

DESAFIOS À JURISDIÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia

CHALLENGES IN THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: What can we learn from the Colombian experimentation?

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE¹

Resumo:

A consolidação da possibilidade em tese do controle judicial de políticas públicas a partir da jurisprudência do STF exponenciou as demandas em que o reclamo da proteção a direito fundamental se apresenta associado à censura quanto à inexistência ou ineficácia de políticas públicas em curso. A compreensão sobre o que sejam políticas públicas – seu conceito e atributos – é uma premissa ainda não inteiramente desenvolvida pela comunidade jurídica, e por isso, não se tem por bem apresentada nas decisões judiciais que afirmam prover o seu controle. A par disso, as ferramentas processuais tradicionais não se revelam inteiramente adequadas à tarefa, o que conduz por vezes a decisões que não são providas dos atributos necessários a garantir sua efetividade. A Corte Constitucional Colombiana tem estado engajada num esforço criativo de desenvolvimento de um controle judicial apto a promover a progressão no que diz respeito aos direitos fundamentais e às políticas públicas que os materializam. Entender essas características desenvolvidas pela Corte Constitucional Colombiana pode prover interessantes sugestões no sentido de aumentar o potencial de realização de um controle judicial de políticas públicas que efetivamente conduza à implementação progressiva das aspirações constitucionais no campo da proteção a direitos fundamentais.

Palavras-chave: controle judicial – políticas públicas – jurisdição estruturante

Abstract:

The assertion by the Supreme Court that public policies might be judicially scrutinized has generated an exponential growing in lawsuits in which fundamental rights protection is required, combined with the claim of the absence or inefficacy of public policies in the matter. The understanding of public policies, its concept and attributes, is a premise that was not entirely developed in the legal community – therefore, is not well presented in the rulings that claim to provide its control. Aside that, procedural traditional tools are not entirely adequate to the task, which leads sometimes to rulings that are not provided with the necessary effectiveness. The Colombian Constitutional Court have been engaged in a very creative effort to develop a judicial scrutiny able to promote progressiveness when it comes to fundamental rights and the public policies that enforce them. Understanding those features developed by the Colombian Constitutional Court might provide some interesting insights to increase the possibilities in delivering a judicial control of public

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, vinculada à linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV-Rio; Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

policies that leads to progressive realization of the constitutional aspirations related with fundamental rights.

Key-words: judicial control – public policies – structural injunctions

1. JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No cenário jurídico brasileiro, constitui verdadeiro truísmo afirmar as transformações decorrentes do Estado Pós-Moderno, associadas especialmente aos compromissos finalísticos conferidos pela Carta de 1988². A ideia-força da centralidade da pessoa, desdobrada no elenco de direitos fundamentais que se espraiam por todo o Texto Fundamental envolve, a partir da lógica de sua dimensão objetiva, um amplo leque de atribuições a serem desenvolvidas pelo Estado. Tal reequacionamento do papel do Poder na materialização do projeto de transformação preconizado pela Constituição-Cidadã se tem por hoje internalizado no imaginário não só dos profissionais do Direito, como também quando menos, de uma parte mais esclarecida da sociedade³. Este quadro de popularização quanto à existência e disponibilidade do conjunto de garantias constitucionais se viu em muito favorecido pela rede de instituições vocacionadas ao exercício do controle do poder e à veiculação dos interesses da sociedade, que progressivamente se apoderaram deste seu papel constitucionalmente assinalado⁴. Disso tudo resultou o fenômeno sobejamente

² É de Chevallier o destaque de que uma nova base de valores para o Estado é uma das manifestações dessa estágio pós-moderno, orientada a partir de uma “ética da globalização” que revaloriza a dimensão social, que havia passado ao segundo plano sob a dominação de valores liberais (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 40. Traduzido de *L'Etat post-moderne*.)

³ A ascensão de uma cidadania proativa, que ocupa um espaço maior no cenário de decisões acerca da coisa pública, materializando uma democracia substantiva onde seus integrantes não mais ocupam a posição de súditos, mas sim de “cidadãos de Estados presentes e prestantes” é mais uma das manifestações apontadas por Moreira Neto desse novo estágio denominado pós-modernidade (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. O Direito Administrativo em tempos de globalização. *In memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 69).

⁴ O desenho institucional traçado pela Constituição, pleno de instâncias destinadas à viabilização do exercício do controle do poder (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia de Estado, Tribunais de Contas, etc.) integrava, na lição de Werneck Vianna, o binômio sobre o qual se apoiava o projeto de mudança capitaneado pelas forças progressistas no processo constituinte (WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. *in* R. G. Oliven et alii (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008). A lógica era de que o elenco de direitos

conhecido da judicialização dos direitos fundamentais – notadamente aqueles de cariz socioeconômico.

De outro lado, fato é que a garantia de prestações ou serviços públicos associados a direitos fundamentais de segunda dimensão é atividade que só se desenvolve de forma compatível com o signo de generalidade e uniformidade que lhe são próprios por intermédio do desenvolvimento pelo ente federado destinatário da competência específica, de uma política pública, também ela adequada. Essa a razão, em brevíssimas linhas, pela qual o litígio em torno das políticas públicas exigidas do Executivo chegou ao Judiciário⁵, na trilha de demandas em que a não assecuração de direito fundamental se tinha por associada à inércia ou ineficiência do Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais.

Superada uma primeira fase de negação da sindicabilidade das escolhas públicas quanto às suas estratégias de ação no sentido da garantia de direitos fundamentais⁶; assentou-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal a tese da viabilidade, ainda que excepcional, do controle judicial de políticas públicas. Assim é que, desde o precedente mais conhecido, da lavra do Min. Celso de Mello, em que o crivo judicial se afirmou possível na violação ao direito constitucionalmente assegurado à creche e pré-escola⁷; o Supremo Tribunal Federal tem ratificado essa orientação original em diversos temas. A título meramente ilustrativo, só no ano de 2014, identificam-se precedentes da Corte Constitucional afirmando a exigibilidade de política pública (e a possibilidade de

fundamentais traçasse a pauta de prioridades políticas, que se descumpridas, seriam resgatadas pelo exercício do controle institucionalizado do poder.

⁵ É certo que se pode identificar ainda o manejo de demandas destinadas também à superação de omissão legislativa no que toca ao desenho de políticas públicas, especialmente a partir da virada interpretativa empreendida pelo Supremo Tribunal Federal no que toca às potencialidades do mandado de injunção. O foco principal do presente trabalho, todavia, recai sobre o controle judicial de políticas públicas direcionado especificamente a Executivo.

⁶ A tese da imunidade da esfera discricionária da Administração Pública – e portanto, das escolhas públicas no que toca aos programas de ação estatal – se viu desprestigiada a partir do reconhecimento de que os compromissos finalísticos do Poder enunciados nos arts. 1º, 3º, 5º a 7º da Constituição de 1988, e todos os demais enunciadores de direitos fundamentais revelavam-se aptos a delimitar quando menos uma zona de certeza negativa, um padrão de reprovabilidade da ação do Estado que caminhasse no sentido contrário ao cumprimento de seus deveres de agir.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

seu controle) orientada à proteção de pessoas com deficiência⁸; à preservação de instituição de ensino⁹; ao desenvolvimento das medidas atinentes à segurança pública¹⁰; à garantia de assistência judiciária gratuita¹¹; à proteção ao meio ambiente¹² - além das muitas hipóteses em que se reafirmou a jurisprudência já assentada no que toca à justiciabilidade do direito à saúde. Esse elenco de temas, e número de incidências será multiplicado *ad infinitum* se o olhar se dirigir igualmente às demandas em curso em todos os demais órgãos integrantes da estrutura judiciária nacional, onde a existência e eficácia de uma política pública se apresenta como prejudicial lógica.

A rotinização das demandas e a reafirmação da viabilidade do controle judicial das políticas públicas oferecem àquele que se aproxima inicialmente do tema, a falsa sensação de que o equacionamento jurídico da matéria já se tem por inteiramente empreendido: a Constituição assegura direitos, exige políticas públicas¹³, e elas são sindicáveis pelo Poder Judiciário caso se revelem inexistentes, ineficazes ou inadequadas a qualquer título. Nada mais equivocado, todavia, do que essa primeira impressão.

Pelo menos duas dificuldades se pode apontar que desconstroem a falsa sensação de que o controle judicial de políticas públicas seja tema já equacionado, ao menos em sua maior porção. A primeira delas envolve incorporar efetivamente a noção do que seja política pública – conceito formado

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 769977 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 761127 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 768825 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 739151 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 658171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014.

¹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e auto-vinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, v. 82, p. 7-19, 2007.

no campo da ciência da administração, indispensável para delinear uma prestação jurisdicional que supostamente se destine a escoimar daquela, vícios que a tornam incompatível com a Constituição. A segunda dificuldade reside na identificação do tipo de prestação jurisdicional que, em sede de controle de políticas públicas, revele-se eficaz a promover o seu aperfeiçoamento – e não uma simples afirmação retórica da exigibilidade do direito fundamental que seria por ela reverenciado. Dois são os desdobramentos da referida problemática mais próximos ao domínio do processo que vale aqui destacar para prevenir o retrocesso no grau de efetividade constitucional. O primeiro deles, evitar a superveniência de título judicial ilíquido ou inexecutável. O segundo risco está em se desenhar decisão que, cunhada sob a inspiração da formação clássica dos profissionais do direito, seja urdida a partir da perspectiva do conflito individual, localizado no tempo e estável quanto a seus elementos determinantes.

