



**PEDRO HENRIQUE PEREIRA PRADO**

**UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS, A PARTIR DO JULGAMENTO DO AGRAVO EM  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.194.865/MG**

**LAVRAS-MG  
2021**

**PEDRO HENRIQUE PEREIRA PRADO**

UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A PARTIR  
DO JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
1.194.865/MG

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Federal de Lavras, como parte  
das exigências do Curso de Direito, para a  
obtenção do título de Bacharel.

**Membros da Banca Examinadora:**

Prof(a). Dr(a). Isabela Neves Silveira  
Orientador(a)

Prof. Me. Vinicius Nascimento Cerqueira  
Coorientador

Exmo. Dr. Rodrigo Melo Oliveira  
Convidado

**LAVRAS-MG  
2021**

**UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A  
PARTIR DO JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº  
1.194.865/MG**

*AN ANALYSIS OF THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES, BASED ON THE  
JUDGMENT OF THE INTERLOCUTORY APPEAL IN EXTRAORDINARY APPEAL Nº  
1.194.865/MG*

Pedro Henrique Pereira Prado<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.194.865/MG, e visa analisar, por meio do referido pronunciamento judicial, o tema da “judicialização de políticas públicas” e a sua constitucionalidade, através da realização de pesquisa bibliográfica e documental sobre o assunto, com a utilização do método indutivo e com uma abordagem qualitativa das informações apresentadas (não colhidas pelo autor). A realização deste estudo possui como principais fundamentos o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana. E a justificativa para a investigação remonta o fato de que a judicialização de políticas públicas é uma questão controversa, até mesmo no âmbito dos tribunais brasileiros, com entendimentos e posicionamentos divergentes, assim como que o seu exame demanda estudos minuciosos. Além disso, destaca-se que a abordagem da pesquisa, a partir do caso concreto selecionado, é de suma importância, a fim de tornar a discussão sobre o assunto ainda mais concreta e palpável, bem como aproximar o trabalho desenvolvido da realidade, com o estudo de uma determinação judicial de implementação de política pública no município de Lavras/MG, local em que se encontra sediada a Universidade Federal de Lavras – UFLA. A política pública em apreço corresponde à disponibilização de vagas, pelo Estado de Minas Gerais, em estabelecimentos já existentes, e à construção de um centro socioeducativo no município, para o acolhimento de adolescentes em regime de internação (provisória ou por prazo indeterminado), com repercussão no âmbito dos direitos da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Judicialização de políticas públicas; jurisdição constitucional; direitos fundamentais; mínimo existencial; reserva do possível.

**Abstract:** This article deals with the monocratic decision handed down by Minister Celso de Mello, in the judgment of the Interlocutory Appeal in Extraordinary Appeal nº 1.194.865/MG, and aims to analyze, through this judicial pronouncement, the theme of "judicialization of public policies" and its constitutionality, by conducting bibliographical and documentary research on the subject, using the inductive method and with a qualitative approach to the information presented (not collected by the author). The main foundations of this study are the Democratic State of Law and the principle of human dignity. And the justification for the

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras – UFLA; Integrante do Grupo de Pesquisa intitulado Processo Civil Democrático – PROCIDE, com registro no CNPQ.

investigation goes back to the fact that the judicialization of public policies is a controversial issue, even within the Brazilian courts, with divergent understandings and positions, as well as the fact that its examination demands thorough studies. Furthermore, the research approach, based on the concrete case selected, is of the utmost importance, to make the discussion on the subject even more concrete and palpable, as well as to bring the work developed closer to reality, with the study of a judicial determination to implement a public policy in the municipality of Lavras/MG, where the Federal University of Lavras - UFLA is located. The public policy in question corresponds to the State of Minas Gerais making vacancies available in existing establishments and the construction of a socio-educational center in the municipality for the placement of adolescents in a regime of internment (provisional or for an indefinite term), with repercussions on the rights of children and adolescents.

**Keywords:** Judicialization of public policies; constitutional jurisdiction; fundamental rights; existential minimum; reservation of the possible.

## INTRODUÇÃO

A judicialização de políticas públicas corresponde a tema que, há muito, a doutrina e a jurisprudência têm se ocupado de examinar, a fim de compreender a sua constitucionalidade e os seus efeitos. De uma forma geral, a temática pode ser compreendida como a possibilidade conferida ao Judiciário de decidir questões de cunho político e de repercussão social, que comumente dizem respeito às funções institucionais precípua do Executivo e do Legislativo (em razão da teoria da separação de poderes), como a implementação e a execução de projetos que se destinem a assegurar o acesso a direitos fundamentais pelos cidadãos/jurisdicionados.

A análise sobre o assunto, normalmente, demanda a compreensão de expressões como “separação de poderes”, “direitos fundamentais”, “gradualidade”, “mínimo existencial”, “reserva do possível”. Neste trabalho, além destas expressões, por razões que serão adiante explicadas, faz-se necessária a compreensão, também, do termo “jurisdição constitucional”.

Desse modo, para a realização do presente estudo, realizou-se a leitura de textos jurídicos (artigos e livros) e de normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais), bem como selecionou-se um caso concreto, qual seja, a Ação Civil Pública que tramitou perante a 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Lavras/MG, nos autos do processo nº 0024620-38.2015.8.13.0382 (MINAS GERAIS, 2016), especialmente a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.194.865/MG (BRASIL, 2019), para aprofundamento e reflexão sobre a temática mencionada.

O caso concreto versa, resumidamente, sobre a necessidade de disponibilização de vagas em estabelecimentos já existentes, bem como de construção de um centro socioeducativo no

município de Lavras/MG, para o acolhimento de adolescentes em regime de internação (provisória ou por prazo indeterminado). Neste sentido, verifica-se que são abrangidos os direitos da criança e do adolescente, com a incidência de dispositivos e princípios específicos.

O objetivo desta investigação remete ao seguinte questionamento: é constitucional a atuação do Judiciário, quando determina ao Poder Público a implementação e a execução de políticas públicas, a fim de resguardar e garantir direitos fundamentais aos cidadãos/jurisdicionados, pautando-se na figura do mínimo existencial? Ou essa postura viola o princípio constitucional da separação de poderes, cabendo, especificamente, aos demais poderes (Executivo e Legislativo) a tomada de decisões sobre os projetos e a sua execução, com base no orçamento público e na realidade econômica, ponderando a existência e a suficiência de recursos financeiros para a realização das necessidades básicas e das demandas sociais?

O trabalho, portanto, por meio da referida decisão judicial, visa analisar o tema da “judicialização de políticas públicas” e a sua constitucionalidade, através da realização de pesquisa bibliográfica e documental sobre o assunto, com a utilização do método indutivo (parte da análise de um caso específico para atingir conclusões mais amplas e gerais sobre o problema de pesquisa) e uma abordagem qualitativa das informações apresentadas (não colhidas pelo autor). Ademais, destaca-se que a realização deste estudo possui como principais fundamentos o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para responder ao questionamento proposto, inicialmente será apresentado o caso concreto. Após, serão extraídos os principais argumentos da decisão estudada, formulando três proposições, que serão analisadas, individualmente, em tópicos distintos e complementares. Em sequência, será abordada a teoria do diálogo institucional, como uma solução à controvérsia. Ao final, tendo esta teoria como pano de fundo, será examinada a conclusão do pronunciamento judicial estudado e será formulada uma resposta sugestiva ao problema de pesquisa abordado.

## **1. O CASO CONCRETO E O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL OBJETO DO ESTUDO**

A decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.194.865/MG (BRASIL, 2019), pôs fim à controvérsia existente na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG, em face do Estado de Minas Gerais (processo nº 0024620-38.2015.8.13.0382), que tramitou perante a 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Lavras/MG (MINAS GERAIS, 2016).

A referida Ação Civil Pública objetivava a condenação do ente público à disponibilização de vagas em unidades já existentes, bem como a construção e a implementação, no município de Lavras/MG, de um centro socioeducativo destinado ao acolhimento de adolescentes em regime de internação (provisória e por prazo indeterminado), no prazo de um ano, sob pena de multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) (MINAS GERAIS, 2016).

Em consulta ao processo, verificou-se que o Ministério Público, na petição inicial, sustentou, resumidamente, que o município de Lavras/MG vinha experimentando uma sensível elevação do índice de criminalidade, em especial àquela sistêmica decorrente do tráfico e do uso de entorpecentes, com a participação significativa de crianças e adolescentes em conflito com a Lei, mediante o cometimento de atos infracionais de natureza grave, como violência física e grave ameaça. Segundo o Órgão Ministerial, a aludida situação se deve à deficiência de políticas públicas adequadas em educação, saúde, esporte, lazer e segurança pública, sobretudo nas áreas mais carentes do município, e de insuficiência da rede de proteção e acompanhamento à família, às crianças e aos adolescentes em situação de risco e de vulnerabilidade social (MINAS GERAIS, 2016).

Ademais, de acordo com o Ministério Público, embora o município de Lavras/MG não contasse com uma unidade própria para o acolhimento dos adolescentes infratores, após a decretação da internação provisória, estes eram segregados em ala específica do presídio local, sendo que alguns permaneciam cumprindo a medida de internação em tal localidade, e outros eram liberados, conquanto inexistentes programa e entidade adequados. No entanto, o Juízo da Execução Penal da Comarca, no exercício de suas funções, decretou a interdição parcial do presídio de Lavras/MG, impondo ao Estado de Minas Gerais a obrigação de não fazer, consistente na proibição de acolher, em suas dependências, adolescentes em conflito com a Lei (MINAS GERAIS, 2016).

Não obstante, o Órgão Ministerial evidenciou que inúmeras requisições de vagas, realizadas junto aos Centros Socioeducativos de outras localidades do Estado de Minas Gerais, são corriqueiramente indeferidas, sob o argumento de escassez de vagas, o que, associado à recente impossibilidade de cumprimento da medida de internação no presídio local, frustra a execução das medidas socioeducativas já determinadas e compromete, socialmente, a credibilidade do Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Lavras/MG (MINAS GERAIS, 2016).

Por essa razão, mediante a realidade vivenciada no município e na região, o Ministério Público argumentou que se mostrava imperiosa a construção e a instalação de entidade de

atendimento apropriada na cidade, para o recebimento dos adolescentes em conflito com a Lei, apta não só a segregar os infratores, como a executar, de maneira efetiva, as finalidades colimadas às medidas socioeducativas, solucionando a omissão estatal existente neste aspecto.

Como fundamentos jurídicos, o Ministério Público se pautou nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e ao adolescente, na teoria dos freios e contrapesos, em julgados de casos semelhantes, no artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal<sup>2</sup> (BRASIL, 1988), e em diversos artigos da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990).

