<sup>14</sup> Nesse sentido, explica Konrad Hesse que os direitos fundamentais de defesa também podem gerar uma liberdade positiva, adotando um caráter de concurso ou de participação, a partir do momento em que o

---

<sup>12</sup> CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010, p. 17-20.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 616.

<sup>14</sup> Deveras, a grande questão dos direitos fundamentais não é a sua teoria, mas a sua aplicação; a forma de efetivá-los na sociedade. Não se olvide que a aclamada Constituição de Weimar não conseguiu impedir o triunfo do nazismo em terras germânicas, no período pré-2ª Grande Guerra; nos dias atuais, os avanços conceituais do constitucionalismo anglo-saxônico também não impediram Guantánamo. Por isso, permanece válida e atual a advertência de Norberto Bobbio, segundo a qual o problema principal dos direitos fundamentais não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los; enfim, um problema de natureza não necessariamente filosófica, mas política. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 22-24.

indivíduo necessita usar sua liberdade na vida política, social, econômica e cultural da sociedade em que se encontra inserido.<sup>15</sup>

### 3 UMA DEFINIÇÃO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

O que seriam exatamente políticas públicas?

Entende-se políticas públicas como o conjunto de ações legislativas e administrativas voltadas para a realização de uma determinada meta em benefício da coletividade, visando à satisfação de um interesse público.<sup>16</sup>

As políticas públicas, dentro de tal contexto, vêm a atingir o seu ápice quando se tratar da concretização de direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Até porque, conforme doutrina Konrad Hesse, a Constituição tem por objetivo manter a unidade política e o equilíbrio da ordem jurídica em um determinado Estado.<sup>17</sup>

Destarte, a concretização dos direitos fundamentais, insculpidos no texto constitucional, negando-lhe uma função meramente simbólica, é uma das medidas para manter equilibrado o sistema jurídico, dando à Constituição eficácia e legitimidade junto à população.

Merece destaque, a propósito, o art. 23 da Constituição brasileira de 1988, o qual indica o rol de competências comuns dos entes federados da República (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A partir dele, podem ser definidas políticas públicas a serem desenvolvidas em diferentes áreas sociais. Citem-se, a título de exemplo, algumas das políticas previstas na norma constitucional

---

<sup>15</sup> KONRAD, Hesse. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et. al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 90-91.

<sup>16</sup> Maria Paula Dallari Bucci fala em programas de ação governamental, voltados para a promoção de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, 1ª ed., 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage. Heidelberg: Müller Verl., 1999, p. 05-07.

mencionada: conservação do património público (inciso I); saúde e assistência pública (inciso II); proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inciso V); proteção do meio ambiente (inciso VI); organização do abastecimento alimentar (inciso VIII) e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX).

Logo, o legislador, ao regulamentar ações referentes a um direito fundamental social ou mesmo com algum aspecto prestacional, deverá levar em conta o projeto constitucional de uma igualdade não apenas formal (perante a lei), mas também material (real), evitando critérios discriminatórios.<sup>18</sup> Seria aquilo que Canotilho, em outros tempos, denominou de função de impulso e natureza dirigente do princípio da igualdade, no sentido de que o processo legislativo seja um instrumento para a eliminação de desigualdades fáticas.<sup>19</sup>

Mas, se acaso existirem, tais critérios discriminatórios necessitam estar devidamente justificados na exposição de motivos da lei. Além do mais, é preciso que se criem regras de transição, quando se tratar da alteração de determinados benefícios sociais, que estejam a concretizar determinados direitos fundamentais. Sobre esse aspecto, em decisão no acórdão nº 509/2002, o Tribunal Constitucional de Portugal considerou inconstitucional um decreto da Assembleia da República que alterara de 18 para 25 anos a idade mínima para inclusão no programa social de rendimento mínimo. Um dos argumentos utilizados pela Suprema Corte lusitana foi a inexistência de uma regra de transição na alteração legislativa, a qual permitiria uma gradativa alteração de idade no regime previdenciário, de forma que não houvesse um impacto significativo para aqueles que já estavam próximos dos 25 anos quando da publicação da lei.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a legalidade impõe ao Estado de Direito um valor que se pretende acima de qualquer outro: a observância da igualdade nos atos estatais, evitando-se perseguições e favorecimentos. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, 1ª ed., 2ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44-46.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 484.

<sup>20</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional, rel. Cons. Luís Nunes de Almeida. Acórdão nº 509/2002. Processo nº 768/2002. Decisão de 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12.04.2020.

Por sua vez, no plano administrativo, o gestor público, ao executar determinada política pública ou definir o planejamento de ações sociais para determinado ano orçamentário, não poderá se deixar levar por critérios meramente subjetivos ou meramente eleitorais, beneficiando, a título de exemplo, determinada comunidade em detrimento de outra, apenas porque se trata de um reduto eleitoral seu. O critério definidor deverá ser técnico e espelhar a necessidade da área escolhida para o direito fundamental em execução.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO/JUSTIFICATIVA DAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TRATEM DA EXIGIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SEU ASPECTO PRESTACIONAL**

E se não houver políticas públicas ou ações estatais em benefício dos direitos fundamentais, máxime em sua dimensão prestacional, que exige dos Poderes Públicos obrigações de fazer, a fim de que sejam concretizados? E se, mesmo que existam, sejam tais políticas executadas de forma insuficiente e sem justificativa para tanto?