Dedica-se o presente texto em sua parte 2, a uma delimitação mais clara do que se tenha por política pública, para na sequência, explorar a experiência desenvolvida na Colômbia no que toca a esse mesmo tipo de atividade. Como se sabe, o texto constitucional colombiano é contemporâneo ao brasileiro – data de 1991 – e teve forte inspiração na Constituição-Cidadã. De outro lado, há indiscutíveis elementos de contato entre os dois países latino-americanos, quando menos sob a perspectiva do imperativo de superação de um quadro sensível de exclusão social, o que já torna útil o intercâmbio de conhecimentos. Finalmente, é de se destacar que o caráter precursor da Corte Constitucional da Colômbia na proteção aos direitos fundamentais em terras latino-americanas é objeto de referência no cenário internacional¹⁴, ladeado pela igualmente prestigiada experiência da África do Sul.

Na parte 3, sintetiza-se opções estratégicas desenvolvidas pela Corte Colombiana no rumo do incremento de efetividade dos direitos fundamentais –

¹⁴ NAGLE, Luz Estella. Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court, 6 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 59 (1995-1996); LANDAU, David. The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America, 37 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 687 (2005); SCHOR, Miguel An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 16: Iss. 1, Article 6. (2009), disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss1/6>, acesso em 30 de janeiro de 2015; MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the Global South*. The activists tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia*. 1. ed. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015. v. 1. 68p.

e por via de consequência, de fortalecimento de suas próprias decisões. O principal objetivo é contribuir para a superação de um déficit doutrinário bem apontado por Garavito¹⁵, segundo o qual a atenção se tem voltado, quando se cuida de direitos sociais, quase que exclusivamente à fase de elaboração das sentenças, criando-se um “ponto cego” para a prática da execução, e a análise dos seus resultados.

A curva ascendente da judicialização de políticas públicas é tendência que não apresenta (ainda) sinais de reversão próxima. O Supremo Tribunal Federal, de sua parte, escudado pela cláusula de proteção de não revolvimento da matéria de fato, pronuncia o dever de agir do Judiciário e da Administração – mas não explicita as medidas a serem concretamente desenvolvidas, o que se devolve ao Juízo de origem para construção e monitoramento. Nesse quadro, o aprendizado recíproco entre Cortes, no exercício da comparação e e cooperação constitucional que Zagrebelsky apontava como o atributo do juiz constitucional do século XXI¹⁶, se põe como relevante ferramenta para o exercício da jurisdição.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO E DESAFIOS À SUA SINDICABILIDADE JUDICIAL

A incorporação do conceito de políticas públicas à administração pública enquanto ciência autônoma é em si, fenômeno relativamente recente – associado muitas vezes, ao trabalho precursor de Lerner e Lassweel datado de 1951¹⁷. No campo do direito brasileiro, uma pesquisa simples à base de dados do Supremo Tribunal Federal apontará que a primeira decisão que contempla a expressão em sua ementa – indicativo portanto de que o conceito foi em si utilizado na decisão – data de 2003, com o então Ministro Maurício Corrêa afirmando em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a

¹⁵ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 14 (diciembre de 2013), p. 2.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 10 (2008): 249-268.

¹⁷ LERNER, Daniel e LASSWELL, Harold Dwight. *The policy sciences*. USA: Stanford University Press, 195.

conveniência da preservação da norma impugnada pertinente à materialização de política pública de supervisão de plano de saúde privado¹⁸.

A expressão “políticas públicas” vai se vulgarizar no cotidiano forense brasileiro, na esteira da acima indicada ascensão da curva de judicialização da vida, associada à busca da efetividade dos direitos fundamentais assegurados na Carta de 1988. Todavia, embora a locução se tenha hoje por reiteradamente referida nos acórdãos em todos os níveis, o conceito em si do que seja política pública e de seus atributos resta ainda enevoado. A transposição da categoria, da administração pública enquanto ciência autônoma para a seara do direito se deu sem o aporte de boa parte do acervo teórico já desenvolvido naquela primeira seara – o que empobrece a rigor, a compreensão do fenômeno em si que se esteja controlando em sede judiciária.

2.1 Políticas públicas e seu caráter instrumental à consecução de objetivos específicos

Partindo-se de um conceito de caráter mais genérico de política pública como um “programa de ação governamental visando realizar objetivos determinados”¹⁹, já se pode identificar o seu caráter instrumental à concretização dos objetivos constitucionais, eis que a orientação finalística apresenta-se como elemento essencial. Numa enunciação mais coloquial, mas por isso mesmo, elucidativa, Dye²⁰ afirmará que a análise de políticas públicas permite investigar o que o governo faz, porque faz, e o que traz de mudança. Contudo, impõe-se compreender melhor qual seja a finalidade em si que se está a tutelar quando se cogita de controle judicial de política pública – e a relação íntima que esse

¹⁸ Interessante observar que a ementa mesmo do julgado associa a política pública expressa pela lei controlada, à materialização de uma norma constitucional que se teria ainda por programática. Mais ainda, vale consignar que essa primeira aproximação prestigiando à política pública existente revelou uma conclusão deferente para com a escolha legislativa, numa lógica de que na moldura constitucional brasileira, o desenho em si da política pública efetivamente é matéria do domínio das escolhas públicas havidas no campo deliberativo e executivo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266).

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito in ____ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 1-49.

²⁰ DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 10th ed. Upper Sadle River (NJ): Prentice Hall, 2002, p. 1.

elemento teleológico tem com o conteúdo em si da decisão judicial que se venha a proferir.

Vale aqui o recurso à distinção empreendida por Dworkin²¹ entre política (*policies*) e princípios. Política (*policy*) – afirma o autor americano – é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Já o princípio traduz-se igualmente num padrão desejável, não porque orientado àquele mesmo resultado, e sim porque “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Em decorrência disso, e é ainda Dworkin quem o sustenta²², os argumentos de política justificam uma decisão desse mesmo cariz (político) mostrando que ela fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão (política) “mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. A distinção é sutil, mas nem por isso menos relevante.

É certo que os objetivos a serem alcançados pelo Estado – aqueles que orientam a política pública – estão recortados pela indispensável compatibilidade com a ordem constitucional e os compromissos finalísticos nela contidos. Mas não é menos certo que o balanceamento entre esses mesmos propósitos, e as inúmeras alternativas de ação para o seu alcance está aberto à escolha do administrador público. A aptidão para gerar o resultado positivo para a coletividade é por si só signo legitimador da decisão no campo das políticas públicas. Não obstante isso, é possível que na perspectiva da aplicação em si desta mesma política pública, ela se revele violadora de eventual direito individual ou de uma coletividade – não necessariamente daquele(s) que se punha(m) como a destinatário(s) original(is) da política pública, mas um ou mais cidadãos que, por um efeito reflexo, previsível ou não, tenham sua esfera individual de direitos atingida.

A importância desta distinção está em se identificar que uma política pública pode a rigor ser correta na sua concepção e aplicação, enquanto

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Traduzido de *Taking rights seriously*.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129. Traduzido de *Taking rights seriously*.

programa de ação estatal, eis que apta a determinar um resultado constitucionalmente desejado ou mesmo exigido do Estado. Não obstante isso, essa mesma política pode se revelar inadequada na sua aplicação tendo em conta uma particular esfera individual ou mesmo coletiva de direitos. E quando assim o seja, a decisão que empreende à proteção desse direito se dá, não num juízo de correção em si da política pública (que em tese é adequada) mas a partir de um imperativo de proteção a um direito cuja violação se identifica a partir de argumentos de princípio.

Essa distinção será particularmente relevante no campo do direito processual, porque o conteúdo da decisão que traduz controle da política pública em abstrato, ou de seus problemas de aplicação numa esfera específica de direitos será substantivamente distinto, seja no que toca aos limites objetivos, seja subjetivos da coisa julgada.

O controle da política pública em si envolve um juízo de reprovação do padrão de comportamento eleito pela Administração Pública, no todo ou em parte de seus aspectos. Isso terá por consequência uma redefinição desse mesmo curso de ação, com os consectários a ele inerentes, inclusive no que toca a realocação de recursos materiais, humanos e financeiros. A redefinição do padrão de comportamento em abstrato da Administração Pública tem ainda reflexos no que toca às relações de interdependência das diversas políticas públicas em curso. A decisão judicial que efetivamente censura uma política pública em desenvolvimento tem efeitos estruturantes – efeitos esses que devem ser cogitados no seu processo de formação. Mais ainda, a determinação judicial que tem intervenção estruturante, para que se revele verdadeiramente eficaz, deve ir além do simples juízo de reprovação do que se vem desenvolvendo na política pública censurada; apontando ainda, se não precisamente o curso de ação que se tem por desejável, quando menos parâmetros que a Administração Pública deve ter em conta na formulação da nova política pública que virá a reger a matéria.

Já a tutela de direito envolve simplesmente a determinação da outorga em favor de um determinado jurisdicionado, do bem ou serviço que traduza a proteção àquele mesmo direito violado. Nesta hipótese, não é determinante, a rigor, a aferição quanto ao acerto ou desacerto da política pública em si, eis que ainda que adequada e eficiente na perspectiva macro o programa de ação

estatal, o que se está a tutelar e a lesão a direito fundamental apontada pelo demandante. O conteúdo e amplitude de cada qual das decisões se revela portanto substantivamente distinto; da mesma maneira, a motivação das decisões será necessariamente diferenciada.