O Estado de Minas Gerais, na contestação, argumentou, em resumo, que prioriza como política pública a adoção de medidas que concretizam a proteção integral à criança e ao adolescente e que, mesmo diante das graves restrições orçamentárias e da queda na arrecadação, todas as providências estão sendo tomadas, a fim de aumentar o número de vagas para internação, de construir novos centros e de reformar os já existentes no Estado. Inclusive, destacou que, dentro de uma contínua expansão do sistema, havia projeto de implantação de um centro socioeducativo de internação em Lavras/MG, para adolescentes do sexo masculino (MINAS GERAIS, 2016).

Assim sendo, segundo o requerido, não restou caracterizada a existência de omissão, apta a ser sanada pelo Judiciário, até mesmo pela existência de centros em fase de implementação em outros municípios mineiros, cujas vagas poderiam ser utilizadas para acolher os adolescentes sentenciados à medida de internação na Comarca de Lavras/MG (MINAS GERAIS, 2016).

Por oportuno, o requerido ressaltou que a pretensão do Ministério Público, subjacente aos pedidos iniciais é a de, interferindo no poder discricionário da Administração Pública, modificar a escolha dos locais em que os centros de internação devem ser construídos, o que viola as disciplinas constitucionais do orçamento público e da separação de poderes. De acordo com o requerido, incide sobre o caso concreto a cláusula da reserva do possível, segundo a qual a efetivação dos comandos constitucionais pressupõe não apenas a razoabilidade da pretensão formulada nos autos, mas, sobretudo, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas que lhe são reclamadas. Nesse sentido, considerando a

---

<sup>2</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] §3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade (BRASIL, 1988).

inexistência de previsão orçamentária para concretizar a pretensão do MPMG, o requerido pleiteou, ao final, a improcedência dos pedidos iniciais (MINAS GERAIS, 2016).

O Ministério Público, em sua impugnação, argumentou que a tripartição de poderes idealizada por Montesquieu visava à contenção do poder estatal, evitando a sua concentração em um único órgão, como uma proteção do cidadão contra a monarquia, e pela sua importância, serviu de fundamento para o constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Todavia, atualmente, o modelo tripartite deve se conformar à forma de Estado a que se encontra vinculado, sendo que, no Estado Social, se impõe o controle de um poder sobre o outro, como forma de concretizar os objetivos buscados pela ordem constitucional, em especial diante da nova feição prestacional do Estado. Com este argumento, o Órgão evidenciou que o princípio da separação de poderes não pode servir de óbice à concretização dos mandamentos constitucionais.

Ademais, o Ministério Público ressaltou que não havia a pretensão de sobrepor o Judiciário ao Executivo/Legislativo. Ao contrário, buscava-se possibilitar o controle recíproco entre as funções estatais, de forma a garantir que os atos sejam emanados em conformidade com os ditames legais, impedindo a violação dos valores do Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, destacou que a reserva do possível não pode ser um empecilho à concretização de direitos fundamentais em seu núcleo mínimo, devendo ser utilizada a técnica da ponderação.

O Juízo da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Lavras/MG, na sentença proferida nos autos, destacou que o Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, passou a exercer um protagonismo nunca verificado, tornando-se mais forte e independente institucionalmente, bem como analisando questões de cunho eminentemente político (MINAS GERAIS, 2016). Nesse sentido, ainda que a implementação de políticas públicas seja, a princípio, atribuição do Executivo e do Legislativo, excepcionalmente, o Judiciário pode ser chamado para viabilizar o desfrute de direitos fundamentais aos cidadãos/jurisdicionados.

Segundo o magistrado, embora a alocação de recursos para a implementação e a manutenção de políticas públicas esteja dentro da discricionariedade dos gestores públicos, não se mostra acertado que os problemas associados à falta de criação e/ou execução de projetos continuem acontecendo, repetidamente, com o passar do tempo. Além disso, observou-se que a política pública analisada possui previsão constitucional e infraconstitucional, o que permite a discussão sobre a necessidade de sua implementação na via judicial, considerando, inclusive, que já havia um projeto elaborado pelo próprio requerido para a construção de um centro socioeducativo na Comarca de Lavras/MG, o que descaracteriza a eventual e suposta ingerência

do Judiciário ao apreciar a pretensão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2016).

Ao final da sentença, os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes, de modo que o Estado de Minas Gerais foi condenado a promover, no prazo de 03 (três) anos, contados da data do trânsito em julgado, a construção e a implementação de um centro socioeducativo para o atendimento da Comarca de Lavras/MG e região, conforme o projeto básico apresentado nos autos pelo próprio requerido, sob pena de multa diária no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), limitada a R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) (MINAS GERAIS, 2016).

Em sede de Remessa Necessária e de Apelação Cível, foi dado provimento ao recurso e a sentença foi reformada. Os desembargadores entenderam que a manifestação do Poder Judiciário, em relação à construção e à implementação de um centro socioeducativo para o acolhimento de adolescentes em regime de internação, representa uma afronta ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 2<sup>o</sup>, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), especificamente por se tratar de um ato que demanda critérios para a análise de condições materiais, destinação de recursos, acompanhamento técnico e contratação de servidores, inserindo-se, dessa maneira, na discricionariedade da Administração Pública.

Em seguida, com a rejeição dos Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do referido acórdão, e com a negativa de seguimento aos Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelo Órgão Ministerial, houve a interposição do Agravo no Recurso Extraordinário, objeto da decisão a ser estudada.

O Ministro Celso de Mello, em sua decisão, evidenciou que a questão central da análise recursal consistia em verificar se é possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao princípio da separação de poderes, determinar ao Executivo/Legislativo a adoção de medidas ou de providências destinadas a assegurar, à coletividade, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais, nos casos em que ocorre a omissão no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas.

Em conclusão, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário, considerando que o acórdão recorrido estava em dissonância com o entendimento já firmado pela Suprema Corte,

---

<sup>3</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

nos moldes do artigo 932, V, b, do Código de Processo Civil<sup>4</sup> (BRASIL, 2015), e, por consequência, foi reestabelecida a sentença anteriormente proferida, na qual o Estado de Minas Gerais foi condenado a construir e implementar um centro socioeducativo destinado ao acolhimento de adolescentes em regime de internação, para o atendimento da cidade de Lavras/MG e região (MINAS GERAIS, 2016).

Após essa breve exposição do caso concreto e de sua respectiva conclusão judicial, passa-se ao apontamento e à análise dos fundamentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello na decisão objeto do presente estudo, tendo em vista a sua importância ao entendimento e à discussão do tema “judicialização de políticas públicas”. Por opção metodológica, a fim de que o presente trabalho não se torne extenso sem necessidade, os argumentos foram resumidos em três proposições, que serão estudadas individualmente, em tópicos distintos e complementares.

## **2. O DIREITO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À ESPECIAL PROTEÇÃO**

**Proposição A:** *O direito da criança e do adolescente de ter especial proteção, inclusive na aplicação de medida privativa da liberdade, previsto no artigo 227, caput e §3º, V, da Constituição Federal, considerando a condição inerente à pessoa em desenvolvimento, qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos (direitos de segunda geração/dimensão), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva (consistente em um “facere” ou em um “praestare”), ou seja, a criação de condições objetivas que propiciem, aos titulares do direito em questão, a sua efetiva fruição.*

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 341-347), os direitos fundamentais, correspondentes aos direitos positivados na Constituição e considerados essenciais à uma vida digna, com referência máxima na dignidade da pessoa humana, dividem-se, metodologicamente, em gerações/dimensões, do seguinte modo: i) direitos individuais (primeira geração/dimensão – direitos de cunho negativo, que exigem uma postura de abstenção por parte do Estado – conhecidos, em geral, como direitos de liberdade); ii) direitos sociais (segunda geração/dimensão – direitos de cunho positivo, que exigem uma postura de atuação por parte do Estado – conhecidos, em geral, como direitos de igualdade); iii) direitos transindividuais (terceira geração/dimensão – direitos de caráter difuso, que exigem da coletividade um esforço comum para a sua efetivação, objetivando assegurar o bem-estar das

---

<sup>4</sup> Art. 932. Incumbe ao relator: [...] V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: [...] b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (BRASIL, 2015).

futuras gerações – conhecidos, em geral, como direitos de fraternidade). Segundo os autores, há quem defenda a existência de outras gerações/dimensões de direitos, como Paulo Bonavides<sup>5</sup>. Contudo, a escolha de dividir os direitos dessa forma importa, sobretudo, apenas ao estudo e à compreensão da temática (o que, por certo, não deslegitima a sua função didática).

Conforme os autores (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 284), a grande virada dos direitos fundamentais, com a exigência de prestações positivas do Estado, impondo-lhe um dever de isonomia (garantia da igualdade material), e não apenas uma postura de abstenção, se deu com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, após a Revolução Industrial, tendo como expoentes a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, a consolidação de um Estado Democrático de Direito, com a positivação de direitos fundamentais em larga escala, se deu somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento histórico designado como “neoconstitucionalismo”.

Segundo Barcellos (2005, p. 84-88), o neoconstitucionalismo está ligado à sua própria história e pode ser caracterizado por elementos que se dividem em dois grupos principais. São eles: a) elementos metodológicos-formais (normatividade; superioridade; e centralidade da Constituição – ou seja, as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade; as normas constitucionais preponderam sobre as demais; e a interpretação dos demais ramos do Direito deve se dar a partir do que dispõe a Constituição); b) elementos materiais (incorporação de valores e opções políticas no texto constitucional, ligados, principalmente, à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e expansão de conflitos específicos e gerais entre as normas constitucionais, seja entre os direitos fundamentais ou entre o próprio papel da Constituição, que pode ser observado segundo o substancialismo – imposição à coletividade de um conjunto de decisões valorativas consideradas essenciais e consensuais – ou conforme o procedimentalismo – garantia do funcionamento adequado do sistema de participação democrática, cabendo à maioria, em cada momento histórico, definir os seus valores e concepções, sem impô-los às gerações futuras).

Na visão de Barcellos (2005, p. 88-89), o substancialismo e o procedimentalismo, embora assim pareçam, não são ideias totalmente antagônicas, visto que para se garantir de fato a participação democrática, faz-se necessário assegurar condições materiais mínimas aos envolvidos. Dessa maneira, o procedimentalismo não se contrapõe à ideia de obrigatoriedade de o Estado garantir um mínimo aos cidadãos, por meio de algumas decisões valorativas que

---

<sup>5</sup> Para Bonavides (2004, p. 560-578), são direitos de quarta geração/dimensão aqueles decorrentes da globalização político-econômica característica do fim do século XX e início do século XXI. Para exemplificar quais seriam os direitos pertencentes a esta categoria, o autor menciona os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

assegurem a participação democrática. No mais, quanto ao modo de observar o papel da Constituição, sem aprofundar no assunto, cumpre ressaltar apenas que a adoção de um ou outro modelo influenciará, também, em como o controle de constitucionalidade<sup>6</sup> se dará, no âmbito da jurisdição constitucional<sup>7</sup> (o substancialismo demanda um controle mais forte, frequente e rígido, enquanto o procedimentalismo impõe um controle mais brando, ocasional e flexível).