No ordenamento jurídico brasileiro, em razão do direito fundamental de acesso ao valor justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), tais omissões têm sido questionadas junto ao Poder Judiciário.

A realidade prática, porém, tem demonstrado, aquilo que deveria ser exceção, tem se tornado regra, muitas vezes adentrando o Poder Judiciário na seara da realização das políticas públicas sem critério algum. Não se afirma aqui que os juízes não possam se pronunciar a respeito da inexistência da execução de políticas ou mesmo da sua má execução, diante de um quadro fático de omissão e desrespeito às normas constitucionais.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Para Elton Venturini, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário tem uma função garantidora de efetiva proteção aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, inclusive na implementação de políticas públicas. VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

De outro lado, considerando a escalada de decisões judiciais a respeito da aplicação de direitos sociais e/ou de natureza prestacional, apresenta-se como imprescindível que se aperfeiçoem a fundamentação de algumas ações judiciais e o conteúdo decisório de algumas sentenças/decisões interlocutórias, as quais tratam da aplicação de determinados direitos fundamentais e, por corolário, terminam por ter produzir reflexos na execução de políticas públicas.<sup>22</sup>

Mas, como se daria, exatamente, tal fundamentação?

Há de se analisar a justificativa apresentada para a omissão em cada caso concreto. Na ação judicial onde for discutido um direito fundamental que tenha uma projeção prestacional, deve ser também discutido o conteúdo do orçamento público, ou seja, quais os motivos que levaram o Estado a não promover o direito fundamental questionado, em detrimento de outras rubricas orçamentárias, sem vinculação com os objetivos/deveres fundamentais do Estado, conforme a Constituição.

Reitera-se, porém: há de existir um quadro fático e social que demonstre, cabalmente, a omissão estatal em efetivar determinada política pública. Se, por exemplo, faltam leitos de UTI (unidade de terapia intensiva) infantil, em um hospital público, há de se perquirir o porquê de tal ausência. Ou seja, a entidade pública está cumprindo as normas estipuladas pelo órgão federal/nacional, regulador da saúde? O cumprimento da legislação é integral ou parcial? O Estado apresentou algum tratamento alternativo ao paciente? Houve alguma doença grave excepcional que causasse uma demanda maior que a oferta no serviço de saúde pública local? Há risco de vida? Quanto tempo a criança espera por um leito de UTI? Há outras crianças em situação análoga, na mesma fila de espera?

Nesse sentido, bastante elucidativo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos autos do agravo regimental

---

<sup>22</sup> Tais decisões judiciais, como destaca Erik Longo, precisam partir de uma premissa construtiva (ou reconstrutiva) do conceito de direito social, não vislumbrando nele um mero direito instrumental à prestação, mas também um direito fundamental que expressa a socialidade (necessidades sociais) da pessoa humana. LONGO, Erik. *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali: profili teorici e prassi costituzionali*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012, p. 203-206.

na suspensão de liminar nº 47/PE, quando defende uma ampla instrução nos processos envolvendo a implementação do direito fundamental à saúde, a fim de responder questionamentos como os mencionados no parágrafo anterior. Deveras, merece destaque a posição firmada, no julgado, segundo a qual, em matéria de direitos sociais, não há um direito independente de uma política pública que o concretize, mas há um direito a uma implementação administrativa de determinada política pública.<sup>23</sup>

Ou seja, é preciso investigar e demonstrar se o direito social em déficit está ou não em conformidade com a política pública definida para o setor social em discussão.

Em se tratando de um órgão de controle externo da Administração Pública, como o *Ombudsman* (no caso brasileiro, o MP, em razão do art. 129-II da Constituição de 1988), se não houver riscos do perecimento do bem jurídico em discussão, é recomendável, antes de ingressar com uma ação judicial, o diálogo prévio com a Administração, através de audiências ou da requisição de informações, buscando ouvir as justificativas administrativas a respeito da omissão questionada. Acaso não seja aceita pela parte interessada ou pelo órgão de controle externo a justificativa da Administração Pública, não existindo qualquer outra alternativa para uma composição extrajudicial, deve-se, portanto, ingressar com a demanda judicial.<sup>24</sup>

Sempre que possível, quando da formatação da causa de pedir da demanda, deverá o autor demonstrar que existe verba orçamentária suficiente para o atendimento da política pública pretendida, inclusive indicando a possibilidade de haver uma realocação de uma rubrica orçamentária, onde possa haver uma destinação excessiva de verba, para outra, cuja destinação

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes. Acórdão no agravo regimental na suspensão de liminar nº 47/PE, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 2-25, decisão de 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 12.04.2020.

<sup>24</sup> Sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público brasileiro, a partir do seu atendimento à população, no exercício da função de *Ombudsman* do Povo, à luz do mencionado art. 129-II da CF/1988, funcionando com uma das formas de acesso à justiça, consulte-se ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71 e 81-88.

orçamentária não esteja sendo suficiente para concretizar determinado direito fundamental.

