

Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS

Institutional Capacities Theory and the reserve for contingencies in Judicial Decision n. 592.581-RS

Marcus Abraham¹
Diana Castro²
Edenilson Simas Farias³

RESUMO

O artigo trata dos temas da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, correlacionando-os com a teoria das capacidades institucionais como capacidade das instituições públicas de concretizar o direito. Discorre também sobre a dimensão financeira das políticas públicas na implementação de direitos fundamentais e sobre o papel do Judiciário na alocação de recursos, por meio da análise do Recurso Extraordinário nº 592.581.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Judicialização. Ativismo Judicial. Capacidades Institucionais. Orçamento Público. Direitos Fundamentais.

1 Doutor em Direito Público – UERJ. Professor de Direito Financeiro e Tributário – UERJ. Desembargador Federal do TRF-2. E-mail: mabraham@uol.com.br.

2 Graduada em Direito pela UERJ. Pesquisadora do Nefit/UERJ – Núcleo de Finanças e Tributação da UERJ. Mestranda em Direito Civil na UERJ. E-mail: dianapaivadecastro@gmail.com.

3 Graduado em Direito pela UERJ. Pesquisador do Nefit/UERJ – Núcleo de Finanças e Tributação da UERJ. E-mail: simasfarias@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This article deals with the subjects of judicialization of public policies and judicial activism, linking them with the theory of institutional capacities as the ability of public institutions to implement rights. It also discusses the financial dimension of public policy in the implementation of fundamental rights and the Judiciary's role in resource allocation, by analyzing the Extraordinary Appeal n. 592.581.

Keywords: Public Policy. Judicialization. Judicial Activism. Institutional Capacities. Public Budget. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da atuação do Poder Judiciário e o debate acerca dos limites do exercício da atividade jurisdicional, fenômenos que se verificam na realidade de diversos países, têm ocupado o centro das discussões do direito público contemporâneo. Parte das preocupações se refere à suposta invasão, pelo Judiciário, de espaços decisórios que seriam exclusivos dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, o debate se intensificou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Até então, a teoria da força normativa das Constituições pretéritas não se encontrava nitidamente desenvolvida, razão pela qual surgiu, em nosso meio, a denominada *doutrina brasileira da efetividade*. Esta, na esteira de abalizada doutrina estrangeira, vê na Constituição um instrumento apto a conformar a realidade social, política e econômica da sociedade, aduzindo a superação de um comportamento

de “insinceridade normativa no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento” (BARROSO, 2008). Essa corrente doutrinária identificou na Constituição Federal de 1988 o caráter normativo que lhe é peculiar, defendendo, pois, a possibilidade de aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo Judiciário, (i.e., sem a necessidade de interposição legislativa).

Assim, tornou-se possível e aceitável que normas de caráter vago e aberto, muitas de acentuado conteúdo político ou, ainda, de estrutura principiológica, fossem aplicadas pelo Poder Judiciário a partir de instrumentos hermenêuticos variados, seja de forma direta, seja através de um processo de filtragem constitucional do ordenamento jurídico, também conhecido como constitucionalização do direito, por meio do qual normas de estatura infraconstitucional são reinterpretadas a partir do marco normativo da Constituição.

Todo o arcabouço teórico que permitiu à Constituição Federal de 1988 ocupar a posição de centralidade na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro também contribuiu para que o Judiciário assistisse à sua crescente ascensão institucional (Ibidem). De fato, ao atribuir a si próprio o papel de intérprete último da Constituição, o Judiciário reuniu em suas mãos a possibilidade de decidir questões políticas as mais relevantes para a sociedade, no que se incluem os diversos aspectos de políticas públicas instituídas pelos órgãos representativos dotados de legitimidade democrática (BRUM, 2014).

Se a ampliação das funções jurisdicionais pode proporcionar um ambiente de maior efetividade da Constituição e, notadamente, dos direitos fundamentais, é bem de ver que a questão suscitou diversas críticas da doutrina, algumas das quais volta-

das à imprescindível identificação dos espaços deliberativos próprios do processo político majoritário, com a consequente definição dos limites do exercício da função jurisdicional.

Muito embora tenha havido relevante avanço nessas discussões, ainda não foi possível encontrar um ponto ótimo ou um marco teórico que forneça critérios seguros de identificação desses limites. De todo modo, as diversas propostas teóricas que surgiram nesse contexto podem ser úteis para o enfrentamento das controvérsias inerentes a esse debate.

Uma dessas propostas é a chamada Teoria das Capacidades Institucionais. Trata-se, mais propriamente, de uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição. Conforme se verá ao longo do texto, a denominada “virada institucional” trouxe para o âmbito das discussões jurídicas a necessidade de atenção aos efeitos sistêmicos e às capacidades institucionais da instituição responsável pela tomada de decisão (CYRINO, 2010).

Muito embora o enfrentamento da judicialização da política e do ativismo judicial não possa ser feito exclusivamente com base na teoria das capacidades institucionais, essa teoria pode fornecer aportes teóricos que ajudarão o aplicador do direito a identificar as ocasiões em que o Judiciário será, ou não, a instituição capaz de tomar a melhor decisão para a controvérsia que esteja examinando.