De acordo com Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 122), as constituições modernas, nessa perspectiva, não se limitam a organizar o exercício do poder político e a assegurar alguns direitos individuais, mas envolvem direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que condicionam políticas públicas estatais e demandam a atuação dos entes públicos em prol da concretização de direitos, além de disciplinarem relações privadas, em temas como economia e família, por exemplo. Diante dessa realidade, nota-se que as normas constitucionais não podem e não devem ser vistas como mero texto de teor jurídico, sem efeitos práticos, tampouco apenas como um parâmetro a ser observado, sem maiores consequências no caso de descumprimento.

Os direitos fundamentais, conforme assevera o artigo 5º, §1º<sup>8</sup>, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), possuem aplicabilidade imediata, ainda que se faça necessário observar, quando forem aplicados, termos como “mínimo existencial”, “gradualidade”, “orçamento público” e “reserva do possível”. Entretanto, tais expressões serão revisitadas em momento oportuno, bastando que se compreenda, neste tópico, que a Constituição é dotada de normatividade, superioridade e centralidade no ordenamento jurídico, que o seu texto incorpora valores e opções políticas e que as suas normas são passíveis de entrarem em conflito, em razão de sua necessária abrangência, o que só se pode sanar com a realização de um trabalho interpretativo.

Em se tratando de direitos da criança e do adolescente, destaca-se que a fundamentalidade que lhes é amplamente reconhecida, segundo Zapater (2019, p. 71), se baseia na concepção destes indivíduos como sujeitos de direitos, especialmente a partir do século XX, assim como na constatação da sua condição de pessoa em desenvolvimento (período de

---

<sup>6</sup> O tema “controle de constitucionalidade” será abordado neste trabalho, brevemente, em tópico seguinte.

<sup>7</sup> Barroso (2014, p. 3-4) afirma que a expressão “jurisdição constitucional” compreende “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”. Ou seja, designa, genericamente, a interpretação e a aplicação da Constituição pelo Judiciário.

<sup>8</sup> 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: [...] §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

construção da personalidade<sup>9</sup>), fazendo-se necessária a distinção entre estes sujeitos “em formação” e os indivíduos considerados adultos (especificamente quanto à capacidade de autonomia e de autogestão), bem como mostrando-se imprescindível a adoção de um tratamento isonômico a seu respeito (que lhes garanta uma igualdade material de condições, como já asseverado no presente tópico – ou seja, tornar realidade a conhecida proposição de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”) (ARISTÓTELES, 1991).

Nessa perspectiva, ressalta-se que, dentre os princípios orientadores da temática (dignidade da pessoa em desenvolvimento, proteção integral, prioridade absoluta, interesse superior da criança e do adolescente e municipalização do atendimento), o princípio da proteção integral, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa em desenvolvimento, consiste em considerar esta condição peculiar da infância e da juventude (referente a estar em formação) e atribuir às crianças e aos adolescentes a qualidade de sujeitos de direitos, independente da situação em que estejam inseridos (exposição a riscos ou eventuais conflitos com a lei), distribuindo solidariamente a responsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado, no que concerne à garantia ao exercício de seus direitos (ZAPATER, 2019, p. 70-72).

Além disso, ainda em relação às aludidas características, a autora evidencia que o princípio da prioridade absoluta, corolário do princípio da proteção integral, corresponde ao respeito e à preferência no exercício dos direitos da criança e do adolescente, se estendendo à formulação de políticas públicas e à destinação de recursos para a concretização desses direitos, o que implica na possibilidade de que sejam exigidos judicialmente (ZAPATER, 2019, p. 73).

Assim, considerando que a aplicação de qualquer medida privativa da liberdade, no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, deve obedecer à brevidade e à excepcionalidade e respeitar a condição de indivíduo em formação, conforme prevê o artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal de 1988, e mediante a orientação dos princípios da dignidade, da proteção integral e da prioridade absoluta; tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta os direitos da infância e da juventude, conforme preconiza o artigo 227, §8º, I, também da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>; ponderando que a medida socioeducativa de

---

<sup>9</sup> Segundo Schreiber (2011, p. 5-6), as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade surgiram após a metade do século XIX, concebendo-se como a designação de direitos inerentes ao homem e essenciais à própria condição humana, preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado, sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam a razão de ser/existir. Para o autor, a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos, quais sejam, o subjetivo (capacidade que tem toda pessoa de ser titular de direitos e deveres) e o objetivo (conjunto de características e atributos de toda pessoa humana, objeto de proteção do ordenamento jurídico).

<sup>10</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda

internação deve ser cumprida em estabelecimento adequado, nos moldes do artigo 5º, XLVIII, da norma referida<sup>11</sup>, e dos artigos 112, VI, 121 e 123, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>12</sup>; e se resgatadas as ideias de que os direitos fundamentais de segunda geração/dimensão, como o direito à vida digna e o direito à segurança pública, exigem prestações positivas do Estado, com a fomentação, a implementação e a execução de políticas públicas (a construção de centros socioeducativos, por exemplo) e de que esses direitos, em razão de suas próprias características, podem ser exigidos judicialmente de quem tenha a obrigação de assegurá-los e preservá-los, verifica-se a higidez e a correção da “proposição A”.

Todavia, considerando a complexidade do tema, imprescindível que sejam analisados os outros argumentos utilizados no julgado, dispostos em outras duas proposições ao longo deste trabalho, conforme relacionado nos tópicos seguintes, a fim de que haja uma melhor compreensão do fenômeno da judicialização de políticas públicas, uma discussão fundamentada sobre o assunto e, finalmente, a verificação da eventual assertividade da decisão analisada. Passa-se, pois, à “proposição B”, que discorre sobre a divisão das funções precípuas dos poderes estatais, evidencia a existência de exceção às referidas funções típicas e examina a dimensão política da jurisdição constitucional, com o exercício do controle de constitucionalidade.

### **3. EXCEÇÃO ÀS FUNÇÕES PRECÍPUAS E O AVANÇO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**Proposição B:** *Geralmente, não se inclui no âmbito das funções do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, haja vista que essa atividade compete, precipuamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, é importante destacar que tal incumbência poderá ser atribuída ao Judiciário, ainda que excepcionalmente, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com o seu comportamento, a eficácia e*

---

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] §8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens. (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> 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: [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (BRASIL, 1988).

<sup>12</sup> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] VI - internação em estabelecimento educacional. (BRASIL, 1990).

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. (BRASIL, 1990).

*a integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos constitucionalmente. Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional que lhe é conferida, não pode se eximir do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam, enquanto direitos de segunda geração (como o direito à segurança pública), com as liberdades positivas, reais ou concretas. Caso contrário, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de verdadeira violação negativa, motivada por inadmissível inércia governamental no adimplemento das prestações positivas que lhe são impostas, como já foi advertido pela Corte, em diversas outras oportunidades, quanto ao tema de inconstitucionalidade por omissão.*

De acordo com Ferraz Júnior (1994, p. 14), a teoria clássica da separação de poderes visava garantir, de certa forma, uma gradual divisão entre o Direito e a Política. Ou seja, não buscava, em si, a organização do sistema estatal. Na verdade, se destinava a evitar o despotismo real. Com esta proposta, restava impossibilitada a concentração de poder nas mãos do monarca, assegurando aos cidadãos uma ferramenta de contensão do poderio estatal sobre a vida privada.

Em relação à teoria, Barcelos (2018, p. 304) pondera que diferentes funções são identificadas e atribuídas a órgãos diversos dentro da estrutura estatal (geralmente, denominados como poderes), os quais, tradicionalmente, são três, especializados nas funções que lhes nomeiam: Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>13</sup>. Porém, para a autora, nada impede que, ao longo do tempo e em lugares distintos, concebam-se funções variadas, a serem exercidas por um ou outro poder, em suas organizações internas<sup>14</sup> ou no campo de controles recíprocos<sup>15</sup>.

Segundo Silva (2008, p. 589), a aludida teoria, atribuída a Locke e a Montesquieu, remete ao sistema político inglês do século XVIII, e, embora seja encarada, muitas vezes, de forma rígida e imutável, essa concepção tem pouquíssimo em comum com as democracias presidencialistas modernas, visto que as sociedades contemporâneas são muito mais complexas do que aquela que se tinha como paradigma. Na atualidade, por exemplo, os juízes não são

---

<sup>13</sup> Segundo a autora, a especialização funcional se refere às situações em que cada poder é titular de competências privativas, que são exercidas sem interferências externas (ou somente com aquelas expressamente autorizadas pela Constituição). Como regra, “[...] cabe ao Legislativo, preponderantemente, legislar: produzir o direito, inovar na ordem jurídica; ao Executivo, administrar, isto é, aplicar a lei de ofício; e ao Judiciário compete julgar, aplicando a lei contenciosamente no âmbito de um devido processo legal” (BARCELLOS, 2018, p. 317-318).

<sup>14</sup> De acordo com a autora, a Constituição prevê hipóteses em que o Executivo julga e legisla, o Legislativo administra e julga e o Judiciário administra e legisla. A título de exemplo, é o que acontece quando o Judiciário gerencia a administração de seu pessoal e de seus serviços, assim como quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos, o que corresponde à atividade essencialmente legislativa (BARCELLOS, 2018, p. 318).

<sup>15</sup> Segundo a autora, a Constituição prevê, também, um conjunto de controles recíprocos a serem exercidos entre os poderes, evitando que haja abusividade e supremacia. Por exemplo, o Judiciário tem competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelos demais Poderes, invalidando-os, a depender do caso. Por outro lado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Presidente da República, com a prévia aprovação do Senado Federal (BARCELLOS, 2018, p. 318).

considerados meramente como a “boca da lei”. Mas, na Inglaterra do século XVIII, era inimaginável a possibilidade de uma efetiva intervenção judicial em questões de cunho político.

Neste sentido, Barroso (2012, p. 23) discorre que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, na maioria dos países ocidentais, houve um avanço da justiça constitucional sobre o âmbito da política majoritária, espaço este que corresponde, segundo a teoria, preponderantemente ao Executivo e ao Legislativo, com o protagonismo de decisões judiciais envolvendo, por exemplo, questões de alcance político, de implementação de políticas públicas e escolhas morais em diversos temas de conteúdo manifestamente controverso na sociedade.