Na primeira hipótese – controle de política pública –; é preciso declinar ou a incompatibilidade entre o objetivo por ela reverenciado e as determinações constitucionais, ou ainda a evidente inaptidão material do padrão de comportamento adotado a gerar esse mesmo desiderato. Nesta última hipótese em particular (onde se censura o programa de ação estatal), a matéria de fato será de extrema relevância, eis que se estará a cuidar de uma circunstância inteiramente objetiva, factual, que demonstra, ou a inexistência do programa de ação, ou a sua incapacidade de gerar os efeitos concretos reclamados pela Constituição; incapacidade essa que jamais poderia ser presumida à vista da principiologia que rege à Administração Pública. As estratégias de atuação do Estado *lato sensu* mudam com o tempo, e por várias razões; disso decorre que a intervenção judicial só se revelará útil se tiver em conta, no momento de sua materialização, não a realidade pretérita – mas a realidade fática sobre a qual esta decisão incidirá. De outro lado, os macro-efeitos possíveis desta mesma decisão apresentam-se igualmente como um relevante elemento a ser considerado na hipótese, eis que a censura a um programa de ação estatal em abstrato não se circunscreve a uma situação individual.

Já na garantia de direito subjetivo, que não se veja suficientemente protegido pela política pública, a cogitação se restringe aos efeitos daquele mesmo programa de ação estatal na esfera de direitos dos jurisdicionados. A decisão de procedência numa demanda deste tipo pode inclusive não expressar, a rigor, qualquer censura à política pública em si, mas sim à falha do serviço que não assegurou ao demandante (eventualmente destinatário natural mesmo do serviço contemplado pelo programa de ação estatal) a prestação que lhe era devida.

É de se ter em conta, de outro lado, que se nessa hipótese se está empreendendo a um debate em torno de argumentos de princípios, e que estes não de ter em conta, na concepção de Dworkin acima declinada, não só a partir de uma exigência de justiça; mas da conjugação entre justiça e equidade. Isso se destaca porque em tempos de demandas de massa, não é incomum a

multiplicação em proporções geométricas de postulações fundadas em suposta violação a direito fundamental – e estas, embora não envolvam diretamente a censura em abstrato ao programa de ação estatal em curso naquela temática, devem ser equacionadas a partir de uma perspectiva de coerência interna das decisões. A equidade no trato das demandas, ainda que individuais, no campo de direitos fundamentais protegidos por políticas públicas, é um imperativo de igualdade, e ainda um traço necessário tendo em conta uma compreensão mais ampla de segurança jurídica.

Finalmente, seja no controle da política pública em abstrato; seja no enfrentamento das demandas que envolvam questões de princípio projetadas na esfera individual de direitos, é de se ter em conta que no campo das políticas públicas, muitas vezes a escolha de determinados padrões de conduta e planos de governo importa na prática de *trade off* – para a oferta de “A”, exclui-se a garantia de “B”. E soa igualmente violador à juridicidade, a violação à equidade traduzida na outorga em favor de um só, de bem ou serviço que aos demais seja negado; ou em detrimento da entrega do mesmo bem ou serviço a outro segmento da mesma coletividade em igualdade de condições²³.

2.2 – Políticas públicas, multilateralidade e dinâmica

Segundo elemento integrante do acervo de conhecimento no campo das políticas públicas que não se teve propriamente por absorvido na sua transposição para o domínio do direito – especialmente para o campo do controle jurisdicional – é o traço de dinâmica que marca todo o seu processo de concepção e implementação.

²³ No tema, Barroso já advertia, aludindo especificamente aos conflitos envolvendo a proteção ao direito à saúde, que não se tem uma contraposição perversa entre Estado-Leviatã e cidadão oprimido; entre discricionariedade e proteção a direito fundamental. Controvérsias no campo da saúde muitas vezes envolvem puramente um juízo de conflito entre direitos fundamentais – o do jurisdicionado que postula tratamento experimental, medicamento de alto custo ou outras prestações que tais, e o dos demais cidadãos que restarão em alguma medida prejudicados na proteção a esse mesmo direito à saúde pela prioridade que se estabeleceu pela decisão em favor do primeiro. (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *in* _____. *Temas de direito constitucional* Tomo 4, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-255).

Retomada a dimensão conceitual, Salisbury²⁴ associa à noção de políticas públicas o caráter de ação calculada orientada a determinados objetivos – não muito distante da proposição de Dworkin acima referida²⁵. É certo que a enunciação dessa mesma ação (que é estatal) reveste-se de autoridade, mas não se pode conceber seja uma decisão puramente isolada dos agentes públicos, já que se cuida de programa de agir direcionado à consecução de resultados identificados como desejados pela coletividade na etapa que, na teoria das políticas públicas, se denomina formação da agenda – que nada mais é do que eleição das prioridades. A decisão em torno de uma política pública revestir-se-á portanto necessariamente de uma multilateralidade, seja no que toca aos seus agentes de elaboração e execução, seja no que toca a seus destinatários. A par disso, ela é de incorporar necessariamente uma ideia de continuidade – já que o alcance dos resultados originalmente desenhados é fruto de um processo, e não de uma aplicação instantânea de um padrão de comportamento.

Tomemos por exemplo uma política pública no campo da proteção ao menor. Ela deve envolver agentes públicos, à vista dos deveres estatais consignados pelo art. 227, *caput* CF – mas também, e por força desse mesmo preceito constitucional envolverá à família e à sociedade; o que já revela a pré-falada multilateralidade. De outro lado, proteção à infância é um resultado que não se pode apurar instantaneamente; este é um desiderato da Carta de 1988 que envolve um estado geral e permanente a se alcançar em favor desse mesmo segmento de vulneráveis.

Feita a ilustração, tem-se por claro que política pública é algo que, para manter sua aptidão à geração dos resultados pretendidos, deve necessariamente se revestir de um dinamismo, de uma resiliência para adaptar-se às novas condições da realidade sobre a qual incide, e manter sua aptidão para alcançar os resultados almejados.

²⁴ SALISBURY, Robert H. The analysis of public policy. A search for theories and roles. *in* THEODOULOU, Stella Z. e CAHN, Matthew A. *Public policy. The essential readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, 34-37.

²⁵ Ver notas 21 e 22 acima.

Este é um ponto sensível no reencontro das políticas pública com o direito²⁶, exatamente pela circunstância de que, enquanto este último é a ciência da estabilidade, aquela primeira é o domínio da mudança. No direito, a matriz mais incipiente de pensamento milita no sentido da estática, da previsibilidade das condutas e das consequências; isso é o que se busca com o ordenamento, e quando a isso se alcança se diz gozar aquele arranjo de segurança jurídica²⁷. Já no âmbito das políticas públicas, a investigação é de ser permanentemente no sentido da necessidade ou utilidade de mudanças, adaptações nos programas de ação, que podem rapidamente perder sua aptidão para oferecer resposta às necessidades cotidianas da coletividade – e portanto, o signo predominantes é o da dinâmica.

Observe-se que formulação de política pública não é ciência exata. Para um determinado conjunto de problemas que integre a agenda de prioridades jurídicas ou políticas, elege-se um padrão de conduta que, a partir das informações disponíveis, imagina-se assegurará o resultado desejado. Tudo isso, no puro terreno da prognose, que pode se confirmar pela realidade, ou ao revés, pode ser por ela mesma infirmada ou aperfeiçoada. Existe portanto um certo grau de experimentalismo na formulação de políticas públicas – o que não é em si um mal; é decorrência direta do caráter contingente dos próprios fenômenos sobre os quais ela incide e que a ela cercam.

A par disso, a realidade que uma determinada política pública tem por objetivo intervir é por si volátil – e isso pode deitar efeitos imediatos sobre o planejamento da ação estatal. Uma vez mais, a necessidade da revisão do programa de agir pode se colocar, não porque ele fosse viciado de início, mas porque alteraram-se as condições do cenário sobre o qual ele incide.

Transposta para o campo do processo, essa tensão entre direito e política pública se põe em grau máximo. Se uma demanda se tem aforada tendo por objeto uma determinada política pública em seu sentido puro – o programa de

²⁶ Sobre o tema, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Prefácio: Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 69-83.

²⁷ É certo que a estática como atributo indissociável do direito é compreensão que cada vez mais se tem mitigado, ante as insuperáveis lições da realidade da vida. Assim, mesmo no campo do processo civil, já de há muito o dogma da coisa julgada e de sua imutabilidade se tem cada vez mais temperado – mas sempre a partir de uma perspectiva de exceção, que como toda exceção, serve para confirmar a regra. No campo das políticas públicas, ao revés, a mutabilidade é a regra, a dinâmica da ação estatal é o padrão, e a estática, a exceção.

ação concebido por ente federado para o cumprimento de um determinado dever de agir constitucionalmente assinalado –; a realidade que é prescrutada na demanda pode se alterar (e certamente se alterará) por diversas vezes ao longo de todo o processado, e por diversas razões. Assim, conceitos tradicionais e tão caros à lógica do processo civil, como a preclusão da fase instrutória, podem resultar num absoluto distanciamento entre a decisão judicial e a realidade fática sobre a qual ela irá incidir. O experimentalismo que acima se disse é possível (se não desejável) no campo das políticas públicas, não se coaduna em princípio com os rigores da concepção mais tradicional de jurisdição, que tem por objetivo “pôr fim ao conflito de interesses”. Essa é uma ideia que atrai a lógica da solução definitiva, de uma única alternativa correta, que é a obrigação de fazer que se determinará por intermédio de um título judicial. Ocorre que a realidade, teimosamente, não se compadece dos cânones da preclusão, da imutabilidade da coisa julgada, e tantos outros ainda caros ao direito processual.