Considerando que as políticas públicas, como já afirmado, compreendem um vasto domínio de questões políticas, técnicas e jurídicas, o objeto desse trabalho visa a discutir em que medida a teoria das capacidades institucionais pode ajudar na compreensão do papel dos juízes no controle judicial dos pro-

gramas de ação do Poder Público.

2 ALGUMAS NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Considerações iniciais

Ao longo dos últimos anos, a intervenção judicial em políticas públicas tornou-se fenômeno até certo ponto rotineiro na realidade jurídica brasileira, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário passou a exercer o controle da constitucionalidade e da legalidade de atos até então considerados de natureza política e, como tais, insindicáveis pela via jurisdicional (SARMENTO, 2009).

Antes de analisar o fenômeno, é indispensável fazer duas observações. Em primeiro lugar, adota-se aqui o conceito de política pública entendida como:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006)

O conceito é amplo e abrange atividades estatais submetidas a regimes jurídicos distintos. Para fins deste trabalho, referimo-nos às políticas públicas que concretizam direitos sociais

prestacionais decorrentes de normas constitucionais ou legais.

A segunda observação se refere ao íntimo vínculo que as políticas públicas mantêm com matéria muito cara ao espírito civilizado: os direitos fundamentais. A positivação de direitos fundamentais na Constituição da República exige dos órgãos e entidades estatais uma série de comportamentos, alguns de caráter negativo – dever de respeito consistente em uma abstenção –, outros de caráter positivo, notadamente quando se cuida de direitos sociais ou de prestações positivas decorrentes do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., MITIDIERO, D., 2013).

Com muita frequência, a Administração Pública terá de exercer uma série de atividades materiais e normativas, todas orientadas à concretização das prestações positivas exigidas por direitos fundamentais. Nestes casos, o Estado terá de instituir políticas públicas para atender aos parâmetros constitucionais de efetividade desses direitos. Com isso se quer ressaltar que os direitos fundamentais são elementos de presença quase constante nas políticas públicas, sendo certo que, em certas circunstâncias, o desenvolvimento de tais políticas será indispensável para a concretização das situações jurídicas jufundamentais. O ponto é crítico e a ele retornaremos quando tratarmos das circunstâncias nas quais o Poder Judiciário tem plena capacidade institucional para intervir, de forma proativa, em políticas públicas.

2.2 Aspectos das políticas públicas

Antes de cuidarmos dos aspectos atinentes às políticas públicas, é de bom alvitre estabelecer uma convenção terminológica. Por aspectos das políticas públicas deve-se entender as carac-

terísticas centrais das políticas públicas, isto é, os atributos que as qualificam. Esses aspectos estarão presentes, em maior ou menor grau, consoantes à política pública que se esteja visualizando.

Parece intuitivo que a consecução de fins socialmente relevantes, como o fornecimento de prestações de saúde e de educação, pode ser feita através de diferentes formas de atuação estatal, como a edição de atos normativos, a regulação do mercado e as atividades materiais levadas a cabo pela Administração Pública (VALLE, 2009). Em outras palavras, o conceito de políticas públicas abrange uma multiplicidade de *meios* – atividades e funções estatais – através dos quais se poderão alcançar os objetivos e as metas que a sociedade reputa essenciais. Embora apresentem algumas semelhanças, cada qual possui suas próprias particularidades, que devem ser objeto de estudos específicos (BARCELLOS, 2006).

A segunda implicação se refere ao aspecto *tempo*. Em primeiro lugar, a identificação dos problemas com que as políticas públicas visam lidar e a sua própria estruturação demandam um processo reflexivo e decisório que tende a consumir considerável quantidade de tempo (VALLE, 2009). Além disso, as políticas públicas são projetadas para atingir os seus objetivos após o decurso de um determinado lapso temporal, durante o qual o Estado deverá empreender os esforços necessários para alcançá-los (Ibidem). Nesse sentido, as políticas públicas dependerão, em muitos casos, do dinamismo decorrente do transcurso de tempo, que permitirá que os atores envolvidos na sua formulação e execução promovam os ajustes indispensáveis à evolução e à efetiva obtenção dos resultados pretendidos.

Há um terceiro aspecto importante para os fins deste estudo. A implementação de políticas públicas, notadamente

em sociedades complexas como a nossa, depende do emprego de conhecimento técnico especializado e multidisciplinar, normalmente a cargo da Administração Pública (BARCELLOS, 2006). Nesse sentido, o Estado se vale da expertise técnica da Administração para, v.g., definir que medicamentos utilizar para o tratamento da Aids, quais livros adotar no ensino básico público e como determinar a tecnologia a ser implantada na prestação dos serviços de telefonia. Compreender essa dimensão *técnica* é essencial para o enfrentamento das controvérsias atinentes à judicialização de políticas públicas.

O último aspecto a merecer comentário diz respeito ao seu caráter *sistêmico*. Com alguma frequência, um mesmo problema social pode ser objeto de políticas públicas variadas, algumas com conteúdo idêntico ou semelhante, outras planejadas a partir de uma lógica de divisão de atribuições. Em ambos os casos, os diversos órgãos e entidades públicos enviaarão esforços mútuos no enfrentamento das demandas da coletividade. Assim, há, em diversas áreas de atuação do Poder Público, uma constelação de políticas públicas que, juntas, pretendem garantir a prestação de serviços de natureza pública compatível com padrões normativos de qualidade e efetividade.