Assim, para o autor (BARROSO, 2012, p. 24), o fenômeno da “judicialização da política” significa que determinadas questões de grande repercussão política ou social, devido a algumas circunstâncias<sup>16</sup>, ao invés de serem deliberadas, como de costume, pelo Executivo e pelo Legislativo, são decididas pelo Judiciário. Desse modo, ressalta a verificação de uma aparente transferência de poder para os juízes e os tribunais, com significativas e perceptíveis alterações na argumentação, na linguagem e na forma de participação da própria sociedade.<sup>17</sup>

Embora já se tenha feito uma nota sobre o assunto, imprescindível destacar que a “jurisdição constitucional” corresponde ao poder exercido pelos juízes e pelos tribunais na aplicação da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade de atos e normas e na interpretação do ordenamento jurídico, conforme os ditames constitucionais. Como é perceptível, quando questões de repercussão política e social, a serem analisadas judicialmente, demandarem a aplicação e a interpretação, conforme o que dispõe a Constituição, haverá um ponto comum entre as expressões “judicialização da política” e “jurisdição constitucional”.

No Brasil, segundo Souza Neto e Sarmento (2013, p. 119-121), se vê um avanço da jurisdição constitucional sobre as áreas tradicionalmente ocupadas pelos poderes majoritários (Executivo e Legislativo), desde o advento da Constituição Federal de 1988. Contudo, essa

---

<sup>16</sup> Barroso (2012, p. 24) argumenta que o surgimento deste fenômeno, no Brasil, se deve a três grandes causas: a) a redemocratização do País, com o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário e com o aumento das demandas da sociedade brasileira por justiça; b) a constitucionalização abrangente de diversas matérias que pertenciam apenas ao âmbito do processo político majoritário e da legislação ordinária; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu.

<sup>17</sup> Barcellos (2018, p. 311) afirma que é natural que a separação de poderes assuma organizações e contornos distintos ao longo do tempo, em locais e contextos históricos/culturais diferentes, justamente com o intuito de conter o poder concentrado (independente do órgão em que esse poder se concentre). Nesse cenário, uma suposta crise da separação de poderes representa, na verdade, a crise dos parlamentos e, em alguma medida, o fim da concepção da lei como produto racional e não contingente. Após a democratização, o parlamento perde o seu caráter de ser um local de identidade ideológica e passa a abrigar uma diversidade de grupos, de forma que a lei se mostra, por isso mesmo, um resultado de negociações possíveis. Além de tais ocorrências internas, o parlamento se vê, ainda, enquadrado pelo crescimento do controle de constitucionalidade e do papel do Executivo. Assim sendo, embora o formato de separação de poderes, que conferia proeminência ao Legislativo, não atenda mais às necessidades contemporâneas, necessitando de reformulações, não se nega a sua importância e valiosidade.

atuação nem sempre ocorreu assim. Até meados do século XX, o Legislativo tinha legitimidade para criar, de fato, o Direito, e ao Judiciário cabia, preponderantemente, a aplicação das normas editadas pelo parlamento aos casos concretos, de modo que, embora existente jurisdição constitucional no País, esta não desempenhava um papel de grande relevância no cenário político-constitucional. A ampliação da tutela judicial da Constituição apenas ocorreu quando houve a implantação de uma democracia constitucional, com a superação dos regimes militares, e a atribuição de alta relevância ao exercício do controle de constitucionalidade.<sup>18</sup>

Por sua vez, o crescimento da judicialização da política no País, para Streck (2016, p. 724), decorre da incompetência dos demais poderes e suas instituições, em razão da verificação de inconstitucionalidade(s), e pode ou não se mostrar ruim para a democracia. Tal condição é estabelecida pelos níveis e pela intensidade em que o fenômeno é verificado, embora sempre exista em algum grau nos regimes democráticos providos de Constituição normativa. A qualidade da judicialização depende, portanto, de sua adequação aos ditames constitucionais.

A judicialização da política e o avanço da jurisdição constitucional, como visto, propiciam aos juízes e aos tribunais a análise de questões antes decididas pelos outros poderes, assim como a interpretação e a aplicação das normas (infra)constitucionais. Neste ponto, Cappelletti (1993, p. 13-19), ao tratar da criatividade da função jurisdicional, afirmou que o fenômeno da expansão do direito legislativo, paradoxalmente, constituiu uma das principais causas para expansão do direito jurisprudencial<sup>19</sup>, sendo que este representa, assim como o outro, o crescimento do Estado em todos os seus ramos e, particularmente, o necessário controle da expansão da política majoritária, em um sistema democrático de freios e contrapesos.<sup>20</sup>

A interpretação judiciária do direito legislativo, de acordo com o autor (CAPPELLETTI, 1993, p. 20-24), está intimamente gravada de certo grau de criatividade, visto que mesmo a melhor forma de redação de qualquer dispositivo legal deixa algumas lacunas a serem

---

<sup>18</sup> Conforme Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 124-125), o ordenamento jurídico brasileiro adota um regime híbrido de controle de constitucionalidade. Ou seja, são utilizados o controle difuso e concreto (possibilidade de todos os juízes realizarem, em casos concretos, o controle de constitucionalidade das leis – modelo norte americano), e o controle concentrado e abstrato (submissão de determinadas temáticas, por meio de ações diretas, à Corte Constitucional, para que seja exercido o controle – modelo europeu). Na visão dos autores, o uso de um modelo abrangente é o que tem acarretado a efetiva expansão da jurisdição constitucional sobre questões de cunho político.

<sup>19</sup> Segundo o autor, a expressão designa o produto do fenômeno de criação do direito por juízes e tribunais, que ocorre por meio da atividade interpretativa das normas editadas pelo legislador (CAPPELLETTI, 1993, p. 17-18).

<sup>20</sup> Para Cappelletti (1993, p. 52-54), o século XX assistiu ao crescimento exponencial do Estado, com enorme interferência das atividades legislativa e administrativa no âmbito da vida social, o que exigiu a construção de um sistema de controle adequado. Nesse sentido, a expansão e a fragmentação do Judiciário (em instâncias e especialidades) constituíram a mais séria tentativa de fazê-lo, visto que o ideal estrito de separação de poderes teve como resultado um Legislativo totalmente não controlado, um Executivo praticamente não controlado e um Judiciário perigosamente débil e confinado, adstrito tão somente à análise de questões da seara privada. Na opinião do autor, apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode fazer coexistirem poderes fortes.

preenchidas pelos juízes. Assim, o verdadeiro problema não corresponde à ambiguidade entre a interpretação e a criação do direito, mas ao grau, aos modos, aos limites e à legitimidade da atividade criativa. Nesse sentido, reconhecer que a atividade criativa é inerente à interpretação da lei não significa afirmar que os intérpretes (juízes e tribunais) possuem total liberdade. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procura estabelecer e aplicar alguns limites à discricionariedade judicial (processuais e substanciais), ainda que estes não sejam absolutos<sup>21</sup>.

Em conclusão, Cappelletti (1993, p. 128-133) afirma que os juízes, inevitavelmente, criam o Direito, em um grau particularmente elevado em algumas matérias (como justiça constitucional, direitos sociais e interesses difusos), de modo totalmente distinto dos legisladores, em especial em sociedades em que o processo legislativo se tornou lento, obstruído e pesado. Contudo, para impedir a pura subjetividade, as escolhas judiciárias devem ser claras, evidentes e muito bem fundamentadas, tornando-as, assim, mais responsáveis e mais democráticas, até mesmo para que se permita, diante da incerteza, e se for o caso, a intervenção legislativa. Portanto, não se discute a possibilidade de haver a criatividade judiciária, mas se examina o seu grau de incidência, observando-se, sobretudo, formalmente, o modo com que se opera o processo jurisdicional. Quanto maiores forem as limitações e as debilidades nesta seara, maior deve ser o grau de abstenção do Judiciário na criação do Direito. Ao revés, quanto mais sólido e consistente for o processo jurisdicional, uma dose maior de atuação é recomendada.

Desse modo, o desafio do século XXI, segundo Streck (2016, p. 722), equivale a controlar, hermeneuticamente, as decisões judiciais, em especial diante do deslocamento, para o Judiciário, da expectativa de concretização dos direitos previstos na Constituição. Para o autor, um dos critérios objetivamente aferíveis, que deve ser utilizado para esse controle, corresponde a verificar o caráter “universalizável” do direito colocado em pauta, a fim de evitar abusividades. Caso não haja condições de conceder a mesma solução a todos que se encontram naquela situação, não deve haver a sua aplicação, vez que não se está diante de um direito fundamental. Para ilustrar, o autor faz referência a acórdão neste sentido, assim ementado:

Direito processual civil. Direito constitucional. Demanda proposta pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual de criança em suposta situação de risco. Alegação de que a criança teria sido vítima de violência sexual cometida por vizinho. Requerimento de tutela antecipada para determinar a inclusão da criança e sua família em programa municipal de auxílio-moradia ou, alternativamente, que o Município transfira toda a família para nova residência. Tutela antecipada deferida. Agravo interposto pelo Município. Ausência de periculum in mora, uma vez

---

<sup>21</sup> No entanto, de acordo com o autor, os juízes não devem simplesmente se ocultar detrás da concepção do Direito como um conjunto normativo preestabelecido, objetivo e claro, em que podem basear as suas decisões de forma absolutamente neutra. Ao contrário, deve ser envolvida também, caso a caso, a sua responsabilidade pessoal, moral e política, na mesma medida em que a jurídica, sempre que haja abertura para tanto (em sua opinião, a referida abertura sempre está presente, exigindo dos intérpretes uma postura mais enérgica) (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

que o agressor já não mais reside perto da vítima, como reconhecido em documento produzido pelo próprio Ministério Público. **Inexistência de fumus boni iuris, dada a inexistência de caráter universal do direito material afirmado em juízo. Não existe um direito fundamental das vítimas de violência sexual a uma nova moradia.** A universalidade como característica dos direitos fundamentais e das decisões judiciais. Doutrina. Um precedente do Tribunal Constitucional Alemão. Reforma da decisão que se impõe. Provimento do recurso (0033615-54.2015.8.19.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO – TJRJ – Des(a). ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CÂMARA – Julgamento: 09/12/2015 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL) (grifo nosso).

Desse modo, Streck (2016, p. 722) defende que pensar sobre os direitos fundamentais corresponde a refletir, também, sobre as condições para a sua efetivação (possibilidades), juntamente à democracia e aos limites do direito, visto que a prestação jurisdicional não é ilimitada e o jogo democrático deve ser respeitado. Caso contrário, ao invés de uma “democracia”, haverá uma “juristo-cracia”, acarretando, certamente, consequências tão danosas quanto os problemas que se busca solucionar. Nessa perspectiva, para o autor, na atualidade, os direitos são legitimados pela democracia, até aqueles que são denominados “fundamentais”.

Barroso (2012, p. 27) aponta que, geralmente, são três as objeções opostas à judicialização da política e que, embora mereçam uma consideração séria, nenhuma delas retira a importância deste tipo de atuação judicial. São elas: a) os riscos para a legitimidade democrática, visto que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos; b) a politização indevida da justiça, tornando os juízes indivíduos políticos, de modo a afetar a sua imparcialidade; c) os limites da capacidade institucional do Judiciário, que não possui conhecimento técnico suficiente para tratar de questões que não sejam de caráter jurídico.