Importante, outrossim, destacar que uma decisão judicial a respeito de direitos fundamentais (em uma perspectiva prestacional ou referente a determinada política pública) não é uma criação “exclusiva” do Poder Judiciário. Ela é o resultado de um processo de trabalho (em sentido amplo) que se inicia com a elaboração da petição inicial pelo autor da demanda, formatando um processo de cunho individual ou coletivo, cujo escopo é buscar, no Poder Judiciário, uma resposta perante um direito fundamental deficitário.

É o autor da demanda (em razão do princípio da inércia, que, em regra, orienta a atividade judicial) quem indicará os fundamentos para uma futura decisão favorável à aplicação de uma determinada política pública sobre direitos sociais. Eis o porquê da importância da fundamentação jurídica (causa de pedir) de uma ação, seja ela individual ou coletiva, onde se discuta a aplicação de determinado direito fundamental visto sob uma perspectiva social. Por isso, no que se refere a direitos fundamentais, a expressão “ativismo judicial” é incompleta, pois o ativismo não é apenas dos juízes, mas, principalmente, da população, diretamente, através de ações de cunho mandamental, ou mediante ações coletivas, estando representada por associações ou órgãos públicos de defesa social, os quais exerçam o papel de *Ombudsman*, como o Ministério Público, no Brasil.

De outro lado, no Estado Democrático de Direito, o juiz não possui uma discricionariedade absoluta, no momento de interpretar e decidir. Ora, precisa ele fundamentar o seu *decisum* na prova existente nos autos e nas normas jurídicas que regem a matéria. E, sempre que possível, deve ele buscar, na doutrina, argumentos que deem maior legitimidade às suas conclusões. Não se pode admitir que um julgador justifique a sua decisão apenas na sua consciência ou no seu entendimento pessoal. Ainda mais: que venha a afirmar que não precisa prestar contas das suas decisões a ninguém, salvo a si mesmo ou à sua consciência.

Ora, em um regime democrático, o juiz, enquanto servidor público, precisa prestar contas dos seus atos à sociedade, ao cidadão, enfim, ao Povo, titular do poder político. Por isso, a importância de uma fundamentação compreensível e alicerçada em normas jurídicas, assim como na prova colhida nos autos processuais.<sup>25</sup>

Não é o ativismo judicial quem dá eficácia ao direito fundamental – ela já existe *per si*, conforme o tratamento constitucional dado à matéria. Cabe aos titulares do direito e aos órgãos de defesa da sociedade buscar o reconhecimento de tal condição perante o Poder Judiciário, em caso de não observância do direito fundamental pelas autoridades administrativas competentes e da impossibilidade de encontrar uma solução mediante um diálogo extrajudicial entre as partes interessadas.<sup>26</sup>

Interessante lembrar a respeito a postura crítica de João Maurício Adeodato, segundo o qual a cúpula do Poder Judiciário brasileiro vem ganhando prestígio em razão das omissões do Poder Legislativo e das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público.<sup>27</sup>

Concorda-se em parte com a referida crítica, pois, se um percentual da magistratura julgante, principalmente do Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, tem feito uma escolha pelos direitos fundamentais e pela justiça social, não é somente para ganhar prestígio junto à mídia, mas porque a realidade que emerge das ruas (em decorrência da reiterada omissão estatal com relação à inúmeras normas e direitos constitucionais) não permite muitas escolhas a respeito.

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, destacando a necessidade de as decisões judiciais respeitarem princípios e padrões hermenêuticos, de forma a preservar a autonomia, a integridade e a coerência do direito, consulte-se STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: “decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcel (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 238-240 e 245-248.

<sup>26</sup> Até porque, como disse alhures Ricardo Castilho, para a construção de um Estado fundamentado em uma justiça social e distributiva, é necessário que se cobre dele mesmo e de outras instituições sociais a observância de condições materiais e imateriais necessárias a uma existência digna dos indivíduos, máxime através da concretização do direito humano à educação. CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 117-119.

<sup>27</sup> ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148-149.

De outra banda, reconhece-se que, para o referido prestígio judicial, também contribuem as reportagens sobre decisões judiciais da imprensa brasileira; as transmissões ao vivo das sessões do STF (embora sejam necessárias, à luz de uma ideia de transparência e *accountability*) e algumas posições doutrinárias de membros do Poder Judiciário, os quais exaltam sentenças e acórdão judiciais nos seus livros e/ou entrevistas, mas olvidam destacar a importância da fundamentação das ações (individuais e coletivas) e do ativismo dos atores sociais que provocaram decisões em matéria de direitos fundamentais.