Essa característica é especialmente intensificada pelo modelo de organização do Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, inspirado no federalismo cooperativo da Lei Fundamental de Bonn. A nota essencial do federalismo cooperativo é a existência de competências compartilhadas por todos os entes federativos (ZIMMERMANN, 2005). Em um cenário político-institucional como este, a atuação dos entes políticos no desempenho dos misteres atribuídos pela Constituição deve se dar de forma conjunta e harmônica. Bem por isso, a Consti-

tuição Federal de 1988 reservou à lei complementar a criação de normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios no que se refere às competências administrativas comuns.

Em outras palavras, as políticas públicas instituídas com fundamento no exercício de competência administrativa comum se integram umbilicalmente umas às outras – ao menos em tese –, criando, não raras vezes, um estado de dependência e de influência recíprocas entre as diversas ações do Estado. Em um quadro altamente dinâmico como este, a intervenção judicial terá maiores chances de repercutir positiva ou negativamente na eficácia das políticas públicas.

Essa é uma das razões pelas quais os juízes devem atentar para os efeitos sistêmicos – especialmente de ordem financeira, para os fins deste trabalho – de suas decisões em virtude da intervenção judicial nos respectivos sistemas de políticas públicas, sem o que se terá uma intervenção cega, capaz de produzir resultados indesejáveis para a Ordem Constitucional e diversos das consequências antevistas pelo aplicador do direito. O tema será objeto de maiores considerações adiante.

2.3 Judicialização e ativismo judicial: uma distinção necessária

As expressões “judicialização” e “ativismo” compõem a ordem do dia nos estudos do exercício da jurisdição e dos seus limites de atuação. Trata-se de conceitos que, embora intimamente associados, se referem a fenômenos distintos, cada qual com implicações próprias (CAMPOS, 2015), sendo necessário esclarecer o significado de cada um deles.

Segundo Barroso (2012):

A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instituições políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Com a judicialização, o Poder Judiciário passa a decidir sobre uma série de questões altamente relevantes para a sociedade, as quais, em tese, deveriam ser objeto de deliberação pelos órgãos de representação política.

A ideia não envolve, necessariamente, a discussão quanto a que comportamento – mais ou menos deferente ou ativista – o Judiciário deve ter diante das escolhas do processo político majoritário, mas sim quanto a “o quê” está sendo levado ao conhecimento do Poder Judiciário (Ibidem). Em um modelo constitucional como o inaugurado pela Constituição Federal de 1988 que, além de ter promovido a constitucionalização de temas de elevada importância social, assegurou o livre acesso a um Poder Judiciário independente, a judicialização é fenômeno quase inevitável.

As causas que conduziram ao processo de crescente judicialização da política no cenário jurídico brasileiro e as questões que o fenômeno suscita já foram explicitadas exaustivamente pela doutrina nacional (VIANNA, 1999). Cabe-nos, aqui, mencionar as mais importantes para o enfrentamento da judicialização das políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 promoveu a constitucionalização de uma série de matérias que até então compunham o domínio da política. Uma variada gama de valores aportou na Constituição como elemento integrante de dispositivos consti-

tucionais, levando o aplicador do direito – e, nessa categoria, os juízes – a ter de lidar com a aplicação de normas constitucionais de forte conteúdo moral e político.

Além disso, a Constituição Federal está repleta de objetivos públicos cuja persecução foi imposta ao Estado, e que compõem o conteúdo de diversos princípios constitucionais programáticos. A execução destas finalidades depende da criação de inúmeras políticas públicas, já que o Estado terá de congregiar meios e recursos que se mostrem necessários para alcançá-las. É possível falar, assim, em verdadeira constitucionalização de políticas públicas ou mesmo na existência de deveres constitucionais de implementação de políticas públicas, indispensáveis para que o Estado possa se desincumbir das obrigações decorrentes da consagração, em normas constitucionais, de fins públicos (VALLE, 2009).

Outros fatores que contribuem para a crescente judicialização de questões políticas no direito brasileiro são a textura aberta e a vagueza semântica das normas constitucionais, notadamente dos princípios – tipologia normativa a partir da qual o constituinte consagrou a maior parte dos objetivos públicos anteriormente referidos. Por apresentarem essas características, as normas constitucionais franqueiam uma enorme variedade de possibilidades interpretativas, permitindo, assim, que haja maior probabilidade de judicialização de questões que possam ser reconduzidas a estes enunciados.

Não menos importante, a compreensão dada pela doutrina e jurisprudência ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) permite que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito possa ser levada ao conhecimento e decisão do Poder Judiciário. A alegação, pela parte, de uma suposta violação a interesse

jurídico individual ou metaindividual é, por si só, idônea para entregar a questão ao crivo do Poder Judiciário, abrindo portas, assim, para que qualquer controvérsia possa, ao menos em tese, ser objeto de decisão por parte de juízes, mesmo se tratando de matéria de alta densidade política ou moral. Com isso não se quer dizer que a ampla possibilidade de acesso à justiça seja um fenômeno prejudicial para o exercício da cidadania e para a democracia, mas tão somente que é um fator que colabora para a crescente judicialização de matérias políticas, sociais e morais relevantes para a sociedade (FONTE, 2015).