Quanto à primeira objeção, Barroso (2012, p. 27-28) afirma que embora os juízes, desembargadores e ministros não sejam eleitos popularmente, desempenham um papel político, inclusive podendo invalidar os atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), em razão do que se denomina dificuldade contra majoritária<sup>22</sup>, com duas justificativas plausíveis: de natureza normativa – a Constituição atribui esse poder ao Judiciário, tendo em vista a sua atuação técnica, imparcial e coparticipativa no processo de criação do Direito; e de natureza filosófica – considerando que entre democracia e constitucionalismo (ou entre soberania popular/vontade da maioria/governo da maioria e poder limitado/respeito aos direitos fundamentais/expressão da razão) podem surgir tensões e conflitos aparentes, a Constituição

---

<sup>22</sup> Segundo Souza Neto e Sarmento (2013, p. 127), a dificuldade contra majoritária se estabelece no reconhecimento de que, considerando que as normas constitucionais são vagas e abertas (o que possibilita que entrem em colisão), os magistrados também participam de seu processo de criação. Por essa razão, há a crítica feita por alguns autores, como Carl Schmitt, de que a jurisdição constitucional confere aos juízes algo como um “poder constituinte permanente”, que torna possível moldar a Constituição conforme as suas concepções e preferências políticas e valorativas, em detrimento do Chefe de Estado, por exemplo, que é eleito pelo voto popular e representa o povo.

desempenha os importantes papéis de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, e de proteger valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria.<sup>23</sup>

No entanto, Barroso (2012, p. 28-29) evidencia que a importância da Constituição e do Judiciário não pode retirar a política e o governo da maioria, de modo a tornar a Constituição extremamente difundida e abrangente. Dessa maneira, o processo legislativo deve ser respeitado e o Judiciário deve ser deferente com as decisões razoáveis tomadas pelos outros Poderes, assegurando a presunção de validade da lei, salvo quando se revelar essencial à preservação da democracia e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes e os tribunais não devem presumir demais de si mesmos, considerando que só atuam legitimamente quando são capazes de fundamentar racionalmente as suas decisões, com base no texto constitucional.

Em relação à segunda objeção, Barroso (2012, p. 29) destaca que o Direito não se confunde com a Política, vez que se aproxima da Ética, como instrumento de justiça e de realização da dignidade da pessoa humana. Contudo, assevera que a linha que divide o Direito e a Política nem sempre é tão aparente e fixa, vez que a criação das normas jurídicas é produto da vontade da maioria, que se manifesta na própria legislação; que a aplicação do Direito não é afastada da realidade política ou dos efeitos que são produzidos no meio social; que os juízes, ainda que imparciais, não são dotados de neutralidade. Por outro lado, para o autor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de permitir uma livre escolha ou, ainda, um mero juízo de conveniência e oportunidade, considerando que deve buscar a solução mais correta e justa.

Quanto à terceira objeção, Barroso (2012, p. 30) ressalta que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve, interferir nas questões políticas, considerando a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. Ou seja, tendo em vista, respectivamente, a análise de qual poder é mais apto a produzir a decisão mais acertada em determinada matéria e a avaliação do impacto que uma decisão pode causar sobre a realidade de um setor econômico (ou a prestação de um serviço público). Assim sendo, algumas vezes, optar por não exercer poder algum, como uma verdadeira autolimitação, se revela uma decisão mais benéfica e democrática.

De outro lado, conforme aduzem Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 130-132), existem inúmeros argumentos. Por exemplo, há aqueles que apenas descartam a existência da dificuldade contra majoritária, haja vista que o Judiciário, com frequência, julga conforme a opinião pública, a qual nem sempre é bem representada pelo Legislativo. Assim, as decisões

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, para o autor, o Supremo Tribunal Federal, como o intérprete final do texto constitucional, tem o respaldo legal para zelar pela democracia e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios e de razões públicas, e não de políticas e de doutrinas abrangentes (BARROSO, 2012, p. 28).

judiciais, muitas vezes, refletem melhor os anseios populares. Outro argumento recorrente é o de que a redemocratização da jurisdição constitucional superou a dificuldade contra majoritária, visto que fez com que aquela se abrisse à participação social, mediante a ampliação do rol de legitimados para proporem ações diretas no Supremo Tribunal Federal. Ainda, há aqueles que afirmam que a democracia não expressa tão somente a vontade da maioria, mas envolve, também, os valores democráticos e os direitos fundamentais. Caso contrário, o governo nazista poderia ser considerado um regime democrático. Outrossim, há quem defenda que a atuação do Judiciário não se dá contra os poderes majoritários, mas a seu favor, por meio de uma delegação, conforme a conveniência política e o interesse estratégico dos próprios órgãos representativos.

No entanto, para Souza Neto e Sarmento (2013, p. 133-134), a procedência dos argumentos anteriores é parcial. Na verdade, a relação entre jurisdição e democracia envolve uma tensão sinérgica, porque o uso adequado do controle de constitucionalidade pode proteger as essencialidades do bom funcionamento da democracia (regras do jogo político direitos fundamentais). E, a partir de uma análise histórica, embora não se pressuponham, o controle de constitucionalidade e a democracia, na maior parte das vezes, florescem juntos. Todavia, há também uma tensão potencial entre tais elementos. O exagero na imposição de limites à decisão das majorias (poderes majoritários), concebendo-se a jurisdição constitucional como centro de resolução de conflitos de qualquer natureza (política, social, cultural, etc.) e como detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição, se revela antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade de autogoverno do povo. Como se vê, o problema não está no remédio (controle de constitucionalidade), mas em sua dosagem.<sup>24</sup>

Após apontarem a complexidade do debate sobre a dificuldade contra majoritária, Souza Neto e Sarmento (2013, p. 135) apresentam duas ideias para minimizá-la: a) a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue a prerrogativa de se dar a “última palavra” sobre o significado das normas constitucionais; b) a definição de diferentes níveis de deferência do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, que sejam sensíveis à democracia.

Em relação a tais ideias, em especial quanto à teoria do diálogo, haverá um tópico específico e individualizado neste trabalho. No que concerne à “proposição B”, verifica-se a assertividade da argumentação utilizada, com algumas ressalvas. De fato, a tripartição de

---

<sup>24</sup> Segundo os autores (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 134-135), assim como não é correto, no debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, definir o Legislativo como expressão única e absoluta da vontade do povo, não se deve cometer o mesmo erro quando se trata do Judiciário, “[...] supondo que os juizes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia”.

poderes, com atribuições de funções precípuas a cada um deles, não se restringe a um postulado estanque e inflexível. Ao contrário, em razão de seu próprio objetivo (limitação do poder estatal) e da existência de controles recíprocos, aquela se apresenta como sendo dinâmica.

Nesta perspectiva, incontestável a plausibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tanto em relação aos atos do Poder Público, quanto à edição de normas, considerando o papel histórico de destaque da política. Contudo, tendo em vista a capacidade institucional e a especialidade conferida a cada poder, nota-se ser imperioso que a interferência judicial, no âmbito da política majoritária, não ocorra de forma abrupta e impulsiva, salvo quando as características do caso concreto (violação de direitos, por exemplo), permitirem que assim se realize, por meio de decisão fundamentada. Caso contrário, como se discutirá em tópico adiante, seria atribuída relevância máxima à teoria da última palavra, fazendo-se escolhas hierárquicas entre os poderes. Desse modo, repensar o modelo proposto, debruçando-se sobre as possíveis interações entre as instituições, se mostra imprescindível.

#### **4. TERMOS ESSENCIAIS AO ENTENDIMENTO DA TEMÁTICA PROPOSTA: GRADUALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL, ORÇAMENTO PÚBLICO E CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**Proposição C:** *A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de se caracterizar pela gradualidade do seu processo de concretização, depende das possibilidades orçamentárias do Estado, de modo que, com a comprovação da incapacidade econômico-financeira do ente público, não é razoável que dele se exija a imediata efetivação do comando constitucional. No entanto, não é lícito ao Poder Público criar obstáculo que revele, a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Assim sendo, a cláusula da reserva do possível, exceto se ocorrer um justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo ente público, com a finalidade de se eximir do cumprimento das suas obrigações constitucionais, especialmente quando, a partir da omissão governamental, houver a nulificação ou até mesmo a aniquilação de direitos definidos como fundamentais. Nesse sentido, considerando que a proteção à vida e à segurança compreende as demais prerrogativas previstas na Constituição da República (individuais ou coletivas), o Poder Público não dispõe de um amplo espaço de discricionariedade em sua efetivação, com maior liberdade de conformação, sendo a sua prestação manifestamente obrigatória.*

Segundo Barcellos (2005, p. 89-91), a promoção e a proteção dos direitos fundamentais, como já asseverado, exigem uma postura do Estado (ação ou omissão) e, quando se trata de direitos que dependem da ação estatal para a sua concretização, com a elaboração e a implementação de políticas públicas, evidentemente, são envolvidas questões orçamentárias e gastos de recursos públicos<sup>25</sup>. No entanto, como também é de fácil percepção, tais recursos são limitados. Desse modo, é preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido, com a influência direta das disposições constitucionais sobre os fins que devem ser prioritariamente perseguidos com tais despesas. Como se nota, as escolhas em matéria de gastos públicos, haja vista que fazem com que os fins constitucionais sejam mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente, dependendo do que for formulado em concreto pelo Poder Público, não se reservam exclusivamente à deliberação política, sendo limitadas pelo Direito.

Por essa razão, os gastos de dinheiro público deveriam despertar a mesma atenção que se dá à arrecadação, considerando o desperdício e a ineficiência verificados em inúmeras situações. Nesse sentido, a construção de um sistema que viabilize, de forma eficaz, o controle jurídico de políticas públicas depende, ao menos, do estabelecimento de três pontos-chave, a saber: a) a identificação de um parâmetro de controle; b) a garantia de acesso à informação; c) a elaboração de modelos de instrumentos de controle adequados (BARCELLOS, 2005, p. 93).

Quanto aos parâmetros de controle, Barcellos (2005, p. 94-98) propõe que haja a definição de critérios objetivos, relacionados à quantidade de recursos; a verificação do resultado esperado da atuação estatal; a realização de controle da definição de políticas públicas a serem implementadas, por meio de comunicação com outras áreas do conhecimento. Em relação à garantia de acesso à informação, a autora afirma que se faz necessário dispor de informações amplas, claras e acessíveis por qualquer cidadão sobre os recursos disponíveis; a previsão orçamentária; e não menos importante, a execução orçamentária (BARCELLOS, 2005, p. 99). Ademais, no que concerne aos instrumentos de controle, a autora explica que estes dizem respeito às consequências que a ordem jurídica atribui à inobservância dos parâmetros fixados, para punir o infrator, impedir a produção de efeitos do ato por ele emanado ou impor a observância à regra constitucionalmente estabelecida (BARCELLOS, 2005, p. 100-101).