## 5 SOBRE PARTICIPAÇÃO COLETIVA E DIÁLOGO PRÉVIO

Ora, como outra explicou Peter Häberle, o direito constitucional material não se limita apenas ao processo de controle judicial de constitucionalidade de normas, sendo também desenvolvido pelos aplicadores e intérpretes do direito, nos processos ordinários, referentes a casos concretos. Assim, sempre que possível, a interpretação constitucional deve ser ampliada para além de um processo de controle constitucional meramente abstrato.<sup>28</sup>

A propósito, o Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 13.105, de 16.03.2015) traz algumas inovações, visando contribuir com a ampliação da participação da sociedade em processos judiciais com repercussão coletiva. No art. 138, por exemplo, é instituída, para qualquer ação judicial ordinária, a figura do *amicus curiae*, onde o juiz ou relator, de ofício ou mediante requerimento das partes, poderá, quando se tratar de matéria com repercussão social, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade

---

<sup>28</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, reimpressão. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40.

especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.<sup>29</sup>

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, com bastante proficiência, também tem convocado audiências públicas, permitindo a participação da sociedade e de órgãos de representação social, como o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública, além de membros do Congresso Nacional e de organizações sociais e entidades não governamentais, em temas de mais alta relevância, como o debate sobre a utilização de células-tronco e a questão das cotas raciais em universidades públicas. Um exemplo importante foi a audiência pública sobre o direito fundamental à saúde, realizada entre abril e maio de 2009, cujas conclusões, a partir da oitiva de operadores jurídicos, parlamentares e especialistas na área, motivaram as conclusões do voto do Ministro Gilmar Mendes, no já mencionado acórdão da Suspensão de Liminar nº 47/PE.<sup>30</sup>

Infelizmente, o art. 333 do novo CPC brasileiro, que trazia a possibilidade de conversão pelo juiz, após ouvido o autor da demanda, de uma ação individual para uma ação de natureza coletiva, mediante requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de outro legitimado para propor ação civil pública, quando a causa envolvesse interesses de natureza coletiva ou social (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), terminou sendo vetado pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, com os argumentos de que o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes; o tema exigiria disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto e, por

---

<sup>29</sup> A figura do *amicus curiae* é originária do controle de constitucionalidade das leis. No plano do controle abstrato de normas, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, foi expressamente admitida pelo art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999. Já existia também no antigo CPC brasileiro, mas se limitava ao controle de constitucionalidade difuso (*in concreto*) pelos tribunais. *Vide* o art. 482, § 3º, do antigo CPC, acrescentado pela Lei 9.868/1999.

<sup>30</sup> A respeito, consulte-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícia do dia 19.09.2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461&caixaBusca=N>>. Acesso em: 12.04.2020.

fim, o novo Código já contemplaria mecanismos para tratar demandas repetitivas.<sup>31</sup>

Não se concorda, em princípio, com todas as razões do veto presidencial, até porque a fundamentação de uma decisão que viesse a coletivizar uma demanda poderia ser reexaminada pelas instâncias judiciais cabíveis, através do recurso próprio. Demais, o instituto não trataria apenas de demandas repetitivas, mas (e principalmente) de demandas individuais com potencial para produzir/afetar direitos sociais ou de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, cujo ajuizamento poderia ser evitado, em razão de uma decisão judicial com efeitos coletivos *pro futuro*.

Já os arts. 976 a 987 do CPC brasileiro introduzem o denominado IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), permitindo, pelo tribunal competente, a unificação de demandas para julgamento conjunto, sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos, fundados em idêntica questão de direito, presente o risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica. Mencione-se que a decisão de julgamento do incidente será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito.

Deveras, trata-se de uma medida processual posterior ao ajuizamento demandas. A conversão em causas coletivas, supramencionada, teria um caráter coletivo, evitando, justamente, a propositura repetitiva de demandas judiciais.

Reitera-se, entretanto, antes da fase judicial, se o tempo de vida-útil do direito fundamental social em discussão assim permitir, deve haver, pelas partes interessadas, uma tentativa de diálogo junto à Administração Pública, buscando solucionar o problema de forma extrajudicial, através de uma composição e do esclarecimento das justificativas apresentadas pelo Estado-Administração. No Brasil, o Ministério Público, em razão da função de *Ombudsman* do Povo (art.

---

<sup>31</sup> Consulte-se a íntegra das razões do veto presidencial em: BRASIL. Presidência da República. *Legislação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: 12.04.2020.

129-II da Constituição de 1988), tem realizado vários progressos nesse sentido, celebrando compromisso de ajustamento de conduta com a Administração Pública e evitando a propositura, o desgaste e as delongas de um processo judicial.<sup>32</sup>

Maria Paula Dallari Bucci, a propósito, reconhece a importância do termo de ajustamento como uma forma célere de resolução extrajudicial de litígios envolvendo políticas públicas, possuindo a evidente vantagem de não tolher parcela da discricionariedade administrativa do gestor público, o que poderia ocorrer através de uma decisão judicial impositiva. Como crítica a tal atividade, a referida autora lembra a dificuldade de controle de cumprimento dos termos de ajustamento, por ausência de legislação específica a respeito e pela inexistência da criação de um banco de dados dos termos de ajustamento firmados pelo Ministério Público brasileiro.<sup>33</sup>

Em suma, no que se refere a direitos fundamentais que ensejem prestações da Administração Pública para a sua concretização, a ideia ora discutida não é interferir na gestão de determinada política pública, mas, havendo uma comprovada omissão administrativa, aperfeiçoá-la, à luz dos mandamentos constitucionais de um Estado Democrático e Social voltado para