Ao revés, o ativismo judicial diz respeito ao comportamento dos juízes no exercício do controle judicial das decisões do processo político majoritário. Trata-se, assim, da atitude do magistrado que, ao exercer o controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, expande os seus poderes institucionais a espaços decisórios próprios dos demais poderes. Nesse diapasão, é preciso o conceito de ativismo judicial apresentado por Campos (2014):

Definimos o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Da definição acima exposta é possível extrair algumas conclusões singelas, mas fundamentais para o debate da judi-

cialização de políticas públicas.

Em primeiro lugar, a identificação de uma postura judicial ativista deve levar em consideração a distribuição de atribuições entre os poderes, órgãos e entidades do Estado levada a cabo pela Constituição da República, isto é, o desenho institucional de cada Estado. Nesse sentido, se a pura declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada com amplo apoio parlamentar pode ser vista, em determinados países, como um exemplo de ativismo judicial, no Brasil – em que houve a ampliação não apenas dos instrumentos, mas também dos legitimados a deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade –, a resposta provavelmente seria negativa. Isso não significa que a chamada dificuldade contramajoritária tenha deixado de existir na realidade brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito menos que o exercício da jurisdição constitucional possa se dar de forma abusiva, e sim que o exercício do controle de constitucionalidade foi consagrado no contexto institucional público brasileiro como instrumento legítimo de tutela da supremacia da Constituição e mecanismo de controle da atuação dos demais poderes, no âmbito de uma estrutura de separação de poderes calcada na lógica de freios e contrapesos.

Em segundo lugar, o ativismo judicial está ligado a causas de natureza diversa, “presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos” e associadas a elementos de fundo cultural, institucional, político etc. Dentre as causas potenciais do ativismo judicial no país destacam-se: (i) a possibilidade de controle judicial das omissões inconstitucionais (art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º, todos da CF88); (ii) a aplicação direta, pelos juízes, de normas constitucionais de ampla aber-

tura semântica e de forte conteúdo moral e político; e (iii) o sincretismo metodológico, que cria um ambiente hermenêutico repleto de instrumentos de interpretação que ampliam a discricionariedade decisória do intérprete etc.

Além disso, o ativismo judicial contempla múltiplos comportamentos decisórios, no que Campos (2014) chama de caráter multidimensional do ativismo judicial. Em obra especializada sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, intitulada *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* e que se originou da dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público na UERJ, o autor identifica cinco dimensões do ativismo judicial praticado pelo STF, a saber:

(I) *Dimensão metodológica*: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas; (II) *Dimensão processual*: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões; (III) *Dimensão estrutural ou horizontal*: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos; (IV) *Dimensão de direitos*: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas; (V) *Dimensão antidialógica*: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

Duas últimas observações devem ser feitas antes de encerrar este subtópico. Embora o ativismo judicial seja frequentemente associado a um comportamento judicial invasivo das prerrogativas asseguradas aos atores políticos, nem sempre constituirá violação à Constituição. Como se verá mais adiante, há certas circunstâncias em que a Constituição exige uma atuação judicial mais proativa e expansiva, como nos casos em que esteja em jogo a efetividade do mínimo existencial.

Finalmente, a teoria das capacidades institucionais nem sempre levará o magistrado a adotar uma postura formalista, isto é, de autocontenção diante das preferências do processo político majoritário. Será preciso avaliar, em cada caso, e levar em consideração elementos empíricos, qual o órgão com maior aptidão para ocupar a posição de protagonista em um determinado processo decisório. Em outras palavras, o juiz deverá verificar se a instância decisória reúne as condições para tomar a melhor decisão no caso concreto. Se esta aptidão não se fizer presente, ou o Judiciário se mostrar mais apto para tomar uma decisão mais consentânea com a Ordem Constitucional, caberá ao magistrado adotar o comportamento incisivo que lhe exija a Constituição, podendo mesmo declarar a inconstitucionalidade de uma eventual decisão tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo.

2.4 O argumento das capacidades institucionais

O controle judicial das políticas públicas não se resume à simples aplicação da hermenêutica constitucional ou à mera defesa de princípios abstratos. A bem da verdade, deve-se analisar a capacidade das instituições públicas de concretizar o direito, bem como o modo de tomada de suas decisões (FONTE, 2015).

O eixo norteador desse estudo é o princípio da separação de poderes (JUSTEN FILHO, 2012), formulado originariamente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem do Cidadao de 1789 e reproduzido no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 com *status* de cláusula pétrea. Esse comando axiológico apresenta três vertentes principais: (i) a decomposição do poder político em diversos órgãos estatais (democracia); (ii) a salvaguarda dos direitos fundamentais (constitucionalismo) (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012); e (iii) a especialização das funções de cada instituição de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência) (ACKERMAN, 2009).

Com efeito, para que o princípio da separação dos poderes atinja suas funções essenciais, que podem ser resumidas como a função político-social e a função orgânico-funcional, a divisão das tarefas públicas deve se dar de forma que o Legislativo produza as normas gerais e abstratas, o Judiciário aplique o direito a casos concretos, quando solicitado, e o Executivo, residualmente, aplique a lei de ofício, estando todos os Poderes sujeitos ao mecanismo de freios e contrapesos (FONTE, 2015).