Um derradeiro elemento conceitual de política pública que impactará fortemente o seu crivo judicial, é a sua necessária multilateralidade. Assim, especialmente quando se cuida de reconfigurar uma política pública em abstrato, quem são os legitimados para apresentar, em substituição à deliberação administrativa, qual deve ser o novo padrão de ação?

Controle judicial de políticas públicas é algo que, no seu sentido técnico, exigirá necessariamente, inventiva no modo de prestar-se jurisdição – e eventualmente, reformulações na aproximação mesmo que se empreende judicialmente dos problemas. Nesse sentido revela-se útil a experiência desenvolvida na Colômbia, com algumas proposições cuja transposição para o cenário brasileiro pode auxiliar no enfrentamento de verdadeiros impasses que hoje se tem na sindicabilidade das políticas públicas. Esse é o tema que se passa a explorar.

3. Tutela judicial de direitos fundamentais na Colômbia: o que se pode aprender

A compreensão dos termos em que se verificou a consolidação da *judicial review* em terras colombianas é de ser antecedida do reconhecimento do papel consolidador do pacto de transição política que aquele Texto Fundamental materializava naquela realidade nacional. Vítima de um prolongado período de

violência interna decorrente da atuação de forças paramilitares, buscava a Colômbia a sedimentação de um novo pacto político por intermédio do novo texto constitucional, que procederia inclusive à reinclusão na vida nacional, de forças políticas antes alijadas no período de conflito armado mais severo. Ao mesmo tempo, a Carta Fundamental colombiana se endereçava ao enfrentamento dos problemas relacionados à exclusão social, decorrentes desse mesmo período de comoção interna²⁸.

A Corte Constitucional – na sua conformação anterior, onde se denominava ainda Superior Tribunal de Justiça – revelou-se peça-chave na viabilização da própria convocação da Assembleia Nacional Constituinte, assegurando por duas vezes o seu desenvolvimento (não obstante o país encontrar-se em estado de sítio) e a plena liberdade nos temas objeto de deliberação fundante. Disso resultou tenha o órgão de cúpula do Poder Judiciário ingressado na nova ordem institucional com indiscutível prestígio no que toca à sua condição de garantidor da democracia²⁹. Esse mesmo conceito favorável se viu preservado com o curso dos anos pela dedicação da Corte em impulsionar o desenvolvimento da inclinação aspiracional que a Constituição de 1991, com a ênfase no empoderamento aos direitos sociais³⁰.

Revestida a ordem jurídica colombiana da garantia consistente na *acción de tutela*³¹, que permite elevar-se a conhecimento da agora denominada Corte

²⁸ O Texto Fundamental da Colômbia se inicia com a afirmação em seu artigo 1º, de que este se constitua em “...un Estado social de derecho...”, o que por sua vez subordinará as futuras decisões judiciais neste mesmo tema, eis que o compromisso com a inclusão social se tem por expressamente afirmado.

²⁹ Para uma narrativa do período que antecedeu a Assembleia Constituinte colombiana que resultou na Carta de 1991, e das intervenções desenvolvidas pelo Superior Tribunal de Justiça, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVEA, Carina Barbosa. DIREITO À MORADIA NO BRASIL E NA COLÔMBIA: UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA EM FAVOR DE UM CONSTRUTIVISMO JUDICIAL. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 219-245.

³⁰ SAFFÓN, María Paula, and Mauricio García Villegas. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* nº 13.1 (2011): 75-107.

³¹ A *acción de tutela* se tem por expressa no art. 86 da Constituição da Colômbia, em capítulo destinado especificamente às garantias e proteção a direitos – “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

Constitucional da Colômbia³², as violações a direitos fundamentais por ato de autoridade, teve-se por forjado um ambiente normativo que forçosamente submetia àquele Colegiado o cenário de inobservância a compromissos sociais jusfundamentalizados. Foi esse ambiente de contato da Corte com as provocações originárias das ações de tutelas que determinou uma jurisprudência francamente inovadora e criativa no tema da proteção a esses mesmos direitos, e por via de consequência, do controle das políticas públicas.

Um derradeiro elemento é de se sublinhar, antes da análise do ferramental jurisdicional criado pela Corte Constitucional da Colômbia nos conflitos atinentes a políticas públicas. Diferentemente da solução brasileira – em que a todos os direitos fundamentais se conferiu o signo da eficácia imediata –; a Constituição da Colômbia contém preceito expresso em que se elencam aqueles direitos que se revestiriam desse mesmo atributo³³. Não obstante isso, a partir do direcionamento constitucional de que a Colômbia é um Estado Social de Direito, a Corte Constitucional rapidamente criou a chamada doutrina da conexão, segundo a qual um direito não contemplado expressamente com eficácia imediata, pode vir a se revestir desse mesmo atributo por força de sua relação de conexão com outro direito, este sim imediatamente exigível³⁴. Essa ampliação do espectro de direitos fundamentais revestidos de eficácia imediata – e portanto, exigíveis em sede judicial – contribuiu igualmente para o incremento da judicialização do tema na Colômbia, o que explica o terreno fértil para a construção jurisprudencial.

³² Ainda que a *acción de tutela* não seja um procedimento de competência originária da Corte Constitucional – em verdade, ela pode ser manejada em qualquer instância ou grau de jurisdição –; é o próprio Texto Fundamental quem determina a remessa da decisão nela proferida àquele órgão máximo de jurisdição constitucional, para sua eventual revisão – “*La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión*” (Constitucion Política de Colombia de 1991, art. 86).

³³ Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. (Constitucion Política de Colombia de 1991).

³⁴ “*Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial*”. (COLOMBIA Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón).

3.1. Distinção entre provimentos individuais e decisões estruturantes

Apontou-se no item 2 acima, a distinção que é de se estabelecer quando do controle judicial, entre demandas que envolvem a aferição da adequação em abstrato de uma determinada política pública, e aquela que traduz simplesmente uma lesão a direito individual ou mesmo coletivo, que se afirma decorrente da inexistência de uma política pública ou de sua ineficácia. Neste mesmo subitem 2 assinalou-se que as duas situações determinam padrões necessariamente distintos de aproximação pelo julgador, que no primeiro caso está a examinar a descrição em abstrato de conduta da Administração Pública, e na outra hipótese, afere a violação a direito individual.

Ilustrando com temática sobejamente conhecida da proteção ao direito fundamental à saúde, diversas são as demandas em que se objetiva o simples fornecimento de medicamento constante das listas SUS e que por qualquer razão não foram entregues ao litigante, daquela em que em sede de ação coletiva, se intenta regularizar a disponibilidade de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo no Estado do Ceará³⁵. Enquanto na primeira hipótese, o que se corrige pela via jurisdicional é a falha do serviço (que deveria ter entregue o medicamento contemplado na lista); na segunda hipótese discute-se a ausência de um programa de ação que contemple o atendimento ao número mínimo de Unidades de Tratamento Intensivo que é de se ter disponível na rede pública de saúde, segundo os critérios técnicos aplicáveis a esse tipo de mensuração.

Pois bem; a jurisprudência colombiana, reconhecendo as características totalmente distintas dos conflitos de que se cogita, e a diferenciação substantiva que é de se ter no provimento jurisdicional em cada qual das hipóteses, cunhou a categoria dos chamados provimentos estruturantes³⁶ – destinados exatamente

³⁵ A hipótese não é um exercício de abstração, e já foi objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional Brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 228, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 14/10/2008, publicado em DJE-199 DIVULG 20/10/2008 PUBLIC 21/10/2008).

³⁶ A cunhagem de provimentos estruturantes não é privilégio da Corte Constitucional colombiana; também a Índia tem desenvolvido suas experiências no tratamento estruturante de litígios atinentes à ineficácia de direitos fundamentais, valendo a referência, a título ilustrativo, do precedente deste mesmo cariz estabelecido na proteção ao direito fundamental à alimentação (INDIA. Constitutional Court. People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors. (2004; 12 SCC 108)).

ao enfrentamento de uma ausência de programa de ação³⁷, ou da ineficiência crônica das políticas públicas incidentes na área³⁸.

Precede a opção pela adoção de um provimento estruturante, o reconhecimento da existência de um “estado de coisas inconstitucional” – também essa uma relevante categoria desenhada pela Corte Constitucional. Tem-se por caracterizada a situação acima³⁹ quando é possível identificar uma massiva e sistemática violação a direitos, que se possa associar a deficiências do arranjo institucional do Estado ou por ele provido⁴⁰. Acresce a Corte Constitucional em sua decisão na Sentencia T-153/98, que o estado de coisas inconstitucional exige, além da generalidade acima já referida, que as causas da violação à Carta sejam estruturais, do que decorre que a raiz do problema não repousa necessariamente tão-só na autoridade demandada, e a solução exigirá, no mais das vezes, a ação conjunta de várias instâncias administrativas.