A grande dificuldade representada pela judicialização da política, segundo Silva (2008, p. 588), se revela a partir da premissa de que a implementação de políticas públicas, na tradição

---

<sup>25</sup> Os direitos individuais (ou conhecidos como de 1ª (primeira) geração), assim como os direitos sociais (ou conhecidos como de 2ª (segunda) geração), também acarretam despesas, visto que demandam a manutenção e o funcionamento do aparelho estatal (BARCELLOS, 2005, p. 90). Contudo, estes últimos, além da manutenção da máquina estatal, exigem e dependem da elaboração, da implementação e da execução de políticas públicas, o que, aparentemente, faz com que demandem e envolvam gastos mais vultuosos, a fim de que sejam assegurados.

liberal, nunca foi matéria vinculada aos juízes e, nesse sentido, quando esses profissionais necessitam tratar sobre a temática, geralmente realizam uma simples transposição da lógica liberal, pautada em relações bilaterais, para a seara dos direitos sociais. Com essa perspectiva, se a Constituição garante o direito à saúde, por exemplo, e se uma pessoa que não tem acesso a um determinado medicamento judicializa a questão, seria papel do Judiciário garantir tal acesso.

Contudo, para o autor (SILVA, 2008, p. 588), embora a previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 não possa ser encarada como mero enfeite do texto constitucional, devendo haver alguma consequência jurídica associada à aludida disposição, especialmente porque essas normas não são menos jurídicas do que outras normas constitucionais, quando se trata de direitos de primeira e de segunda geração, não é admissível que os denominados direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura daqueles que são conhecidos como direitos individuais. Nesse cenário, não se mostra cabível, também, que o Judiciário ignore as políticas públicas já existentes e conceda direitos sociais, de forma precipitada, individual e sem reflexão, a qualquer pessoa que os pleiteie, considerando que a realização desses direitos depende de gastos expressivos e, dessa maneira, extrapolam o raciocínio jurídico-formal, demandando uma análise cuidadosa sobre alocação de recursos.

Por outro lado, como ressalta o autor (SILVA, 2008, p. 591), considerando o amplo controle de constitucionalidade previsto no sistema constitucional brasileiro, é inegável que os juízes e tribunais têm legitimidade para interferir nas decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, Silva (2008, p. 596) evidencia que ainda que seja legítima ao Judiciário a discussão sobre políticas públicas, a sua atuação deve ser limitada por diversas razões estruturais, como a necessidade de mudança da educação jurídica, da organização dos tribunais e dos procedimentos judiciais em geral, para que assim se torne possível tratar e decidir sobre os direitos sociais, com segurança e cautela, sob uma perspectiva global e coletiva.

Silva (2008, p. 598) afirma, ainda, que o Judiciário deve ser capaz de canalizar as demandas individuais e, por meio de um diálogo institucional<sup>26</sup>, exigir dos demais Poderes explicações sobre a alocação de recursos públicos e políticas governamentais, para que esteja apto a questioná-los sobre tais temas, quando for necessário. Além disso, defende que o Judiciário deve exercer o seu papel de controlador das políticas públicas já existentes, vez que grande parte dos problemas de efetividade decorre de desvios na execução, e não de falhas na elaboração, o que garantiria maior eficiência no acesso aos direitos sociais. É perceptível, portanto, a cautela do autor quando o assunto se refere à judicialização de políticas públicas.

---

<sup>26</sup> A teoria do diálogo institucional será examinada no próximo tópico.

Segundo Grinover (2008, p. 15), o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão do Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADPF nº 45-9, estabeleceu requisitos de verificação, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, quais sejam: a) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão/jurisdicionado; b) a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público; c) a disponibilidade financeira para tornar efetiva a prestação reclamada pelo indivíduo. A decisão citada pela autora possui a seguinte ementa:

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 ARBITRIO 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 45-9. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – STF – Min. Relator CELSO DE MELLO – Julgamento: 29/04/2004 – DJ: 04/05/2004).

Desse modo, o controle de políticas públicas estaria condicionado à verificação do conteúdo do mínimo existencial e, por consequência, se o direito pleiteado está nele abrangido; da razoabilidade da pretensão formulada na via judicial, e neste ponto, se houve algum tipo de violação ao direito cuja tutela judicial a parte requer; da existência de recursos financeiros para o atendimento do direito pleiteado, analisando questões de orçamento público (por exemplo: quantidade existente de recursos, previsão orçamentária (planejamento) e gastos realizados). Para que esse controle seja realizado, imprescindível compreender o que é o mínimo existencial.

De acordo com Sarmiento (2016, p. 1645-1647), a ideia de que o Estado deve garantir direitos sociais e prover condições materiais mínimas aos cidadãos, conforme evidenciado no “tópico 3” deste trabalho, se consolidou a partir do constitucionalismo social, em especial com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, segundo o autor, a Constituição Federal de 1988 consagrou o mínimo existencial<sup>27</sup> como um direito fundamental, não apenas pela positivação dos direitos sociais, mas principalmente pela elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica.

---

<sup>27</sup> Segundo Sarmiento (2016, p. 1648), o reconhecimento do mínimo existencial se revela por meio de fundamentos instrumentais (este deve ser assegurado para garantir que outro objetivo seja promovido) ou independentes (a sua denegação representa, em si mesma, uma grave injustiça, ainda que possa ter efeitos sobre outros valores).

Para o autor, o mínimo existencial não se limita às condições necessárias à sobrevivência física, como se poderia definir baseado no senso comum. Na realidade, o mínimo existencial abarca as condições básicas para uma vida digna, o que inclui, por exemplo, aspectos socioculturais, como a garantia à educação básica e ao lazer. Ademais, a expressão não define taxativamente todas as prestações materiais que devem ser asseguradas pelo Estado (não se trata de um teto, baseado em um rol taxativo de direitos), mas estabelece um piso (abaixo do qual não se pode descer). Assim sendo, o termo não exclui outras garantias previstas na Constituição, que nele não se insiram, não permitindo que o intérprete se posicione como um censor conservador, com a faculdade de descartar ou negar eficácia ao que não entenda como tão essencial, pautado em suas convicções e valores (SARMENTO, 2016, p. 1657-1658).

Segundo autor, a competência para definir as prestações ligadas ao mínimo existencial recai, inicialmente, sobre o legislador, tendo como fundamento o princípio democrático e o reconhecimento de uma capacidade institucional mais apurada para tanto. Nesse sentido, o Judiciário apenas tem legitimidade para intervir em situações pontuais, em que as condições mínimas, condizentes com uma vida digna, não estejam sendo concretizadas pelo Poder Público, sem qualquer justificativa plausível para fazê-lo (SARMENTO, 2016, p. 1665).

Ademais, considerando que assegurar direitos fundamentais depende de recursos escassos, obrigando o Estado a se confrontar com escolhas trágicas e a eleger prioridades dentre as diversas necessidades e exigências advindas da população, o autor destaca que foi criada a teoria da “reserva do possível”, que se desdobra em três componentes: a) fático (existência de recursos necessários à satisfação do direito); b) jurídico (existência de autorização legal para a realização da despesa exigida pelo direito); c) razoabilidade (consideração sobre os recursos existentes e todos os encargos que recaem sobre o Estado) (SARMENTO, 2016, p. 1670-1671).

Neste aspecto, para Sarmiento (2016, p. 1672-1673), os últimos componentes não parecem oponíveis ao mínimo existencial, justamente pelo seu conteúdo e pelas suas características. Entretanto, a análise fica mais complexa quando se trata do primeiro componente, uma vez que este decorre da realidade econômica. Na concepção do autor, “a reserva do possível fática deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu”. E afirma, complementando a ideia sobre a dificuldade que envolve aquele componente, que “a escassez é um fato e, se não existirem na sociedade os recursos necessários para a garantia de prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite, que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade”. Todavia, defende que as prestações

concernentes ao mínimo existencial possuem uma forte prioridade perante as demais despesas estatais, de maneira que tais despesas estão diretamente suscetíveis ao controle judicial. Assim, o Estado não pode se negar a realizar as prestações voltadas ao atendimento das necessidades básicas, sob o argumento de escassez de recursos, especialmente se o ente público estiver realizando despesas supérfluas.

Dessa forma, segundo Grinover (2008 p. 20-21), o argumento da reserva do possível somente se torna plausível no âmbito judicial se for devidamente comprovada a alegada insuficiência de recursos. Ainda assim, em razão da fundamentalidade do direito, é possível a condenação do ente público, por exemplo, ao apontamento da política pública objeto da pretensão em sua próxima previsão orçamentária. De acordo a autora, se o administrador condenado descumprir a decisão judicial condenatória, há a possibilidade de aplicação das seguintes sanções: a) multa diária; b) responsabilização por improbidade administrativa; c) intervenção político-administrativa no Estado ou no Município; d) responsabilização criminal.

A concretude da reserva do possível e das questões orçamentárias se torna ainda mais discutível se considerado o caráter de abrangência e gradualidade dos direitos discutidos. Segundo Alexy (2003, p. 131-132), em se tratando de direitos fundamentais, há duas construções sobre a sua estrutura: uma estreita e estrita (construção de regra) e outra ampla e extensa (construção de princípio)<sup>28</sup>. Para a primeira construção, as normas constitucionais não são essencialmente discerníveis das demais normas do ordenamento jurídico, sem qualquer diferença estrutural fundamental, sendo aplicáveis aos casos concretos como qualquer outra norma jurídica existente. Por outro lado, para a segunda construção, as normas constitucionais se enraízam em um quadro mais amplo, se apresentando como valores, aplicando e exercendo efeito irradiante em todas as áreas do Direito. Neste aspecto, em caso de colisão entre princípios, a solução aplicável aos casos concretos se denomina “balanceamento” (ou “ponderação”).

De acordo com Alexy (2003, p. 135), a técnica de balanceamento tem origem no Direito Constitucional Alemão e corresponde à parte do princípio da proporcionalidade, o qual se divide em outros três princípios, que expressam uma ideia de otimização. São eles: i) a adequação (exclui a adoção de quaisquer meios que obstruam a realização de um ou mais princípios, sem a promoção do princípio ou da finalidade pela qual foram adotados); ii) a necessidade (analisa os meios que promovem o princípio, dando preponderância aquele que interfira menos intensamente no outro princípio); iii) a proporcionalidade em sentido estrito

---

<sup>28</sup> O autor defende a assertividade da segunda construção. Segundo ele, “os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2003, p. 135).

(examina o grau de não-satisfação ou de detrimento do princípio, apontando que, quanto maior este for, maior a importância de se satisfazer o outro). Este último, segundo o autor, corresponde, especificamente, ao que se pode intitular como a “Lei do Balanceamento”<sup>29</sup>.