Deste modo, o princípio da separação dos poderes, em sua formulação original, garantiria o equilíbrio entre minorias e majorias na tomada de decisões, no bojo da constante tensão entre o constitucionalismo e a democracia. No entanto, em razão do fenômeno da judicialização da política, mencionado alhures, o Poder Judiciário passou a exercer o controle de questões que, tradicionalmente, cabiam à Administração Pública, rompendo o referido equilíbrio.

Em reação a esse movimento, deve-se recorrer à função orgânico-funcional, segundo a qual as tarefas públicas são de

competência do órgão que tem maior capacidade para exercê-las (FONTE, 2015). Abandonando-se as visões estereotipadas, seja a ascensão institucional do Poder Judiciário, seja a crise de representatividade e de funcionalidade dos Parlamentos, a pergunta correta não é como um texto deve ser interpretado, mas como cada instituição é capaz de interpretar um mesmo texto (SUSTEIN; VERMEULE, 2002).

Nesta esteira, usa-se, no cenário recente do debate constitucional brasileiro, o conceito de “capacidades institucionais”. A expressão apresenta-se como um recurso para saber que órgão público reúne as condições necessárias para tomar determinada decisão. Frequentemente, faz-se alusão à obra *Interpretation and institutions* de Cass Sustein e Adrian Vermeule, a qual fornece o arcabouço teórico básico para essa teoria.

De acordo com Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, ainda que o uso da expressão não seja uniforme, é possível identificar dois sentidos principais. De uma parte, a utilização do argumento refere-se às habilidades e limitações de uma instituição no exercício de sua competência jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2011). De outro lado, enuncia-se um enfoque mais “institucional” da expressão, em que são estabelecidas comparações entre as capacidades do Poder Judiciário e as das demais instituições.

Nesse quadro comparativo, observa-se que determinada instituição – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional” – *rectius*, sendo mais capacitada – para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o ele-

mento político envolvido. Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes, como na efetividade do mínimo existencial; na salvaguarda dos direitos fundamentais de minorias e na aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação.

Em outras palavras, o argumento permite analisar os limites e as capacidades do Poder Judiciário no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições. Nesse sentido, foram cunhadas as expressões “limites da legitimidade” e “limites epistêmicos”. Em relação a estes últimos, observam-se os recursos intelectivos dos agentes de cada Poder, referindo-se “tanto às condições materiais reais como às habilidades e limites subjetivos e orgânicos existentes para que atores institucionais específicos possam obter, organizar, compreender dados e usá-los como fundamentos de ações, escolhas ou decisões” (ARGUELHES; LEAL, 2011).

No que tange à legitimidade, o argumento permite definir o que se considera como juridicamente aceitável em sentido amplo, admitindo-se a influência de outros ramos do saber, como a política, a moral e a economia, e realizando-se tanto comparações internas – com outros métodos da mesma instituição – quanto externas – com o resultado oferecido por outra instituição.

Dessa forma, os conflitos interinstitucionais causados, sobretudo, pela sobreposição das funções exercidas pelos Poderes, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de acordo com os aspectos que serão analisados a seguir.

2.5 Aspectos das capacidades institucionais do Poder Judiciário no controle de políticas públicas

Diante desse argumento, os estudiosos do tema apresentam críticas ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Uma primeira, de natureza institucional, refere-se às dificuldades na concessão de um tratamento sistêmico às matérias decididas, vez que o seu ofício é, em regra, solucionar casos concretos (FONTE, 2015). A segunda crítica é financeira: os juízes não se preocupariam com os custos de suas decisões, ignorando o conceito econômico de escassez, o conceito jurídico de reserva do possível e o dispêndio de recursos pela estrutura dos Tribunais (BADIN, 2013). Por último, em uma dimensão política, argumentam os teóricos que os magistrados teriam mais atenção ao interesse das partes em litígios do que às questões relativas à sociedade, tratando-se de um corpo que não é dotado de mandato eletivo.

Em contraposição a essas críticas, observa-se que a apresentação do mandato político não é perfeita. A análise jurisdicional permite a defesa dos direitos individuais em face da tirania majoritária, a partir do exercício da jurisdição constitucional, em atenção à rigidez e à supremacia da Constituição. A pulverização da política nas sociedades de massa alerta para o perigo da idealização do processo legislativo (FONTE, 2015).

Cotejando as capacidades institucionais dos órgãos políticos e do Judiciário, verifica-se que os juízes possuem vantagem institucional quando o que está em jogo é a necessidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Esses direitos representam a positivação, no texto constitucional, dos valores mais básicos de uma determinada sociedade. Além disso, são

condições essenciais para o funcionamento adequado do sistema democrático, sem os quais o processo político não atingiria padrões mínimos de isonomia participativa. Por essa razão, a defesa dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, não deve ficar ao alvedrio das maiorias de plantão, cabendo ao Judiciário, sempre que se deparar com situações de omissão ou violação a estes direitos, garantir a sua plena efetividade.

De mais a mais, os magistrados são dotados do mais alto grau de independência funcional, possuindo garantias como a vitaliciedade e a inamovibilidade, o que permite que a tomada de decisão seja livre de pressões e exerça um freio e um contrapeso ao jogo político (BADIN, 2013).