---

<sup>32</sup> O TAC ou CAC – Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta encontra alicerce no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, lei da ação civil pública, tendo sido acrescentado pela Lei 8.078, de 11.09.1990 – Código de Defesa do Consumidor). Foi introduzido, no ordenamento brasileiro, através do art. 211 da Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O Ministério Público não é o único com atribuição para celebrá-lo, mas também as outras entidades/órgãos públicos legitimados para ingressar com ação civil pública (União, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, associações constituídas há mais de um ano, que tenham por objeto a defesa de interesses sociais, e Defensoria Pública – v. art. 5º da Lei 7.347/85, alterado pela Lei nº 11.448, de 15.01.2007). Tecnicamente, o termo de compromisso não possui natureza contratual, funcionando como garantia de cumprimento da obrigação pelo compromissário perante o órgão/entidade compromitente. Sobre o TAC, consultem-se JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2006, p. 264; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*, 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 237-238; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 385-386, e ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. Termo de ajustamento de conduta e recomendação: qual a melhor alternativa? In: *Revista da Associação do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, n. 3, nov. 2008, p. 43-44.

<sup>33</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31-32.

a dignidade humana, partindo de um pressuposto não de superposição de um poder a outro, mas de coordenação e de ordenação.<sup>34</sup>

## 6 PARÂMETROS NECESSÁRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PERSPECTIVA SOCIAL

Deveras, superada a fase do diálogo prévio entre parte interessada ou órgão/entidade de representação social e a Administração Pública, seguida da propositura da demanda judicial e da necessária instrução probatória, o juiz, ao proferir decisões em processos que envolvam a efetivação de direitos fundamentais com uma perspectiva prestacional pela Administração Pública, deverá seguir parâmetros, a fim de garantir uma atuação judicial efetivamente justa e harmoniosa com o sistema legal.

Primeiramente, deverá evitar decisões que beneficiem apenas um indivíduo; há de preferir soluções que beneficiem a sociedade ou um grupo maior de indivíduos a respeito do direito fundamental em questão.<sup>35</sup>

O magistrado, buscando uma igualdade material, em termos de direitos fundamentais de cunho social, deverá valer-se de uma hermenêutica fundamentada em direitos e nos princípios constitucionais e não apenas em uma leitura somente literal da legislação ordinária atinente ao assunto.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Afinal, as normas de direito fundamental desempenham um papel nuclear para o conteúdo e a forma do ordenamento jurídico que se deseja para determinado Estado. Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Erst Auflage (taschenbuch wissenschaft). Berlin: Suhrkamp, 1994, p. 475.

<sup>35</sup> Antonio Ruggieri, ao dissertar a respeito do direito fundamental à educação, defende um *bilanciamento*, ou seja, uma reflexão que o intérprete deve fazer a respeito da exigibilidade do direito social em questão; dos recursos disponíveis e da proposta de um desenvolvimento harmônico e equilibrado da sociedade. RUGGERI, Antonio. IL diritto all'istruzione: temi e problemi. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto e REVENGA, Miguel (a cura di). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 133-135.

<sup>36</sup> Com fundamento da lição de Roberto Nania, o magistrado deve valer-se de um *angionamento* interpretativo, buscando, em suas decisões, estabelecer uma correlação entre as aspirações prescritivas da Constituição e a força que emerge como resultado da realidade das relações sócio-econômicas. Nesse sentido, NANIA, Roberto. Riflessioni sulla "Costituzione Economica" in Italia: il "lavoro" como "fondamento", come "diritto", come "dovere". In: NANIA, Roberto (a cura di). *L'evoluzione*

Sobre o tema, é relevante destacar, Ronald Dworkin defende que os juízes precisam fundamentar as suas decisões em argumentos de princípio político, não se limitando à literal redação do texto jurídico. Eis, então, a ideia de um Estado de Direito a partir de uma concepção “centrada nos direitos”, e não apenas na legislação, pressupondo que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado.<sup>37</sup>

Destarte, a promoção dos direitos fundamentais não pode servir de justificativa para decisões judiciais desconexas com a Constituição e que não venham a medir as consequências das suas determinações.<sup>38</sup> Dentro de tal contexto, deverá o magistrado judicante medir os impactos econômico-financeiros das suas decisões, fazendo uma pontual análise do orçamento público da entidade pública acionada para cumprir a prestação social deficitária, a fim de garantir o investimento estatal já realizado em prol dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Nessa perspectiva de atuação, o juiz necessitará de apoio logístico. Ou seja, deverá o Poder Judiciário passar a ter, em seus quadros, profissionais especializados em orçamento público e não apenas profissionais de contabilidade com especialidade em atualização de cálculos judiciais. Por conseguinte, aflora a importância de um juiz que atue de forma proativa, após a iniciativa das partes, e não meramente passiva, quanto à instrução probatória. O juiz necessita buscar, primeiramente, o consenso entre as partes envolvidas no litígio e o alargamento da discussão, ouvindo representantes dos segmentos sociais envolvidos e entidades relacionadas com a defesa do patrimônio público.<sup>40</sup>

---

*costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali: saggi e casi di studio.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 327-329 e 339-340.