Interessante observar a clara identificação que a categoria cunhada pela Corte faz das relações de interconexão que um mesmo tema possa manter com vários órgãos ou agentes da Administração, na esteira do que se tem por claro no campo da teoria das políticas públicas – ações estatais nunca acontecem isoladamente consideradas, e sempre tem relações de interdependência e causalidade recíprocas

³⁷ O exemplo mais conhecido de provimento estruturante por ausência de programa de ação é aquele que vem da Sentencia T-025/2004, em que se examinava um conjunto de violações a direitos fundamentais infligidas àqueles “desterrados” de seus locais de origem por força de decisões das forças paramilitares que dominaram o país. Na ocasião, percebeu a Corte que as violações individuais em desfavor de cada qual dos jurisdicionados traduziam um problema de maior amplitude, que era o não tratamento desse segmento da população – os “*desplazados*” – como destinatários de um indispensável (e inexistente) programa específico de ação estatal. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, julgada em 22 de janeiro de 2004).

³⁸ Precedente bastante divulgado de provimento estrutural relacionado a patente ineficiência dos programas de ação estatal é aquela havida na Sentencia T-153/98, em que se examinava a notória deficiência do sistema carcerário colombiano, identificando as providências estruturantes necessárias desenvolver para a garantia de um nível mínimo de proteção aos direitos dos presos. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 28 de abril de 1998).

³⁹ A categoria foi apresentada pela primeira vez nas referida Sentencias SU-559/97 (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias SU-559/97, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 6 de novembro de 1997) e T-068/98 (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias T-068/98, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, julgado em 5 de março de 1998).

⁴⁰ ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia. *in* MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. The activists Tribunals of India, South Africa and Colombia. NY: Cambridge University Press, 2013, p. 129.

É no plano da aferição da existência em si de um “estado de coisas inconstitucional” que poderá o julgador identificar que o conflito se apresenta não como uma desfuncionalidade pontual da política pública sob crivo, mas como uma patente e generalizada inadequação do programa de agir estatal, que tem por consequência a violação a direitos em larga escala.

Também é a identificação do “estado de coisas inconstitucional” que permitirá à Corte, sair de sua posição tradicional de controladora da juridicidade, para desenvolver atividades que não lhe são típicas, como a formulação de políticas públicas, a alocação de recursos públicos, etc. Aqui, tem-se uma jurisdição que por seu caráter estruturante, é mesmo substitutiva da atuação que classicamente se teria por requerida do Legislativo e/ou Executivo. A legitimidade para, excepcionalmente, desenvolver essas funções que não lhe são típicas, vem da infidelidade constitucional dos demais braços especializados de poder, que permitiram, por inércia ou ineficiência, a criação do referido “estado de coisas inconstitucional”. Com isso se tem por preservado o ideário do equilíbrio e harmonia entre poderes, que não pode se traduzir num *waiver* para que qualquer deles descumpra a Constituição – mas evoque uma “reserva de atuação” no seu campo funcional para prevenir a atuação substitutiva da Corte.

A um problema de ordem estruturante, corresponderá uma providência jurisdicional de mesma natureza e abrangência, que autoriza a Corte a dirigir ordens à burocracia, reconfigurando seu padrão de ação, de modo a alcançar os resultados exigidos pelo direito fundamental em discussão⁴¹. Observe-se que intentando a reconfiguração do modo de agir do Estado *lato sensu*, a ordem judicial produzirá não a simples enunciação em abstrato de deveres, mas o comando concreto de apresentação de projetos e planos em prazo determinado; a ordem de provimento de recursos orçamentários; a designação de executores responsáveis, e outras medidas igualmente práticas, alinhadas mesmo com aquilo que em princípio, seria típico da função administrativa.

Também integra o provimento estruturante, o desenvolvimento da chamada *supervisory jurisdiction*, a saber, o acompanhamento pela Corte do desenvolvimento futuro das providências antes determinadas. Este acompanhamento pode se dar mediante a apresentação de relatórios,

⁴¹ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal* 53 (2012): 189, p. 434-435.

comunicações oficiais, ou mesmo de audiências públicas de prestação de contas relacionadas às medidas de concretização da primeira determinação. A formalização do referido acompanhamento se dá, na Colômbia, pela lavratura do chamado Auto de Seguimiento⁴², em que se dialoga com as últimas determinações do Judiciário, apontando as providências que se tenham materializado em cumprimento a elas, e/ou determinando correções de rumo em relação às determinações anteriores. As subseqüentes informações que vem à luz no exercício da chamada jurisdição supervisora- é importante que se diga – podem mesmo determinar a reconfiguração pelo órgão julgador de seus comandos anteriores, ou a imposição de novos deveres de agir à Administração Pública, num exercício verdadeiramente dialógico entre Judiciário, sociedade e Executivo.

Interessante perceber que a decisão estruturante, combinada com a figura dos Autos de Seguimiento, permite trazer para a decisão judicial proferida em controle em abstrato de políticas públicas, o elemento de dinamismo e temporalidade que são próprios destas últimas. Assegura-se portanto, da maneira possível, a relação de contemporaneidade entre a decisão judicial e a realidade sobre a qual ele incidirá – característica que tende a conduzir a uma decisão judicial mais eficaz. Aqui se tem uma lógica que incorpora a compreensão de que problemas estruturais não são passíveis de solução instantânea, de modo que uma única decisão judicial num processo de conhecimento não se pode ter como suficiente a garantir a tutela de direitos de que se cogitou.

Cabe ainda assinalar no que toca às decisões estruturantes, relevante apontamento extraído já da prática desenvolvida pela Corte Constitucional, no que toca ao incremento de êxito dessas mesmas decisões. O registro é empreendido por Rodríguez-Garavito⁴³, é diz respeito à importância de, no curso das atividades de acompanhamento das providências de materialização da decisão originária, ter-se o envolvimento de entidades da sociedade civil coadjuvando a supervisão. Em verdade, este se apresenta como um elemento-

⁴² A título de ilustração, a já referida Sentencia T-025/04 já foi objeto de diversas manifestações judiciais dessa natureza, sendo de se apontar como a mais recente, o Auto de Seguimiento de 11 de março de 2014, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89 (2010), Issue 7: p. 1669-1698.

chave para quebrar uma lógica de intercâmbio de informações tão-somente entre as estruturas de poder, o que pode culminar por impedir a verdadeira percepção de quais sejam os efetivos impactos da decisão judicial em execução sobre a realidade que lhe determinou. A contribuição da sociedade, destinatária final da decisão estruturante se tem como indispensável num exercício mais amplo de reconfiguração do programa de ação estatal.

A par das decisões estruturantes, vale ainda consignar o particular modo de processamento desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia no que toca às provocações individuais, veiculadas por *acción de tutela*⁴⁴. Aqui, o que se tem de inovador é a reunião de feitos de mesmo teor, versando sobre violação a um mesmo direito, não por simples medida de economia processual ou mesmo de homogeneização do conteúdo da decisão (o que já seria em si uma vantagem suficiente a justificar a proposição). Também se constitui objetivo perseguido pela Corte Constitucional, amearhar, a partir de uma diversidade de casos, um quadro fático mais rico, que lhe permita compreender a controvérsia em todas as suas possíveis manifestações.

Observe-se que a inspiração é substantivamente distinta do tratamento conferido no sistema brasileiro – seja quando a hipótese envolve a atuação de Tribunais Superiores, seja quando se tenha demandas de massa em instâncias ordinárias.

A lógica do sistema processual brasileiro é a de seleção de um caso paradigma – do recurso com repercussão geral, do recurso repetitivo, ou ainda do meio de impugnação que requer uniformização de jurisprudência – que uma vez indicado, terá por consequência paralisar o processamento de todos os demais. Essa é uma orientação que claramente favorece uma lógica de celeridade e racionalização de esforços – mas ela não assegura necessariamente a formação do melhor quadro de análise em favor da Corte. Isso porque não existem critérios normativos para a identificação de qual deva ser o caso-paradigma. É certo que em favor dessa solução, milita o argumento de que preceituar o critério de seleção do caso-paradigma poderia engessar a

⁴⁴ Registre-se ainda que a Corte Constitucional contempla a figura da *Sentencia Unificada* ou ainda *Sentencia de Unificación*, onde se empreende à harmonização entre decisões prévias, suas inclusive, que eventualmente possam guardar alguma dissintonia. Significa dizer que eventuais equívocos provenientes numa leitura inadequada da moldura fática da discussão podem ainda ser solucionados por esta via.

eleição do *leading case*, e conduzir a uma má escolha. De outro lado, a míngua de critério normativo, o que prevalecerá (no mais das vezes) é o parâmetro prático do *first-in, first served* – que igualmente não assegura a excelência do precedente que se elege como aquele sobre o qual se debruçará a Corte.

Na experiência colombiana, essa problemática da seleção do paradigma representativo da controvérsia se tem por mitigada, eis que a pluralidade de casos submetidos à Corte permite a formação de um quadro mais rico e detalhado das multifacetadas manifestações da problemática postas no mundo da vida.

Mas não só nesse aspecto tem-se práticas inovadoras pela Corte Constitucional da Colômbia. Também no que toca à definição de conteúdo em si do direito de que se cuida, como parâmetro prévio e indispensável ao escrutínio de política pública, tem-se na Colômbia uma abordagem interessante. É o que se examina na sequência.