Ao Poder Judiciário também se deve reconhecer maior capacidade institucional para tutelar os direitos das minorias marginalizadas, que veem na Justiça uma trincheira para a defesa de interesses que, não raras vezes, são ignorados pelas instâncias democráticas.

Por último, nota-se que o processo judicial sofreu reformas nos últimos anos para aumentar a participação dos membros da sociedade, como o surgimento da figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas. Nesta esteira, o advento do microssistema de tutela coletiva caracterizou-se como uma segunda onda renovatória de acesso à justiça (CAPELLETTI, 1988).

3 O DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E A DIMENSÃO FINANCEIRA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: CONSTRUÇÃO DE ALGUNS PARÂMETROS

3.1 Democracia, orçamento público e controle judicial

O orçamento moderno deve suas feições às intensas transformações sociais que marcaram o período das grandes revoluções liberais do século XVIII. A Revolução Francesa legou à história da cidadania política a exigência de prévia aprovação da criação de tributos pelo Parlamento, bem como a prerrogativa de acompanhamento, pelos cidadãos, dos gastos efetuados pelo Poder Público. Trilhando os mesmos rumos, a Constituição Americana atribuiu ao Congresso dos EUA o poder de instituir tributos e autorizar a realização de despesas públicas. Nesse marco da história, o orçamento era visto como instrumento de controle político da atividade financeira do Estado Absolutista, protegendo os cidadãos contra os abusos por ele perpetrados. É possível falar, assim, de *orçamento liberal*, cujo objetivo central era o de promover o controle político da arrecadação e dos gastos do Poder Executivo.

Já no século XIX e, sobretudo, em meados do século XX, as sociedades ocidentais assistiram à assunção de novas funções e atividades pelo Estado (*Welfare State*), que passou a prestar serviços públicos e a gerir bens de interesse coletivo. Com a ampliação das atividades estatais, tornou-se fundamental que o Orçamento Público, para além da função de contenção do arbítrio estatal, que lhe fora atribuída pelo liberalismo político, assumisse o papel de instrumento de planejamento do agir estatal e de expressão das escolhas alocativas de uma

sociedade organizada a partir de um regime democrático de governo. Tem-se, assim, o *orçamento moderno*, que aglutinou as funções de controle político e de realização das deliberações do processo político majoritário quanto à execução das ações estatais (ABRAHAM, 2015a).

Em um contexto de escassez de recursos e de assunção, pelo Estado, de um conjunto expressivo de responsabilidades, as maiorias de cada momento terão de decidir em que e quanto gastar, além, é claro, de definir de onde virão os recursos financeiros necessários para este desiderato (impostos, taxas, contribuições etc.). O orçamento adquire, assim, o papel fundamental de “cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente sobre recursos escassos” (FONTE, 2015). Isso porque, em um regime constitucional que leve a ideia de democracia a sério, os assuntos mais relevantes do ponto de vista político, social e moral devem ser decididos pelas maiorias de plantão, isto é, no bojo do processo político majoritário (ALEXY, 2014).

Essas ideias se refletem diretamente no tema das políticas públicas. Por consistirem em ações do Estado na busca pela concretização de fins socialmente relevantes, a instituição de políticas públicas demandará o emprego de recursos orçamentários específicos, sem os quais será impossível implementar o programa de governo. Há uma dimensão financeira na criação de políticas públicas que não pode ser desconsiderada pelos magistrados. Em um ambiente de escassez de recursos caberia aos atores políticos, imbuídos de legitimidade democrática – e, portanto, dotados de maior capacidade institucional para efetuar tais escolhas alocativas –, eleger as metas e os objetivos que merecerão prioridade na atuação do Estado (FONTE, 2015).

Do ponto de vista das capacidades institucionais, os ór-

gãos de representação política deveriam possuir maior legitimidade democrática se comparados ao Poder Judiciário, já que, além de serem eleitos pelo voto direto do povo, sua relação com o eleitorado é marcada pelas ideias de responsabilidade e de responsividade democráticas (PRZEWORSKI, 1996). Uma vez que se aceite que a elaboração de políticas públicas envolve, ainda que não exclusivamente, decisões de caráter político, que incluem elementos técnicos e orçamentários, o protagonismo no processo decisório de eleição das prioridades do Poder Público e de formulação das respectivas políticas públicas deveria ser reservado aos atores políticos. Na prática, no entanto, há hipóteses em que a atuação dos órgãos de representação política é insuficiente.

Assim, não se pode perder de vista que há prioridades constitucionais expressamente estabelecidas – que envolvem direitos fundamentais e sociais – e que, em caso de omissões ou escolhas constitucionalmente inadequadas daqueles atores políticos, caberá ao Judiciário reconduzi-las aos trilhos. A racionalização do gasto público, sobretudo em um país que ainda apresenta várias demandas sociais a serem satisfeitas, passa também por uma análise criteriosa da prioridade da despesa a ser executada, cuja avaliação não pode ser excluída do Poder Judiciário (ABRAHAM, 2015b).

A capacidade institucional do Poder Judiciário de intervir – sob o ponto de vista das repercussões financeiras – em questões relativas à implementação de políticas públicas já existentes aumenta sensivelmente de importância, mas não deixa de suscitar a adoção de certos parâmetros.