<sup>37</sup> Conforme, DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2ª ed. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3-17.

<sup>38</sup> Até porque, como explica Robert Alexy, poderá haver colisão não apenas entre direitos sociais e direitos de liberdade, mas também entre os próprios direitos sociais, como ocorre entre o direito ao trabalho e o direito ao meio ambiente. Por isso, a importância da ponderação aqui destacada. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Erst Auflage (taschenbuch wissenschaft). Berlin: Suhrkamp, 1994, p. 464-465.

<sup>39</sup> Sobre o tema, consulte-se LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 24, 33 e 38.

<sup>40</sup> Como explica Gordillo, o juiz precisa conhecer os fatos e não apenas a norma, principalmente quando se trata de lides a respeito dos compromissos orçamentários do Estado. Lembra, ainda, o jurista portenho a

É preciso que o julgador estude as partes envolvidas, identificando as suas necessidades, ansiedades e quais os motivos que as levaram a uma demanda judicial. Terá ele, assim, um diagnóstico inicial da demanda, permitindo-lhe planejar o futuro *decisum*.<sup>41</sup>

Há de buscar o magistrado judicante, antes de tudo, uma solução consensual para a demanda em discussão. A postura judicial deverá ter por meta investigar se existem elementos que justifiquem a aplicabilidade imediata do direito fundamental em discussão. Logo, a sua visão do processo judicial deve ser instrumental e não formalista, ao ponto de considerar o processo uma realidade à parte, desconexa com o direito em discussão, como se o processo - que é mero instrumento e meio - fosse um fim em si mesmo. Mas, o fim é a realização do direito material e não o direito processual.

Nesse passo, independentemente do rito da ação em curso, o diálogo entre as partes envolvidas deverá sempre ser buscado, em qualquer fase processual onde se encontre a demanda; demais, outros segmentos da sociedade poderão ser ouvidos, através de consultas e audiências públicas, nos termos do art. 138, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Dentro da ideia de que qualquer pessoa, física ou jurídica, possui um direito fundamental de acesso ao valor justiça,<sup>42</sup> a decisão judicial, até como uma forma de prestação de contas aos destinatários do referido direito, deve ser um reflexo do caso concreto em discussão; do diálogo entre os sujeitos processuais (ao menos, a sua tentativa) e dos debates argumentativos desenvolvidos pelas partes.<sup>43</sup>

---

importância de o magistrado judicante saber ouvir as partes e os segmentos sociais envolvidos, mediante a convocação de audiências públicas. GORDILLO, Agustín. El Estado de Derecho en estado de emergencia. In: LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.). *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 53-64.

<sup>41</sup> Rogério Gesta Leal, a propósito, fala em “juízo hipotético preliminar do conflito”, o que permitirá identificar particularidades individuais, psicológicas, educacionais, econômicas, políticas, culturais, religiosas, dentre outras, relacionadas com o conflito. LEAL, Rogério Gesta. Metodologia sistêmico-constitucional de solução de casos. *Cadernos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p. 47-49.

<sup>42</sup> Lembre-se do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

<sup>43</sup> É o que propõe Lenio Streck, através da chamada *accountability* hermenêutica, ao mencionar a necessidade de uma decisão judicial ser construída com a argumentação participativa das partes, evitando

Por outro lado, é evidente que os tribunais, tendo em vista o princípio da igualdade, deverão manter a coerência nas suas decisões, procurando seguir a mesma lógica de decisão para casos concretos futuros, que versem sobre a mesma causa de pedir, relacionada com o direito fundamental prestacional em discussão.<sup>44</sup> E quando não for possível manter tal coerência, considerando-se a dinâmica do Direito enquanto ciência social e humana, deverá existir uma justificativa expressa a respeito na decisão judicial.

Acaso seja concedido, mediante sentença, um direito fundamental social (por exemplo, tratamento de determinada enfermidade ou o fornecimento de remédios), em uma ação movida por apenas um indivíduo, tal decisão deve ser precedida por uma audiência de justificação com a Administração Pública (se houver possibilidade fática, porque o direito em questão poder envolver o risco da vida de outrem). Também deve haver uma análise do orçamento público para aquele ano-base e de uma reflexão sobre a real utilidade ou mesmo da comprovação científica da providência adotada.

Se a Administração Pública arguir a impossibilidade material de efetivar o direito fundamental prestacional em discussão, deverá o magistrado analisar as rubricas orçamentárias existentes, indagando ao Poder Público sobre a possibilidade de relocação de verbas públicas de áreas não prioritárias para a efetivação de direitos fundamentais, como aquelas relacionadas com a publicidade institucional em rádio e televisão da entidade pública questionada ou daquelas verbas indicadas no orçamento de forma genérica (sem especificação), ainda que dentro de uma rubrica (divisão orçamentária) determinada. Encontra tal proposta alicerce na ideia de uma imanente ponderação a respeito dos limites autorizadores do ordenamento jurídico, no sentido de averiguar até onde pode o

---

que o juízo meramente axiológico do magistrado predomine como resultado final do processo. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 363-367.