3.2. Construção paulatina de critérios definidores do conteúdo em si do direito fundamental tutelado

Segundo elemento que vale destacar na prática do desenvolvimento do controle de políticas públicas na Colômbia diz respeito à preocupação em construir-se, por agregação, não só o modelo em si de controle judicial de políticas públicas, como também o conteúdo dos direitos que hão de ser servidos por esses mesmos programas de ação estatal. Limites à atuação da Corte na revisão judicial da ação estatal se teve por pioneiramente desenhados na SU-111/97, onde se estabeleceu que não constitui vocação da jurisdição constitucional permitir em regra, a atuação substitutiva da Corte Constitucional⁴⁵. De outro lado, já neste precedente mesmo – e em outros que o seguiram – a

⁴⁵ “... La jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional. El remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado. Existen fallas de las personas que la Corte no puede enmendar sin subvertir el orden constitucional y aminorar hasta un grado extremo la propia responsabilidad personal...” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-111/97, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 6 de março de 1997).

Corte afirmou a possibilidade, excepcional, de intervir nas hipóteses em que se tenha violação a direitos socioeconômicos assim qualificados “por conexão”; a direitos revestidos de eficácia imediata por previsão expressa da Carta; e ainda ao mínimo vital.

Até aqui, a rigor, não se tem substantiva inovação em relação àquilo que o Supremo Tribunal Federal já afirmou no cenário brasileiro, nos termos da narrativa sumariada nos itens 1 e 2 acima. O desenho em abstrato das potencialidades institucionais de controle judicial de políticas públicas, numa e n’outra Corte só se diferenciam pela peculiaridade dos direitos reputados sindicalizáveis “por conexão”. O que se apresenta distinto na experiência colombiana, é a preocupação em complementar essa mesma afirmação de competência para o controle de políticas públicas, com o esforço de desenvolvimento do que seja o conteúdo desses mesmos direitos reputados desprotegidos. Em verdade, a relação é de interdependência recíproca; se o que se admite controlar são as violações, por exemplo, ao mínimo vital, impõe-se explorar o que seja esse mínimo, sem o que não se poderia aferir a própria legitimidade em si da atuação substitutiva da Corte.

Uma vez mais, o recurso a um precedente é útil para a compreensão acerca de qual seja a dinâmica da Corte, e na hipótese, traz-se à colação a decisão recente havida na Sentencia T-616/10, relacionada à proteção ao direito fundamental ao acesso à água⁴⁶. Já na abertura de sua ementa, a Corte refere aos atributos anteriormente por ela reconhecidos a este direito fundamental⁴⁷. Tal enunciação genérica é detalhada no corpo do acórdão, em subtítulo da decisão denominado “*Alcance e interpretación del contenido del derecho fundamental al agua*”, onde se tem referenciados quase uma centena de precedentes no tema específico, cada qual deles exemplificando situações concretas em que se teve por violado o direito, o que autorizara antes a intervenção judicial corretiva da atuação da Administración Pública⁴⁸.

⁴⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-616/10, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, julgado em 5 de agosto de 2010.

⁴⁷ *La Corte Constitucional ha protegido por vía de tutela diferentes aspectos del derecho al agua relacionados con la garantía mínima de la (i) disponibilidad, (ii) calidad, (iii) acceso y (iv) no discriminación en la distribución, en consonancia con la obligación de emplear el máximo de los recursos que se dispongan para hacer efectivo el derecho al agua a todos sus habitantes.*

⁴⁸ Completando a ilustração, a Corte afirma que o atributo “qualidade” assegura direito a água em adequadas condições químicas e físicas aceitáveis (T-410/03); que a exigência de “disponibilidade” pode bloquear a pretensão de corte do serviço quando (T-546/09) “...si los

Uma vez sistematizado o “estado da arte” fixado nos precedentes da Corte Colombiana quanto à jusfundamentalidade do direito à água e seus atributos em concreto, prossegue ela na elaboração do conteúdo em si do direito para afirmar que a garantia de acesso é de ser assegurada mediante o reconhecimento do direito do demandante de ver-se conectado à rede pública existente, assumindo ele os custos inerentes, cabendo todavia a ele, demandante, suportar os custos inerentes a essa ligação, na forma determinada pela própria Corte⁴⁹.

Interessante observar a afirmação do direito em si ao acesso ao serviço público, sem que todavia disso resultasse o dever da Administração ou de sua concessionária, de priorizar o interesse localizado do demandante – donde a solução intermediária e nitidamente pragmática, de garantir a possibilidade de ligação à rede públicas, desde que às expensas do interessado.

Essa construção de sentido paulatina, com um diálogo permanente em relação às decisões anteriores da própria Corte não se constitui uma excepcionalidade – ao contrário, esse mesmo padrão se tem em vários outros temas a ela submetidos⁵⁰. Vale destacar o aspecto inegavelmente pedagógico de uma decisão judicial que, agregando atributos e elementos definidores do conteúdo de um direito fundamental, evidentemente esclarece à Administração

efectos de la suspensión se concretan en un desconocimiento desproporcionado a los derechos constitucionales de sujetos o establecimientos especialmente protegidos o en una grave afectación en las condiciones de vida de una comunidad”. Há ainda referência à circunstância de que também o atributo “disponibilidade” atrai para a Administração que realize obra pública com possível comprometimento ao fornecimento de água, o dever de assegurar o fornecimento mediante mecanismos alternativos (T-381/09). O atributo de não-discriminação viu-se dotado de conteúdo com a afirmação de que não se tinha por admissível a apropriação desproporcional em favor de uma determinada coletividade, de cursos d’água ou outros recursos necessários à garantia desse mesmo direito de acesso à água (T-244/94).

⁴⁹ Este particular aspecto da decisão está expresso no item 4 das conclusões do acórdão da referida ST-616/10: “...Cuarto. ADVERTIR a Empresas Públicas de Medellín E.S.P que el señor Hernán Galeano Díaz únicamente podrá asumir el costo correspondiente a la instalación de las tuberías desde el punto de la red pública más cercana hacia el interior del inmueble, así como el valor del medidor, omitiendo el pago de estudios técnicos e intervenciones adicionales que se requieran para que el actor pueda ser conectado a la red local de acueducto. En cualquier caso, antes de iniciar las obras correspondientes, Empresas Públicas de Medellín deberá indicar al actor cuál es el valor que debe asumir el usuario, para llegar a un acuerdo de pago que prevea, de ser necesario, un sistema de financiación.”

⁵⁰ Esse mesmo exercício de construção de sentido por agregação no que toca ao direito fundamental à moradia se tem por sumariada em VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVEA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. *Direitos sociais e políticas públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 219-245.

Pública quais sejam os padrões de conduta por ela desenvolvidos que estejam adequados (ou não) ao desiderato constitucional.

3.3. Diálogo permanente entre a dimensão exigível do direito, e aquela desejável: a Corte como instância de recomendação

Terceiro aspecto da experiência colombiana que merece apontar, diz respeito ao reconhecimento permanente de que em se cuidando de controle judicial de políticas públicas – e de proteção jurisdicional a direitos fundamentais – é de se ter em conta a existência do ideal, e daquilo que seja de já exigível. Esse reconhecimento de uma dupla esfera de proteção dos direitos fundamentais, que por sua vez é de se refletir nas respectivas políticas públicas, leva a Corte a admitir que sua atuação possa compreender comandos mandatórios, mas também recomendações, indicações ou advertências. No plano do mandatório, tutela-se diretamente a violação a direito; no terreno da recomendação, aponta-se as características que a ação estatal deve adquirir de modo a prosseguir na trilha de máxima efetivação dos compromissos finalísticos traçados pela Constituição.

No precedente acima indicado no tema do direito à água, já se apontou a advertência empreendida pela Corte, que buscava assegurar o desenvolvimento pela concessionária de água, destinatária de outros comandos, a adequada implementação do que se determinava naquele julgado⁵¹. Ali, a um só tempo se tinha uma provisão mandatória (assegurar ao demandante o direito a ligar-se à rede existente), mas também uma de recomendação, onde se sinalizava o que poderia ser exigível, para futuro inclusive, da concessionária – a saber, a cobrança do usuário interessados em conectar-se à rede, dos custos diretamente relacionados a esse resultado.

Outra hipótese que bem ilustra esta estratégia tem-se na recente decisão traduzida na ST-528/14⁵², onde se pretendia a outorga de tutela para a garantia em favor do demandante a continuidade de procedimento de inseminação

⁵¹ Ver nota 49 acima.

⁵² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-528/14, Magistrado Ponente Maria Victória Calle Correa, julgado em 18 de julho de 2014.

artificial que iniciara no sistema público de saúde, e que fora interrompido por descontinuação daquele tipo de programa público. A decisão examina profusamente a relação entre o direito a procriar e aquele à personalidade, dentre outros aspectos – para ao final concluir que não obstante tudo isso, não se tinha nesse tema, mínimo vital violado que pudesse determinar a providência de tutela pretendida em favor do demandante. Não obstante isso, a Corte exorta o Ministério da Saúde, no item 2 de suas conclusões, para que “inicie uma discussão pública e aberta de uma política pública que inclua na agenda a possibilidade de ampliar a cobertura do Plano Obrigatório de Saúde para essas mesmas técnicas científicas.” Em resumo, programa público de inseminação artificial não é mandatório – mas é desejável, e eis que envolve as inevitáveis escolhas alocativas numa seara onde toda inversão de recursos é relevante, deve ser objeto da correspondente deliberação coletiva.

