

DANIEL SILVA PASSOS

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS:**

**O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

Brasília

2011

---

Passos, Daniel Silva.

Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o Problema da Legitimidade/  
Daniel Silva Passos. -- Brasília: O Autor, 2011.

172 f.

Dissertação (Mestrado)-Centro Universitário de Brasília Programa de  
Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Políticas Públicas. 3. Direitos Fundamentais. I.  
Título. II. Santana, Héctor Valverde (Orientador).

CDU: 342.4

---

*Aos meus pais Raimundo e Elizete.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço ao professor Héctor Valverde Santana, pelo zelo e pela disponibilidade a mim dedicados durante todo o período em que se desenvolveu minha orientação.*

*Ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pelo profissionalismo e excelência de seus professores, com os quais pude aprofundar os estudos de tema tão caro à realidade de nosso país.*

*À minha namorada Ticiano do Carmo Araújo, para quem não bastou dar-me tanto amor e carinho, assumindo também a condição de companheira na reflexão de pontos centrais deste trabalho.*

*Aos meus amigos Leslei Lester dos Anjos Magalhães, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas e Rafael Figueiredo Fulgêncio, pelas discussões teóricas e indicações bibliográficas importantíssimas para o desenvolvimento da presente dissertação.*

*A Elza e Nina, bibliotecárias da AGU, pela presteza na disponibilização de quase todo o material aqui utilizado.*

*Aos meus amigos de Salvador, especialmente Daniel Souza Tourinho, Daniel Pinto de Loureiro Maior, Érica Santos Carvalho, Ivan Apsan Frediani e Rodrigo Sampaio Correa, pelo companheirismo e certeza de que sempre estaremos juntos.*

DANIEL SILVA PASSOS

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS:**

**O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

Brasília, 30 de outubro de 2011.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## RESUMO

A intervenção judicial no processo de políticas públicas dentro da realidade brasileira está apoiada em bases legais e morais. São objetivos do presente trabalho: expor a importância dos programas estabelecidos na constituição de modo a implementar uma perspectiva inclusiva e emancipatória inerente à definição de Estado Democrático de Direito; demonstrar a normatividade e eficácia plena dos dispositivos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, expondo os graus de vinculação destes sobre todo o sistema jurídico; expor a legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle sobre os atos e omissões do Poder Público, de modo a garantir a máxima normatividade do texto constitucional; e expor a existência ou não de limites, meios e modos à atuação jurisdicional no exercício da concretização dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias nacionais e estrangeiras, e também a pesquisa documental, para a verificação da jurisprudência sobre a matéria. Identificou-se a emergência da concretização das promessas emancipatórias assumidas pelo constituinte originário e, a partir dessa constatação, refutaram-se os óbices reiteradamente levantados ao aludido protagonismo judicial. Diante da assimetria entre a realidade vivida por Montesquieu e a atual, propõe-se a aplicação de uma teoria da separação de poderes consentânea com a atualidade. Demonstrou-se também a importância do papel contramajoritário para uma concepção material de democracia, principalmente em países com elevado déficit de representatividade. Conclui-se, diante da realidade brasileira, pela inafastabilidade do controle da atividade judicante sobre o processo de políticas públicas.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

The judicial intervention in the public policy in the Brazilian reality is supported on legal and moral basis. The aims of this study are: to outline the importance of the programs established in the constitution in order to implement an inclusive and emancipatory perspective inherent in the definition of the state Democratic law; demonstrate the full effectiveness of normativity and constitutional provisions relating to fundamental rights, outlining the degree of binding on the entire legal system, exposing the legitimacy of the judiciary to exercise control over the acts and omissions of public authorities in order to ensure maximum normativity of constitutional text, and expose the existence of limits, ways and means to exercise jurisdictional action in the implementation of fundamental rights. The methodology used was the doctrinal literature on domestic and foreign sources, as well as documentary research, to check the case law on the matter. The study identified the emergence of the emancipatory promises assumed by the original constituents, and from this finding, contradict the obstacles raised repeatedly alluded to the judicial role. Given the asymmetry between the lived reality of Montesquieu and today's, it is proposed to apply a theory of separation of powers consistent with the present. It also demonstrated the importance of protection of minorities to a material conception of democracy, especially in countries with high deficit of representation. We conclude, on the Brazilian reality, the indispensability control of judicial activity on the public policy process.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Public Policy. Fundamental Rights.