<sup>44</sup> Por isso, José Luis Bolzan de Moraes enfatiza que muitas decisões judiciais, quando tratam da efetivação de direitos fundamentais sociais, apresentam um excesso de discursos morais, fundamentalistas ou voluntaristas, deixando de lado a análise das normas jurídicas pertinentes à matéria. Demais, em alguns casos, os precedentes mencionados pelos Tribunais, no Brasil, nem sempre são análogos ou têm relação com o caso concreto em análise, o que pode gerar distorções nas decisões e uma quebra na desejada coerência judicial. MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado Constitucional: entre justiça e política, a vida não cabe em silogismos! In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.170-175.

governante restringir o alcance ou o conteúdo de determinado direito fundamental.<sup>45</sup>

Por exemplo: uma rubrica orçamentária definida apenas como “investimento em transporte público”. Caberiam ao gestor público os seguintes questionamentos: que tipo de transporte público? Onde? De que forma? Quais as localidades da região que serão beneficiadas no ano orçamentário?

Examine-se um caso concreto. A Lei Estadual nº 14.540, de 15.12.2011, do Estado de Pernambuco, que tratou do orçamento para o ano de 2012, dentro do programa “Ampliação da proteção ao consumidor”, destinou uma receita de R\$ 1.062.300,00 (um milhão, sessenta e dois mil e trezentos reais) para atividade de “Ampliação e Manutenção dos Serviços de Orientação, Defesa, Fiscalização e Atendimento ao Consumidor” (atividade 3522). A finalidade do referido subprograma ou atividade orçamentária foi definida como “amparar e defender o consumidor de acordo com lei”.

Evidentemente, em razão da nomenclatura adotada, há um espaço bastante amplo (e indefinido), no orçamento proposto, onde o gestor público poderá retirar recursos para pagar despesas relacionadas com a referida rubrica. Nada impedirá, assim, que lhe seja questionada, judicial ou extrajudicialmente, a forma como vem executando a mencionada atividade orçamentária e se, de fato, o investimento tem sido feito em prol da proteção dos consumidores.

De outra banda, a mesma lei orçamentária informa que o Poder Executivo do Estado de Pernambuco teve à disposição, no ano de 2012, R\$ 71.878.600,00 (setenta e um milhões, oitocentos e setenta e oito mil e seiscentos reais) para divulgação dos atos governamentais em todos os meios de comunicação (programa 0008, atividade 0006). O mesmo orçamento, porém, destinou apenas R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) ao programa 0910 (Ampliação das redes

---

<sup>45</sup> Como bem destaca Jorge Reis Novais, a verificação judicial da admissibilidade, permitida pela Constituição, da limitação de determinado direito fundamental, não pode prescindir de juízos de ponderação e valoração de bens, princípios ou interesses em colisão, a fim de que se chegue a uma perspectiva concreta a respeito da justificativa sobre a realização de um determinado bem em detrimento da não satisfação do outro. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 76-77.

de proteção e atendimento aos usuários de droga em Pernambuco), através da atividade 4305 (programa estadual de enfrentamento ao *crack* e outras drogas).

Não se discute aqui a discricionariedade do gestor público para definir e decidir, junto com a sua equipe de governo e/ou orçamentária, os gastos destinados com publicidade institucional. A grande questão surge, porém, quando determinados direitos fundamentais não estão sendo devidamente executados ou cumpridos pela entidade pública. E, nesses momentos excepcionais, poderia ser possível rediscutir, de forma ponderada e fundamentada, o investimento em determinadas rubricas orçamentárias.<sup>46</sup>

Há de se considerar, ainda, a possibilidade de o Estado/entidade pública apresentar um planejamento sobre o direito fundamental em discussão, mediante um projeto de implementação gradativa do direito social deficitário. Nessa hipótese, desde que não resulte em riscos para o direito fundamental em litígio, pode-se examinar a possibilidade de suspensão do processo judicial por um determinado período, possibilitando, doravante, um reexame da implementação do direito proposto pelo Estado.<sup>47</sup>

Na impossibilidade de extensão do direito fundamental pleiteado em juízo para outras pessoas, deve ser enviada uma cópia da decisão judicial para o Poder Legislativo e para o órgão de defesa da sociedade (Ministério Público, que exerce a função de *Ombudsman*, conforme o art. 129-II da Magna Carta), a fim de que se encontrem meios para, extrajudicialmente (através de uma mediação junto à Administração Pública) ou, se não houver consenso, judicialmente

---

<sup>46</sup> Nesse ponto, relevante é a advertência de Onofre Alves Batista Júnior, o qual lembra que, enquanto houver desperdícios orçamentários e recursos indevidamente aplicados por parte dos gestores públicos, não se poderá afastar a possibilidade de demandas judiciais com o intuito de concretizar o direito a uma vida digna. O referido autor, porém, reconhece a necessidade das decisões judiciais, em matéria de direitos sociais, não ignorarem as possibilidades materiais do orçamento fiscal do Estado e analisarem a causa pensando no coletivo e não apenas no individual. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 290-299.

<sup>47</sup> Conforme, JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*, 1ª ed., 2ª triagem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 151-152.