Não se desconhece que as intervenções judiciais que desconsideram o aspecto sistêmico das políticas públicas têm

alto potencial para causar desequilíbrios orçamentários e, igualmente, ocasionar ineficiências no âmbito do sistema de políticas públicas, resultantes, por exemplo, do fato de se imputarem atribuições idênticas a *policy makers* distintos.

Por essa razão, o Judiciário agirá na medida em que verificar a necessidade de, no âmbito do processo judicial, substituir a opção instrumental dos poderes políticos pela sua própria quando deixarem de atender aos comandos da Constituição, especialmente quanto às políticas públicas prioritárias nela contidas.

Assim, presentes alguns elementos em relação aos quais o Poder Judiciário se mostre apto a tomar a melhor decisão, a sua atuação deverá ser tanto mais proativa quanto seja necessário para proteção, v.g., do mínimo existencial, dos direitos das minorias e de algumas normas constitucionais específicas. Retomaremos a esse ponto adiante.

De fato, é válida a observação de que circunstâncias há que demandam um comportamento expansivo do Poder Judiciário. É de tais circunstâncias que nos ocuparemos no próximo tópico.

3.2 Capacidades institucionais do Poder Judiciário para tomar a melhor decisão em matéria de políticas públicas

Se, como se viu, há circunstâncias que demandam uma atuação mais formalista do Poder Judiciário, há outras, porém, diante das quais os juízes deverão atuar de forma proativa. São casos em que o desenho institucional do Poder Judiciário, quando comparado ao dos órgãos políticos, atribui-lhe maior aptidão para tomar a decisão mais correta ao caso concreto. Este trabalho apresentará, de forma breve, três dessas circunstâncias: efetividade do mínimo existencial; salvaguarda dos di-

reitos fundamentais de minorias; e aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação.

3.2.1 Mínimo existencial

A doutrina nacional e estrangeira tem se esforçado para definir o conteúdo de um conjunto mínimo de prestações essenciais para que os indivíduos tenham uma vida digna e possam participar, de forma adequada, do processo político democrático, conhecido como mínimo existencial. Muito embora existam profundas divergências quanto às prestações que o integram, há relativo consenso sobre o papel que o mínimo existencial deve exercer no contexto de um Estado Democrático que preze pela promoção da dignidade humana: de um lado, garantir as condições mínimas de vida digna e, de outro, a possibilidade real e efetiva de participação na esfera pública de deliberação (BARCELLOS, 2011). Parece indubitável que um indivíduo a quem não se assegurem condições mínimas de dignidade não terá possibilidades reais de intervir e de participar, em igualdade de condições, no ambiente democrático da sociedade em que está inserido.

Portanto, qualquer que seja a concepção que se adote sobre o conteúdo do mínimo existencial, isto é, sobre os direitos prestacionais que compõem a sua estrutura, certo é que o Poder Judiciário estará autorizado a controlar a observância, pelos demais poderes da República e, inclusive no que se refere às políticas públicas, do mínimo existencial enquanto garantia fundamental do indivíduo (SOUZA NETO, 2009). Tendo em vista a tutela das condições materiais de vida digna, essenciais

para o bom funcionamento da democracia, não se poderá falar em deficit democrático e de ausência de expertise do Poder Judiciário em matéria orçamentária, já que a ausência de intervenção judicial em defesa do mínimo existencial traria prejuízos à própria democracia (CYRINO, 2010).

Em suma: o Poder Judiciário tem plenas condições institucionais de determinar que se assegure o mínimo existencial de cada indivíduo, nos planos individual e coletivo, como condição essencial para a participação isonômica dos indivíduos no processo político.

3.2.2 Direitos fundamentais das minorias

O Poder Judiciário também estará autorizado a controlar aspectos financeiros das políticas públicas quando a efetividade de direitos fundamentais das minorias excluídas do processo político estiver em jogo.

Trata-se de premissa que leva em consideração não apenas o fato de que os direitos fundamentais servem como trunfos contra a maioria – sua função contramajoritária –, mas também de que são reduzidas as reais possibilidades de as minorias influenciarem o processo deliberativo democrático de forma a que sejam atendidos os seus interesses.

A intervenção judicial se justifica uma vez que as minorias não tenham tido a oportunidade de manifestarem suas opiniões e verem atendidos os seus interesses fundamentais pelo processo político majoritário. Em outros termos, o Judiciário deve agir de maneira mais proativa para garantir que os direitos fundamentais das minorias excluídas sejam respeitados pelo Poder Público, sob pena de se relegar a efetividade desses direitos

à deliberação de uma maioria eventualmente insensível às demandas de grupos sociais minoritários (SARMENTO, 2009).

3.2.3 Investimentos mínimos em saúde e educação

A Constituição Federal de 1988 não apenas se preocupou em enunciar determinados direitos sociais prestacionais aos indivíduos. Verificando a importância material dos direitos fundamentais a prestações de saúde e de educação, o legislador constituinte estabeleceu uma série de percentuais de investimentos anuais mínimos em serviços de saúde e educação, aferíveis a partir de determinados parâmetros da arrecadação.