Ao tratar sobre a proporcionalidade das interferências em direitos, o autor pondera que:

Uma interferência em um direito constitucional é desproporcional se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma interferência em outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que essa última seja pelo menos tão intensa quanto a primeira” (ALEXY, 2003, p. 139).

Nesse sentido, aplicando-se a técnica da ponderação, verifica-se a assertividade da “proposição C”. Diante da inércia do Estado, na realização do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, com a omissão no fornecimento de vagas para a internação, bem como na construção de estabelecimentos adequados para o acolhimento de adolescentes em regime de internação (cumprimento de medidas socioeducativas), faz-se necessária a intervenção do Judiciário, após provocado, sobre a situação narrada, ainda que tal atuação corresponda à interferência em políticas públicas, adentrando o âmbito de atuação dos demais poderes. Se eximir desta tarefa corresponde a permitir que a violação de direitos continue acontecendo. Não obstante, se debruçar sobre a implementação de uma política pública não parece ser tão gravoso quanto tornar ineficaz a aplicação de medidas socioeducativas, em dezenas de casos.

Além disso, a cláusula da reserva do possível, no caso concreto, não pode ser invocada, considerando a preponderância e a primazia do direito fundamental discutido, bem como a constatação de que o direito à segurança e o direito ao adequado cumprimento de medidas socioeducativas inserem-se no que corresponde ao mínimo existencial, devendo ser, por essa razão, assegurados (ainda que minimamente), com posterior possibilidade de aperfeiçoamento. No entanto, as políticas públicas já existentes e em andamento não devem ser ignoradas. No caso concreto, observa-se que o Estado já possuía um plano de construção de centro socioeducativo no município de Lavras/MG, o qual foi utilizado na condenação, impondo a necessidade de inclusão desta política pública em previsões orçamentárias seguintes. O posicionamento se mostrou correto, representando uma forma de diálogo (mesmo que tímida).

No próximo tópico, será abordada a teoria do diálogo institucional, como hipótese de superação da crença em uma teoria de última palavra, hierarquizando poderes e representantes.

---

<sup>29</sup> De acordo com o autor, a realização do Balanceamento pode ser dividida em três etapas, da seguinte maneira: “O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro” (ALEXY, 2003, p. 136).

Como demonstrado ao longo do trabalho, assim como o legislador está suscetível a falhas, os juízes não estão imunes ao fracasso e não devem ser vistos como agentes neutros e apolíticos. Para atingir o objetivo proposto, compreendendo a via defendida, serão trabalhadas expressões como “rodadas procedimentais”, “últimas palavras provisórias” e “diálogo interinstitucional”.

## **5. O MEIO TERMO À TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA: A CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

Sarmento (2016, p. 1675) afirma que, embora o mínimo existencial seja juridicamente exigível, nem sempre a forma mais adequada de assegurá-lo corresponde à tutela jurisdicional tradicional, com a concessão da prestação pretendida. Em casos complexos, que demandem correção ou formulação e implementação de políticas públicas, deve ser dada preferência a outras técnicas processuais, permeadas pelo diálogo institucional: a) um espaço de livre conformação legislativa, para a definição de políticas públicas; b) uma atuação judicial mais concertada com outros poderes e órgãos, para que sejam alcançados resultados mais eficientes.

Segundo o autor (SARMENTO, 2016, p. 1678), o fundamento para a referida atuação:

É que a importância dos direitos envolvidos, sob o ângulo jurídico ou moral, não é suficiente para eliminar a dificuldade prática que o Judiciário enfrenta para lidar com eles de modo eficaz. A variável institucional não pode ser ignorada no plano da efetivação dos direitos, pois, do contrário, as intervenções jurisdicionais, mais do que ineficazes, podem se revelar até contraproducentes, sob a perspectiva dos próprios objetivos que visam a promover. Nesse cenário, o recurso a técnicas jurisdicionais flexíveis e dialógicas constitui alternativa importante, preferível tanto à omissão judicial quanto a um ativismo de resultados duvidosos. O Judiciário pode destravar bloqueios políticos e sociais existentes no equacionamento de certos temas, conferindo visibilidade a questões importantes ligadas ao mínimo existencial e forçando os demais poderes a agir, sem, no entanto, apresentar soluções prontas para problemas altamente complexos, que muitas vezes ele não teria condições de elaborar a contento.

Mendes (2008, p. 6) argumenta que o senso comum, geralmente, supõe que o parlamento seria a expressão mais direta da democracia, enquanto a Constituição, somada à revisão judicial, seriam a manifestação autoexplicativa do constitucionalismo. Desse modo, a controvérsia sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais é percebida como uma tensão entre instituições (parlamentos e cortes) e entre ideais políticos (democracia e constitucionalismo). Nesse aspecto, o parlamento se propõe, supostamente, a realizar um governo do povo e a corte tenta assegurar que haja a limitação de poder do primeiro, como forma de evitar que se concretizem abusividades e violações de direitos. Assim, a interação entre as instituições demonstra o problema de se balancear as demandas de tais ideais.

De acordo com Mendes (2008, p. 7-8), uma explicação hegemônica da divisão de trabalho entre as instituições propõe “a defesa de direitos fundamentais como a tarefa central

das cortes – o “fórum do princípio” – e a deliberação sobre políticas públicas (policies) o papel principal de parlamentos eleitos – que poderíamos chamar de “fórum da utilidade””. Para tal concepção, o regime constitucional democrático tem alguns requisitos morais substantivos que não são supridos pelo procedimento majoritário, mas por uma resposta certa sobre direitos fundamentais. Nesse aspecto, o procedimento decisório não importaria à legitimidade da decisão. Em outros termos, quanto aos direitos fundamentais, a democracia diria respeito a um *output* substancial (conteúdo da resposta) e não a um *input* procedimental (caminho percorrido).

Contudo, para Mendes (2008, p. 15), o debate não pode se pautar em um ideal de infalibilidade de instituições ou em promessas messiânicas. A Constituição deve ser vista como uma máquina procedimental que dilui as funções da soberania, para que essas se controlem mutuamente. Assim, “se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos moralmente densos”, a fim de retardar o processo decisório, esperando que o tempo contribua com uma decisão de maior peso deliberativo<sup>30</sup>. Destaca-se que a visão acima apontada, em seus termos, trata as cortes com a mesma desconfiança habitualmente direcionada aos legisladores.

De acordo com Mendes (2008, p. 102-103), há algumas correntes que descrevem o legislador como egoísta e venal e o juiz como heroico e defensor de direitos, supondo que cortes e tribunais são as instituições mais aptas ao controle de constitucionalidade<sup>31</sup>. Há outras que caracterizam o legislador como virtuoso e de espírito público e o juiz como verborrágico, legalista e ideológico, propondo que parlamentos são as instituições mais preparadas ao tratamento de questões atinentes a direitos fundamentais e políticas públicas<sup>32</sup>. Há, ainda, as que lidam melhor com essas duas faces, se mostram menos preocupadas com a “última palavra”, aceitam a falibilidade das instituições e levam em conta as vantagens comparativas de ambas, considerando-as como não excludentes (designadas como teoria do diálogo)<sup>33</sup>.

Para ilustrar a divisão supradescrita, o autor confeccionou o seguinte quadro-resumo:

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, segundo a concepção de Mendes (2008, p. 16), “a revisão judicial, além de um mero contrapeso ou “um veto a mais”, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma “interlocução institucional””. Ou seja, é um método de engrandecimento do regime democrático.

<sup>31</sup> Têm, como principal representante, Ronald Dworkin.

<sup>32</sup> Têm, como principal representante, Jeremy Waldron.

<sup>33</sup> Têm, como principais representantes, Alexander Bickel, Cass Sustein e Neal Kumar Katyal.

Posicionamentos	1. Inclinação por juízes e cortes	2. Inclinação por legisladores e parlamentos	3. Inclinação por ambos: diálogo inter-institucional
Dimensões			
Quem?	Corte	Parlamento	Ambos
Como?	<i>Inputs e outputs</i> formais da decisão judicial	<i>Inputs e outputs</i> formais da decisão legislativa	Combinação de ambos
Quando?	Por último	Por último	Alternadamente no tempo
Por quê?	Juízes estão melhor situados para decidir sobre direitos	Legisladores estão melhor situados para decidir sobre direitos	A interação deliberativa eleva a capacidade epistêmica da democracia

Fonte: Mendes (2006, p. 166).

O autor adota a proposta do diálogo institucional, por crer que esse é um meio termo à tensão. Assim, ao tratar da interação entre instituições, Mendes (2008, p. 166-168) destaca que:

A interação é um fato, não uma escolha ou uma possibilidade. Não decorre da manifestação de vontade de um poder ou de algum dispositivo institucional específico, mas é consequência necessária da separação de poderes. Mais, há um “diálogo silencioso” entre as instituições, conduzido de forma consciente ou não, que cabe ao teórico perceber e reconstruir. [...] Diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política. O desenho institucional cria incentivos para tipos diferentes de interação. Tais incentivos não determinam, contudo, o comportamento institucional isoladamente.

Neste aspecto Mendes (2008, p. 188) diz que “a política é uma sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica”. Essa afirmação, na visão do autor, não corresponde a deixar a demanda de autoridade em aberto. Na verdade, equivale a dizer que a separação de poderes possibilita que, a cada momento, uma instituição diferente decida determinada temática (ou que haja, ainda, na decisão, uma espécie de combinação das posições de mais de uma instituição).

Desse modo, se atribui às decisões um caráter provisório, embora essas continuem relevantes. Assim, ao discorrer sobre a provisoriedade e as decisões, o autor argumenta que:

De uma certa maneira, apontar para a provisoriedade das decisões chega a ser banal. No limite, é óbvio que a existência de leis, instituições, regimes políticos, vidas humanas, sociedades etc. é provisória, e que, nesse meio-tempo, precisamos de decisões que regulem condutas, elaborem políticas e estabeleçam padrões de convivência. É fundamental, por isso, que instituições possam atender a essa demanda. A construção delas terá de recorrer, como sempre, a um balanceamento entre os diversos valores em jogo, que permita a mudança sem, ao mesmo tempo, facilitá-la a ponto de comprometer um grau mínimo de estabilidade (MENDES, 2008, p. 189).

Inobstante, considerando a importância dada ao diálogo, como trunfo inerente à lógica da separação de poderes, e a inevitabilidade da interação entre instituições, como ruína do poder de detenção de uma última palavra absoluta, Mendes (2008, p. 198) institui em sua tese termos como “última palavra provisória”<sup>34</sup> e “rodadas procedimentais”<sup>35</sup>, para dar concretude à teoria defendida. E, ao contrário do que se possa imaginar, em sua proposição não há a dissolução do poder de autoridade, vez que a tomada de decisões continua sendo obrigatória, sendo-lhe atribuída, diferentemente, como parâmetro, a “razão pública”<sup>36</sup> (MENDES, 2008, p. 203).