(mediante ações coletivas, como a ação civil pública), ser estendido o benefício concedido para a coletividade ou para o maior número possível de pessoas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante todos os argumentos aqui esposados, pode-se concluir, as políticas públicas devem ser encaradas como um instrumento para a promoção da igualdade material dos indivíduos, sendo cada ação legislativa e administrativa a respeito uma contribuição para tornar concreto tal postulado, por meio da realização de prestações em benefício dos direitos fundamentais.

Não é o ativismo judicial que concede eficácia ao direito fundamental – ela já existe *per si*, conforme o tratamento constitucional dado à matéria. Destarte, cabe aos titulares do direito e aos órgãos de defesa da interesses da sociedade buscar o reconhecimento de tal condição perante o Poder Judiciário, em caso de não observância do direito fundamental pelas autoridades administrativas competentes e da impossibilidade de se encontrar uma solução mediante um diálogo extrajudicial entre as partes interessadas.

De outra banda, as decisões judiciais que versem sobre direitos fundamentais prestacionais e políticas públicas devem seguir parâmetros, à luz do dever constitucional de motivação e como uma forma de accountability para os jurisdicionados.

Primeiramente, há de buscar o magistrado julgante, antes de tudo, em qualquer fase processual, uma solução consensual para a demanda em discussão, ouvindo, sempre que possível os argumentos de todas as partes envolvidas. Outros segmentos da sociedade também poderão ser ouvidos, através de consultas e audiências públicas, nos termos do art. 138, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Devem-se evitar decisões que beneficiem apenas um indivíduo; há de se preferir soluções que beneficiem a sociedade ou um grupo maior de indivíduos. Não obstante, na impossibilidade de extensão do direito fundamental pleiteado em juízo para outras pessoas, deve ser enviada uma cópia da decisão judicial para o Poder Legislativo e para o órgão de defesa da sociedade (Ministério Público), a fim de que se encontrem meios para, extra ou judicialmente, ser estendido o benefício concedido para a coletividade ou para o maior número possível de pessoas.

Na busca por uma igualdade material, deverá o magistrado judicante utilizar uma hermenêutica fundamentada em direitos e nos princípios constitucionais e não apenas em uma leitura literal da legislação ordinária ou mesmo se valendo de uma ótica meramente pessoal sobre o assunto.

Por fim, deverá o juiz medir os impactos econômico-financeiros das suas decisões, fazendo uma pontual análise do orçamento público da entidade pública acionada para cumprir a prestação social, a fim de garantir e não prejudicar o investimento estatal já realizado em prol de outras rubricas relacionadas com os direitos fundamentais. Acaso seja concedido um direito fundamental de natureza prestacional mediante sentença, deve tal decisão, havendo possibilidade fática, ser precedida por uma audiência de justificação com a Administração Pública; de uma análise do orçamento público para aquele ano-base e de uma reflexão sobre a real utilidade e/ou da comprovação científica da providência adotada.

## **REFERÊNCIAS FINAIS**

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Erst Auflage (taschenbuch wissenschaft). Berlin: Suhrkamp, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 271-309.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOVEN, Theodoor C. Van. Introduction: les critères de distinction des droits de l'homme. In: VASAK, Karel (rédacteur général). *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris: UNESCO, 1978, p. 45-63.

BRASIL. Presidência da República. *Legislação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: 12.04.2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes. Acórdão no agravo regimental na suspensão de liminar nº 47/PE, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 2-25, decisão de 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 12.04.2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Notícia do dia 19.09.2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461&aixaBusca=N>>. Acesso em: 12.04.2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, 1ª ed., 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-49.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*, 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*, São Paulo, Saraiva, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 54/28, jan./mar. 2006, p. 239-252.

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

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2ª ed. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la lei del más débil*, 4ª ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GORDILLO, Agustín. El Estado de Derecho en estado de emergencia. In: LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.). *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 53-54.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad.: Ignacio Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, reimpressão. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. Termo de ajustamento de conduta e recomendação: qual a melhor alternativa? In: *Revista da Associação do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, n. 3, nov. 2008, p. 43-44.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2006.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. y prólogo: Fernando de Los Ríos. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*, 1ª ed., 2ª triagem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

KONRAD, Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage. Heidelberg: Müller Verl., 1999.

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et. al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 90-91.

LEAL, Rogério Gesta. Metodologia sistêmico-constitucional de solução de casos. *Cadernos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

\_\_\_\_\_. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

LONGO, Erik. *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali: profili teorici e prassi costituzionali*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, 1ª ed., 2ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado Constitucional: entre justiça e política, a vida não cabe em silogismos! In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155-178.

NANIA, Roberto. Riflessioni sulla "Costituzione Economica" in Italia: il "lavoro" como "fondamento", come "diritto", come "dovere". In: NANIA, Roberto (a cura di). *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali: saggi e casi di studio*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 327-340.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional, rel. Cons. Luís Nunes de Almeida. Acórdão nº 509/2002. Processo nº 768/2002. Decisão de 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12.04.2020.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RUGGERI, Antonio. IL diritto all'istruzione: temi e problemi. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto e REVENGA, Miguel (a cura di). *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 129-138.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. O que é isto: "decidir conforme a consciência"? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcel (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.

VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.