## **LISTA DE SIGLAS**

AMGI Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos

BIRD Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento

CFI Corporação Financeira Internacional

IDA Associação Internacional de Desenvolvimento

ONU Organização das Nações Unidas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>PROMESSAS CONSTITUCIONAIS E NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO</b>	14
1.1 INSUFICIÊNCIA DO ESTADO LIBERAL: O ESTADO DEMOCRÁTICO	15
1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO E IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS	18
1.2.1 Os direitos fundamentais e a eticização do direito	19
1.2.2 Conteúdo principiológico dos enunciados de direitos fundamentais	26
1.2.3 O papel do direito na concretização dos objetivos constitucionais: jurisdicização da política?	30
1.2.3.1 <i>A concepção de sistema, de fechamento operativo e abertura cognitiva</i>	33
1.2.3.2 <i>O acoplamento estrutural entre política e direito</i>	35
1.3 VINCULAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS	40
1.3.1 Destinatários das imposições constitucionais	40
1.3.2 Normas programáticas	42
1.3.3 Instrumentalizando a atividade finalística da administração pública: as políticas públicas	46
1.3.4 As etapas de uma política pública e parâmetros de controle	49
1.3.5 O problema das omissões inconstitucionais	51
1.3.6 Discricionariedade legislativa e administrativa	56
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>ÓBICES LEVANTADOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	61
2.1 SEPARAÇÃO DE PODERES	62
2.1.1 Contexto histórico em que a moderna doutrina da separação de poderes foi idealizada	63
2.1.2 Separação dos poderes em John Locke	64
2.1.3 Separação dos poderes em Montesquieu	67
2.1.4 Superação do modelo clássico de separação dos poderes na atualidade	69
2.2 DÉFICIT DEMOCRÁTICO	73
2.2.1 Insuficiência de uma concepção formal de democracia	75

2.2.2	<b>Limites democráticos</b>	76
2.2.3	<b>Função prospectiva da democracia material</b>	80
2.2.4	<b>Função democrática do judiciário</b>	82
2.3	FALTA DE CRITÉRIOS PARA DECIDIR OS <i>HARD CASES</i> : VINCULAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E DISCRICIONARIEDADE EM SUA INTERPRETAÇÃO	89
2.3.1	<b>O direito como integridade</b>	90
2.3.2	<b>Inadmissibilidade do arbítrio judicial e o fortalecimento do constitucionalismo diretor pelo direito como integridade</b>	92
2.4	COMPLEXIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AUSÊNCIA DE INSTRUMENTAL À DISPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A CORRESPONDENTE ANÁLISE EM TODA A SUA INTEIREZA E COMPLEXIDADE	96
2.4.1	<b>Complexidade da política pública</b>	97
2.4.2	<b>O modelo político de análise das políticas públicas</b>	99
2.4.2.1	<i>Influência dos interesses</i>	101
2.4.2.2	<i>Influência Internacional</i>	105
2.4.3	<b>O modelo institucional de análise das políticas públicas</b>	106
2.4.4	<b>Irrracionalidade das políticas públicas</b>	110
	<b>CAPÍTULO 3</b>	
	<b>EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO</b>	113
3.1	ARCABOUÇO INSTITUCIONAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO	114
3.2	INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL	116
3.2.1	<b>Efeitos do neoconstitucionalismo sobre a atividade interpretativa</b>	117
3.2.2	<b>O caráter constitutivo da interpretação jurídica e o objeto do hermeneuta</b>	119
3.2.3	<b>Verdade e interpretação razoável</b>	122
3.2.4	<b>Limites textuais impostos à atividade interpretativa</b>	131
3.2.5	<b>Ponderação e argumentação</b>	135
3.2.6	<b>Desenvolvimento do direito</b>	140
3.2.7	<b>Ativismo x passivismo judicial</b>	149
	<b>CONCLUSÃO</b>	160
	<b>REFERÊNCIAS</b>	164