O autor (MENDES, 2008, p. 216), assim, propõe que:

a corte possa modular intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento. Nesse sentido, ela pode, às vezes, ir além do mero “suplemento à competição”. Ela faz um juízo de ocasião, e opta por atos mais expansivos ou comprimidos<sup>37</sup>.

Ou seja, os juízes fariam uma análise prudencial do contexto, caso a caso. A sugestão de contexto, neste sentido, equivale à variável do desempenho deliberativo, combinada a outras situações do caso (por exemplo: ação ou omissão legislativa).

Sobre o jogo democrático no Brasil, Mendes (2008, p. 232) pondera que:

[...] a cultura constitucional brasileira, razoavelmente majoritária, vê no STF a autoridade última e monopolística para revelar o significado da constituição. E isso desestimula, ao mesmo tempo em que protege e isenta, o legislador de desafiar o judiciário com novos argumentos. Dentro desse esquema de pensamento, se o STF decide, o jogo acabou. Dificilmente se percebe tal decisão como apenas um evento de uma corrente, um estágio de um processo.

Essa afirmação revela a necessidade de se repensar a estrutura frequentemente conferida à separação de poderes no ordenamento jurídico brasileiro, como uma teoria rígida e inflexível. É imprescindível que as instituições sejam estimuladas, reciprocamente, a apresentarem as suas melhores razões, a fim de culminar em decisões justas e devidamente pensadas, ainda que

---

<sup>34</sup> Segundo o autor, “há um momento em que a deliberação precisa se encerrar e abrir espaço para uma decisão em face de um desacordo persistente. [...] Quando um desacordo persistente ocorre entre diferentes instituições, parece importante encontrar um caminho que o resolva, ainda que temporariamente” (MENDES, 2008, p. 22). Essa resolução temporária do desacordo é exatamente o que se designa como última palavra provisória.

<sup>35</sup> O conceito de rodadas procedimentais “[...] refere-se ao circuito decisório entre os poderes até chegar a uma decisão final. Este caráter “final”, porém, é também relativo e não escapa de uma inevitável provisoriabilidade, pois o mesmo tema pode renascer no domínio da deliberação política posteriormente, em intervalos maiores ou menores” (MENDES, 2008, p. 19).

<sup>36</sup> Razão pública corresponde à apresentação de argumentos de melhor qualidade, que não se baseiem em doutrinas abrangentes, aplicando-se aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica (MENDES, 2008, p. 204).

<sup>37</sup> Para Mendes (2008, p. 222), “a democracia não é diferente de um “café filosófico” porque precisa tomar decisões, mas lhe é similar, em alguma medida, porque tem o ônus de buscar a melhor resposta (sem deixar de tomar, ao longo do caminho, decisões provisórias e imperfeitas)”. Desse modo, o autoaperfeiçoamento se mostra um compromisso desse regime. Evidentemente, a interação deliberativa não extingue a possibilidade de erro, mas amplia a de acerto, e considera os recursos temporais, financeiros e intelectuais que lhe são inerentes”.

possuam caráter provisório, em decorrência da dinâmica do regime democrático (tendo em vista a mutabilidade dos anseios sociais e das exigências demandadas por este núcleo). Por oportuno, ressalta-se que o definidor da última palavra provisória será, desse modo, a instituição que apresentar as melhores razões e que atender, de forma satisfatória, ao princípio democrático.

Contudo, se assim não ocorrer, após nova(s) rodada(s) procedimental(is), a decisão daquele poder que não se apresenta como sendo o detentor do caráter mais democrático, certamente, não se sustentará. Dessa maneira, com o surgimento de elementos distintos e melhores argumentos, na situação objeto da análise, torna-se possível que se realizem outras rodadas procedimentais, com nova interação entre as instituições e a formação de nova decisão.

Cumprido destacar que a decisão analisada neste artigo, assim como a sentença que lhe deu origem, embora não tenham se baseado, expressamente, em um diálogo institucional, não se omitiram na análise e na utilização de projetos já existentes de políticas públicas, o que se mostrou um grande diferencial (mesmo que de forma tímida), ao não exigirem o cumprimento de uma determinação judicial desproporcional à realidade econômica e governamental. Pois, conforme asseverado antes, a judicialização de políticas públicas deve considerar, também, para além dos aspectos jurídicos tradicionais, questões de ordem econômica e orçamentária.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A judicialização de políticas públicas, como descrito ao longo do trabalho, corresponde à possibilidade conferida ao Judiciário para decidir questões de cunho político e de repercussão social, que comumente, mediante a teoria de separação de poderes, dizem respeito às funções precípua do Executivo e do Legislativo, como a implementação e a execução de projetos que se destinem a assegurar o acesso a direitos fundamentais pelos cidadãos/jurisdicionados.

O presente artigo se debruçou sobre a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.194.865/MG, a fim de analisar, por meio do referido pronunciamento judicial, o tema da “judicialização de políticas públicas” e, após a compreensão do assunto, examinar a sua constitucionalidade. Para isso, foram selecionados os principais argumentos utilizados no julgado e divididos em três proposições (A, B e C), discutidas individualmente, em tópicos separados e complementares.

A “proposição A” versou sobre o direito da criança e do adolescente à especial proteção, inclusive no cumprimento de medidas socioeducativas, conforme o artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal de 1988, cujo adimplemento impõe ao Poder Público prestações positivas. E, considerando que a aplicação de qualquer medida privativa da liberdade, no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, deve obedecer à brevidade e à excepcionalidade e respeitar a

condição de indivíduo em formação, mediante o que dispõe o artigo supramencionado e a orientação dos princípios da dignidade da pessoa em desenvolvimento, da proteção integral e da prioridade absoluta, bem como que a medida socioeducativa de internação deve ser cumprida em estabelecimento adequado, verificou-se a higidez e a correção desta proposição.

A “proposição B” versou sobre a exceção às funções institucionais precípua dos poderes (consequentemente, à separação de poderes) e o avanço da jurisdição constitucional. E, considerando que a separação de poderes não se restringe a um postulado inflexível, mas ao contrário, em razão do objetivo de limitar o poder estatal e da existência de controles recíprocos, se apresenta como dinâmico, verificou-se a higidez e a correção desta proposição. Contudo, ressaltou-se que, haja vista a capacidade institucional e a especialidade conferida a cada poder, mostra-se imperioso que a interferência judicial, no âmbito da política majoritária, não ocorra de forma abrupta e impulsiva, exceto quando as características do caso concreto permitirem que assim o seja, diante de evidente violação de direitos, por meio de decisão fundamentada.

A “proposição C” versou sobre a gradualidade do processo de concretização dos direitos fundamentais, o mínimo existencial, as possibilidades orçamentárias e a reserva do possível. E, considerando a aplicação da técnica da ponderação, com a observação de que com a omissão estatal na execução de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, faz-se necessária a intervenção do Judiciário, após provocado, ainda que tal atuação corresponda à interferência em políticas públicas, adentrando o âmbito de atuação dos demais poderes; tendo em vista que se eximir desta tarefa corresponde a permitir que a violação de direitos continue acontecendo e que se debruçar sobre a implementação de uma política pública não parece ser tão gravoso quanto tornar ineficaz a aplicação de medidas socioeducativas; que a cláusula da reserva do possível, no caso concreto, não poderia ser invocada, haja vista a preponderância e a primazia do direito fundamental discutido; bem como a constatação de que o direito à segurança e o direito ao adequado cumprimento de medidas socioeducativas inserem-se no que corresponde ao mínimo existencial, e devem, por essa razão, ser assegurados (ainda que minimamente), com a posterior possibilidade de aperfeiçoamento, verificou-se a assertividade desta proposição.

Assim sendo, observa-se a correção da decisão ora analisada, especialmente considerando que, no caso concreto, o Estado já possuía um plano de construção de centro socioeducativo no município de Lavras/MG, o qual foi utilizado na condenação, apenas impondo ao ente a necessidade de inclusão da política pública em previsão orçamentária futura. E, embora a decisão não tenha se baseado, expressamente, na teoria do diálogo institucional, não se omitiu na análise e na utilização de projetos já existentes de políticas públicas, o que se

mostrou um grande diferencial (mesmo que de forma tímida), ao não se exigir o cumprimento de uma determinação judicial desproporcional à realidade econômica e governamental.

Portanto, como demonstrado, a atuação do Judiciário, quando determina ao Poder Público a implementação e a execução de políticas públicas, a fim de resguardar e garantir direitos fundamentais aos cidadãos/jurisdicionados, pautando-se na figura do mínimo existencial, apenas será constitucional quando se revelar essencial à preservação da democracia e dos direitos fundamentais, em casos excepcionais, com a verificação do conteúdo do mínimo existencial, da plausibilidade do direito pretendido e da existência de recursos financeiros.

Contudo, verifica-se ser imprescindível, em regra, que as instituições sejam estimuladas, reciprocamente, a apresentarem as melhores razões no cotidiano, a fim de construírem juntas decisões justas e devidamente pensadas, ainda que com caráter provisório, em decorrência da dinâmica do regime democrático. A teoria do diálogo institucional representa, desse modo, um meio termo à preponderância de uma última palavra, sem inclinação à nenhuma instituição, e se mostra de grande valia, em especial porque requer do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, na mesma proporção, o seu melhor, incentivando a manutenção do Estado Democrático de Direito e promovendo, ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. **Rattio Juris**, Pouso Alegre, v. 16, n. 2, 2003, p. 131-140. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod\\_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf). Acesso em: 18 fev. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

ÁVILA, H. B. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BARCELLOS, A. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BARROSO, L. R. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política. **Migalhas**, [S.I.], 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.194.865/MG**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de março de 2019. Brasília, DF, 02 abr. 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339834632&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Brasília, 04 maio 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 12-21. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo - RePro**, São Paulo, n. 164, 2008, p. 9-28.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 267.

MINAS GERAIS. Comarca de Lavras – 1ª Vara Criminal, da Infância e Juventude e Execuções Fiscais. **Ação Civil Pública nº 0024620-38.2015.8.13.0382**. Juiz de Direito: Célio Marcelino da Silva. Lavras, 16 de maio de 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0382.15.002462-0/002**. Relator: Desembargador Washington Ferreira. Belo Horizonte, 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=103821500246200022017666011>. Acesso em: 13 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0033615 – 54.2015.8.19.0000**, Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anexo-coluna-lenio.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016, p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156>. Acesso em: 23 fev. 2021.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, 2006, p. 23-51. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf). Acesso em: 25 fev. 2021.

SILVA, V. A. da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario\\_e\\_politicas\\_publicas.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>. Acesso em: 25 jan. 2021.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

ZAPATER, M. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.