A verificação pelo Judiciário do cumprimento dessas normas constitucionais não exige dos magistrados conhecimentos especializados. Também não há que se falar em limitação antidemocrática da liberdade de conformação do legislador ordinário, já que a própria Constituição Federal preestabeleceu, de forma objetiva, o quantitativo mínimo de investimento em saúde e educação (BARCELLOS, 2011). Sendo assim, o Poder Judiciário tem ampla capacidade institucional de exercer o controle jurisdicional de aspectos orçamentários de políticas públicas para assegurar o cumprimento das normas constitucionais que fixam os patamares mínimos de investimentos em serviços de saúde e educação, podendo, inclusive, determinar a adequação do orçamento às disposições da Lei Maior (FONTE, 2015).

4 A MITIGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581

No dia 13 de agosto de 2015, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, que o Poder Executivo, ao exercer o seu múnus, não pode ignorar os preceitos da Constituição sob o argumento das limitações orçamentárias e da reserva do possível. Concluíram os ministros que o Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a obrigação de realizar obras de reforma e melhorias em presídios para garantir a dignidade da pessoa humana e o respeito à integridade física e moral dos detentos.

Neste julgamento, a partir do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, firmou-se a tese de que:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Assim, neste importante precedente, o STF afastou categoricamente os tradicionais argumentos da reserva do possível e da violação ao princípio da separação de poderes, ou seja, de que não havendo dotação orçamentária específica para realizar determinada atividade (no caso concreto, para reformar um presídio), a Administração não estaria obrigada a implantar aquela política pública por ordem judicial, e também a de que

haveria violação ao princípio da separação dos poderes, já que a implantação de políticas públicas deve ser ato de iniciativa do Executivo e não do Judiciário.

O relator afirmou que “aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”, e citou o julgado na ADPF 45-MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, onde consignava que não pode o Judiciário omitir-se

[...] se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou que

[...] o Judiciário tem legitimidade de intervir para superar um estado crônico de omissão do Executivo nessa matéria.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello manifestou-se no sentido de que se trata de política pública constitucional, o que atrai, por si só, a competência do Judiciário, não havendo qualquer excesso ou usurpação de competências, concluindo:

Esse chavão de que não cabe ao Judiciário imiscuir-se em se tratando de política pública, porque seria um ato discricionário, não cola.

Por fim, em breve será julgada a ADPF nº 347, de relato-

ria do Ministro Marco Aurélio Mello, em que se pretende ver reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário, e o STF poderá consolidar de vez esta posição proativa da Corte Suprema diante das reiteradas omissões do Estado brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Em decorrência da judicialização das políticas públicas – especialmente nas áreas da saúde, educação e sistema prisional –, fenômeno que se estende por mais de 15 anos em nosso país, assistimos ao Poder Judiciário protagonizar um papel que até então cabia tradicionalmente à Administração Pública.

Ocorre que esta expansão da atuação do Poder Judiciário suscita, dentre outros, o questionamento da separação de poderes (art. 2º, CF88) a partir do debate dos limites do exercício da atividade jurisdicional dentro de uma seara de competência típica do Poder Executivo – a definição e implementação das políticas públicas –, agente político legitimado pela escolha do cidadão através do processo eletivo próprio.

A teoria das capacidades institucionais, que joga luzes sobre aquela instituição dotada de maior capacidade para interpretar um texto normativo, a fim de melhor concretizar um direito, permite a superação de tais questionamentos, mormente se estivermos diante de um ambiente ou circunstância que demande ao Poder Judiciário proporcionar maior efetividade da Constituição.

Como visto, o julgamento pelo STF do RE nº 592.581 aponta para esta direção, demonstrando a superação de argumentos como a reserva do possível e a suposta violação ao prin-

cípio da separação dos poderes.

Se, por um lado, este cenário já é de grande avanço, por outro, devemos reconhecer que não basta reagir corretivamente. Devem-se buscar meios para, preventivamente, conferir aos cidadãos os direitos que a Carta Maior lhes assegura.

É necessário evoluirmos nesta seara e tornarmos tais políticas públicas – dos direitos fundamentais e sociais – como prioritárias e obrigatórias, tanto no momento da elaboração dos orçamentos, como para a sua execução impositiva e vinculada pelo administrador público, superando a anacrônica ideia de que se trata de escolhas políticas e discricionárias do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

_____. Políticas públicas e o seu controle judicial na área de saúde: uma crítica à reserva do possível no Brasil. In: ABRAHAM, M. et al. (Org.) **Estado fiscal e tributação**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

ACKERMAN, B. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARGUELHES, W. D.; LEAL, F. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2o5cWFn>> Acesso em: 23 jun. 2015.

BADIN, A. S. **Controle judicial das políticas públicas**: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul./set. 2006.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rf-duerj/article/view/1794/2297>> . Acesso em: 27 jul. 2015

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 63, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2mQO17u>> Acesso em: 27 jul. 2015.

BRUM, G. V. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do stf**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Supremo tribunal federal, política e democracia**. Disponível em: <<http://bit.ly/2mtoQfG>> . Acesso em: 30 jul. 2015.

CAPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CYRINO, A. R. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição Econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PRZEWORSKI, A. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. Tradução Vera Pereira e revisão Argelina Cheibub Figueiredo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 32, 1996.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, D. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, C. P. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 156, 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1OhQDI4>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZIMMERMANN, A. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.