Na incorporação de uma função de “aconselhamento”, tem-se uma evidente fuga da lógica tradicional que vê na jurisdição, a função politicamente neutra e tecnicamente orientada de solução do conflito de interesses com uma determinação sempre e sempre cogente, autoritativa. A recomendação empreendida pela Corte, ainda que não se revista de coercibilidade, externa a interpretação empreendida pelo órgão revestido desta mesma competência, no sentido de que há um curso de ação posto ao Estado *lato sensu*, que ainda não se tem por exigível – mas que é de todo recomendável a partir do texto constitucional. A reiteração da omissão absoluta no que toca a um programa de ação antes recomendado desenvolver pela Corte Constitucional se reveste de uma carga negativa mais grave, eis que não se pode mais pretender apontar dúvida quanto ao dever de agir naquela seara. Mais ainda, robustece-se um futuro quadro indicador de omissão suscetível de superação judicial, quando não obstante o apontamento pela Corte da importância do desenvolvimento da correspondente política pública, isto resta descartado na agenda da Administração.

Tem-se aqui uma clara incorporação da proposta externada também por Rodríguez-Garavito⁵³, segundo a qual é de se reconhecer às decisões judiciais, mais do que o potencial clássico, material e direto de entrega ao demandante,

⁵³ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89 (2010), Issue 7: p. 1669-1698.

do bem ou serviço que ele reclama. Também o efeito material indireto – em que se aponta a conduta desejável, com vistas a influenciar a deliberação pública quanto ao tema objeto de consideração – é possível à decisão judicial, especialmente no campo de políticas públicas, onde já se afirmou neste mesmo texto, a participação plural é relevante.

Ainda que se veja neste tipo de atuação da Corte – em que se empreende a uma recomendação, não revestida de força coercitiva – em aspecto puramente simbólico, é possível que ele seja suficiente para catalisar as forças sociais, e conferir prioridade a uma determinada temática que se via negligenciada na agenda social e/ou política.

Devolver – ainda que na forma de recomendações ou exortações – um determinado tema à deliberação coletiva pode ser a melhor forma de enfrentamento de questões que envolvam o desenvolvimento ou reformatação de políticas públicas em searas controversas. É de Cepeda-Espinosa⁵⁴ a advertência de que o debate em torno de direitos é o mesmo que o debate sobre *empowerment*, e que a efetividade destes mesmos direitos constitui uma redistribuição de poder social dos privilegiados para a cidadania comum. Se esta é a compreensão, soa mais do que adequado que se possa conter no arsenal processual disponibilizado para o exercício do controle judicial de políticas públicas, mecanismos em que o papel da jurisdição seja impulsionar o debate público – e não, de início, substituir as instâncias políticas que a rigor, devem funcionar naturalmente.

É certo que persistindo a inércia, e tendo-se por caracterizada já a violação mesmo a direito, caberá o controle judicial corretivo – mas o percurso antes à via da recomendação traduz um tipo de decisão judicial que harmoniza a proteção a direitos com o zelo pela recondução dos demais braços especializados de poder à sua trilha de atuação originalmente assinalada pela Carta Fundamental. Esse é o resultado ótimo da jurisdição constitucional – já que a Carta de 1988 não dispensa de controle, o adequado funcionamento da arquitetura do poder.

⁵⁴ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004): p. 529-700.

4. Avaliando o potencial de transposição da matriz de decisão colombiana para a realidade brasileira

O percurso às inovações exploradas no subitem anterior sugere, decerto, dificuldades iniciais na transposição dos experimentos para o cenário brasileiro. O primeiro deles, que salta aos olhos diz respeito à incorporação ao debate judicial, como elemento relevante, da dimensão fática da controvérsia – aqui, a referência se faz à atuação das Cortes Superiores, que como se sabe, tem por já sumulada a inviabilidade do revolvimento de matéria de fato nas vias recursais a elas submetidas, conseqüência da circunstância de que não se tem no manejo dos recursos constitucionais a consagração de uma terceira hipótese de revisibilidade da decisão judicial originária.

Se é certo que essa exclusão da possibilidade da análise da matéria de fato se tem por sumulada nos conhecidos Verbetes nº 7 do STJ e 279 do STF; não é menos verdade que tal dogma se tem por temperado, seja pela própria jurisprudência da Corte, seja até mesmo na perspectiva preceitual. No campo jurisprudencial, a análise da matéria de fato se tem por eventualmente desenvolvida a título de sua requalificação jurídica⁵⁵. Já no plano preceitual tem-se as previsões contidas na Lei 9868/99 relacionada às audiências públicas e *amici*; ambas fartamente utilizadas pelas Cortes Superiores, ambas inequivocamente destinadas a aumentar o espaço de contato entre a discussão técnico-jurídica submetida à Corte, e o plano de realidade sobre a qual ela incide; seja com o aporte de informação técnica, seja com o auscultar do sentimento da sociedade. Significa dizer que mesmo essa rejeição inicial que as Cortes Superiores têm para com a matéria de fato não se apresenta como um cânon

⁵⁵ A título de ilustração, afirmando que “... a atribuição de efeitos jurídicos distintos aos fatos assentados pelas instâncias ordinárias não é incompatível com o recurso especial...”, cite-se BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 790.903/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 29/10/2014). Na mesma linha de compreensão, afirmando que “...É vedado o reexame de fatos e provas por efeito da Súmula 7/STJ em processos submetidos ao STJ sob apelos excepcionais. Restrição que alcança as desapropriações quanto às conclusões do acórdão baseadas em laudo pericial. 3. Situações excepcionais, porém, garantem a requalificação jurídica...” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 880.102/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008).

inteiramente insuperável, e que admitiria uma abertura ao conhecimento, diria mesmo que sem modificação legislativa substantiva.

É certo que na reflexão sobre uma proposta desta natureza, é de se ter o cuidado de não recair nos efeitos que os referidos Verbetes nºs 7 e 279 pretenderam evitar, a saber, a rotinização do reexame do substrato fático – mas isso é um desafio que reclama engenho e arte na formulação da hipótese.

Analisada, de outro lado, a figura em si da jurisdição estruturante; mais uma vez cuida-se de provimento que não contém previsão expressa em nosso sistema normativo – o que não parece, igualmente, se constitua impedimento absoluto a uma experimentação neste sentido. Em verdade, conta-se com exemplo recente no Estado de São Paulo, em que iniciativa desse mesmo cariz se está a desenvolver. A referência se faz à decisão proferida na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, havida em Ação Civil Pública onde se buscava o provimento pelo Município de São Paulo, de educação infantil a um número expressivo de crianças. Naqueles autos se empreendeu a audiência pública, com vistas a subsidiar uma solução estrutural para uma problemática que envolvia a abertura de 150.000 (cento e cinquenta mil) vagas em creches e pré-escolas para crianças entre zero e cinco anos de idade. O acórdão ali proferido na sequência, envolveu a determinação de providências estruturantes, como o provimento de recursos orçamentários correspondentes nas subsequentes Leis de Meios, a apresentação de plano e ampliação das vagas e de relatórios de acompanhamento quanto as estas mesmas propostas etapas.

Merece destaque a circunstância de que no referido precedente paulista, tem-se em discussão exatamente o mesmo direito enfrentado no *leading case* em que o STF afirmou a controlabilidade das políticas públicas, RE 410715 AgR⁵⁶ – o que parece sugerir que os mecanismos tradicionais de enfrentamento do conflito a partir da perspectiva do litígio individual, antes usados naquele mesmo Estado, em Município vizinho, não se revelaram aptos a gerar o resultado desejado, a saber, a tutela ao direito.

Vale consignar que nesta experiência pioneira havida no Judiciário paulista, já se teve em conta a necessidade do concurso de outras instâncias para o desenvolvimento do referido acompanhamento, tendo a decisão apontado

⁵⁶ Ver nota de rodapé nº 7 acima.

a necessária intervenção da Coordenadoria de Infância e Juventude, a quem se atribuiu ainda o mister de "...articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado...". A lógica parece ser exatamente aquela de ampliar a esfera de diálogo e de supervisão, na etapa de cumprimento da decisão judicial.

Decerto que a iniciativa – inovadora – haverá de encontrar toda sorte de dificuldades na sua execução; mas ela por si demonstra não se ter impedimento normativo real ao desenvolvimento também em terras brasileiras, de experiências de jurisdição estrutural, onde se busque empreender efetivamente ao controle judicial de política pública no sentido amplo da expressão.

O tema do desenvolvimento paulatino do conteúdo em si do direito fundamental, este parece ser uma pauta urgente na realidade brasileira. Isso porque, nos termos do exposto no item 2 acima, não é a enunciação em si de um direito no Texto Fundamental, e menos ainda o signo de eficácia imediata que emanada no art. 5º, § 1º CF que equaciona o tema de seu conteúdo. Também não equaciona devidamente a questão, a prática que se tem disseminado na doutrina e na jurisprudência pátrias, de associar-se um vasto elenco de cláusulas vagas para encobrir um decisionismo que é nefasto quando se cuida de promoção de direitos cujo objetivo principal é a justiça social.

A associação das locuções em abstrato direito fundamental + mínimo essencial + dignidade da pessoa tem servido como cobertura para todo o tipo de decisão judicial, que firmada a partir de critérios vagos e imprecisos, não tem qualquer compromisso com a coerência e a homogeneização. Mais do que isso, desprovido de critérios jurídicos que confirmem densidade ao conteúdo em si do direito, menos ainda disporá o Judiciário de elementos para efetivamente desenvolver o controle de políticas públicas – cuja adequação e eficiência só se pode aferir quando se tem em conta qual o direito que ela objetiva efetivar.

Pior, a ausência de critérios mais densos sobre o conteúdo do direito, mascarado pelo uso quase que retórico da trilogia direitos fundamentais + mínimo essencial + dignidade da pessoa pode conduzir muitas vezes à substituição do direito em si pretendido, por prestações pecuniárias, na prática

que antes já qualifiquei como mercantilização dos direitos fundamentais⁵⁷. Aqui, o mais grave está no caráter evidentemente regressivo de uma decisão que abdica de promover o incremento do direito, e “transaciona” com o que não é suscetível de transação ou renúncia, que é a preservação em si do direito fundamental⁵⁸.

O ponto de partida para um novo pensamento acerca de um modelo adequado de controle judicial de políticas públicas – em abstrato ou mesmo no caso concreto – requer a revisão de um velho dogma, segundo qual o direito define o instrumento jurisdicional que se possa manejar, e o conteúdo em tese possível da decisão. É certo que o direito pleiteado é o ponto de partida para a configuração da demanda – desde o atendimento às condições da ação, até a identificação do conteúdo de provimento jurisdicional em tese possível. Mas é de se reconhecer que a rigor, esta não é uma via de mão única, cujo sentido seja dos direitos para o *remedy*.

No campo do controle judicial de políticas públicas, é possível que a decisão judicial configure o conteúdo do direito – de forma expressa, como o tem feito a Corte Constitucional da Colômbia; ou de forma sub-reptícia, como muitas vezes acontece na realidade brasileira. Quando no debate em torno dos mecanismos de proteção ao direito fundamental a moradia, a decisão judicial tem por precedente o pedido de um filho que não mais deseja morar com o pai – e não tem como prover por seus próprios meios, sua moradia – tem-se a afirmação de que o direito fundamental à moradia compreende não só a proteção contra o desabrigo, mas também a possibilidade do provimento estatal dos meios de sustento de uma escolha pessoal do filho de não mais residir com a família.

A relação intrínseca entre provimento jurisdicional e a definição do conteúdo do direito, num movimento de duplo sentido (do direito para a jurisdição, e de novo da jurisdição para o direito) é matéria por demais debatida

⁵⁷ VALLE, Vanice Lírio do, Judicialization of Socioeconomic Rights in Brazil: Mercantilization of the Fundamental Rights as a Deviance in Rights Protection (January 18, 2014). Paper presented in the 3rd YCC Conference - American Society of Comparative law, at the Lewis & Clark University, Portland, Oregon, in April, 2014.. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2511648>.

⁵⁸ O exemplo mais comum no cotidiano forense no Rio de Janeiro são as demandas em torno de conflitos relacionados à proteção ao direito à moradia, em que a solução se estabelece em grande número de vezes, com a ordem de pagamento de “aluguel social” – recursos que uma vez pagos em espécie, não há como saber se efetivamente revertem na promoção deste mesmo direito.

no cenário internacional⁵⁹, e é de ser reincorporada ao debate pátrio, especialmente no delicado terreno do controle de políticas públicas. Quebra-se com isso a suposição de que o provimento jurisdicional nestas matérias limita-se a corrigir uma desfuncionalidade do sistema – a jurisdição aqui define mesmo o conteúdo do direito, e nesse mister, pode estar a ampliar exageradamente suas fronteiras, ou ainda a apequena-las.

Retomando ideias iniciais do conceito em si de políticas públicas, elas envolvem escolhas igualmente públicas, que traduzem prioridades (observada a moldura constitucional) que uma coletividade fixa para si mesma. Este é um exercício que recomenda especial signo democrático. A atuação judicial em temas dessa natureza, decerto é possível – assim já o disse o Supremo Tribunal Federal. Ela pode ser mesmo desejável, como mecanismo de superação dos bloqueios que o processo político possa apresentar, ou mesmo de empréstimo de voz e vez àquelas minorias que por essa mesma condição, dificilmente alcançarão as prioridades na formação de agenda de políticas públicas. O que todavia não se pode admitir, é que esse tipo de intervenção se dê de forma desavisada, sem a percepção do impacto efetivo que a decisão judicial pode determinar na configuração de um direito – efeito esse que pode mesmo se revelar regressivo. É preciso que o Judiciário tenha por claro o papel que esteja a desenvolver nesse cenário, sem se ocultar na velha convicção da absoluta separação entre direito e política.

A conjugação das estratégias figuradas pela Corte Constitucional da Colômbia auxilia a prevenção de vários destes riscos, seja na busca da coerência interna de suas decisões, seja o azeitamento de canais de comunicação com a Administração Pública de molde a restituir a configuração do direito aos canais democráticos. Isto constitui profunda inovação na compreensão tradicional do papel do Judiciário no controle da atuação estatal

⁵⁹ Daniel Friedmann. *Rights and Remedies* (1997). LQR 113: 424, Marsha S. Berzon, *Rights and Remedies*. La. L. Rev. 64 (2003): 519; Frank H. Easterbrook, *Limits on Judicial Power in Ordering Remedies: Panel IV-Civil Rights and Remedies*, *The*. Harv. JL & Pub. Pol'y 14 (1991): 103; Charles F. Sabel, and William H. Simon. "Destabilization rights: How public law litigation succeeds." *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101; Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, *Columbia Law Review* (1999): 857-940; Margaux J. Hall and David C. Weiss. *Human Rights and Remedial Equilibration: Equilibrating Socio-Economic Rights*. *Brooklyn Journal of International Law* 36.2 (2011); Thomas M. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*. *Columbia journal of transnational law* 46.2 (2008).

destinada à proteção de direitos fundamentais. Mas nenhum momento será tão propício para esse repensar, como este em que todo o processo civil se reinventa.

Referências

ANTKOWIAK, Thomas M., Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law* 46.2 (2008), p. 351-419.

ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia. *in* MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The activists Tribunals of India, South Africa and Colombia*. NY: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *in* _____. *Temas de direito constitucional* Tomo 4, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-255.

BERZON, Marsha S. Rights and Remedies. *Louisiana Law Review*. Vol. 64, Number 3 (2003): p. 519-544.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 790.903/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 29/10/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 880.102/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 769977 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 768825 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 761127 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 739151 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 658171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004): p. 529-700.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. Traduzido de *L'Etat post-moderne*.

COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, julgada em 5 de junho de 1992.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-111/97, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 6 de maro de 1997

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias SU-559/97, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 6 de novembro de 1997

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias T-068/98, Magistrado Ponente Alejandro Martinez Caballero, julgado em 5 de março de 1998;

COLOMBIA. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, julgado em 28 de abril de 1998.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, julgada em 22 de janeiro de 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-528/14, Magistrado Ponente Maria Victória Calle Correa, julgado em 18 de julho de 2014.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 10th ed. Upper Sadle River (NJ): Preintice Hall, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Traduzido de Taking rights seriously.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits on Judicial Power in Ordering Remedies: Panel IV-Civil Rights and Remedies, *Harvard Journal Law & Public Policy* 14 (1991): p. 103-111.

FRIEDMANN, Daniel. Rights and Remedies (1997). *LQR* 113: 424

HALL, Margaux J. and WEISS, David C. Human Rights and Remedial Equilibration: Equilibrating Socio-Economic Rights. *Brooklyn Journal of International Law* 36.2 (2011).

INDIA. Constitutional Court. People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors. (2004; 12 SCC 108).

LANDAU, David. The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America, *37 Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 687 (2005).

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal* 53 (2012): 189, p. 401-459.

LERNER, Daniel e LASSWELL, Harold Dwight. *The policy sciences*. USA: Stanford University Press, 1951.

LEVINSON, Daryl J. Levinson, Rights Essentialism and Remedial Equilibration, *Columbia Law Review* (1999): 857-940.

MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). *Constitutionalism of the Global South*. The activists tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. O Direito Administrativo em tempos de globalização. In memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NAGLE, Luz Estella. Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court, *6 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 59 (1995-1996).

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89 (2010), Issue 7: p. 1669-1698.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 14 (diciembre de 2013), p. 1-27.

SABEL, Charles F. and SIMON, William H. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101.

SAFFÓN, María Paula, and Mauricio García Villegas. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* nº 13.1 (2011): 75-107.

SALISBURY, Robert H. The analysis of public policy. A search for theories and roles. in THEODOULOU, Stella Z. e CAHN, Matthew A. *Public policy. The essential readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, 34-37.

SCHOR, Miguel An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 16: Iss. 1, Article 6. (2009), disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss1/6>, acesso em 30 de janeiro de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e auto-vinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, v. 82, p. 7-19, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Prefácio: Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialization of Socioeconomic Rights in Brazil: Mercantilization of the Fundamental Rights as a Deviance in Rights Protection (January 18, 2014). Paper presented in the 3rd YCC Conference - American Society of Comparative law, at the Lewis & Clark University, Portland, Oregon, in April, 2014.. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2511648>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia*. 1. ed. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015. v. 1. 68p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVEA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. in: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. *Direitos sociais e políticas públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 219-245.

WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. in R. G. Oliven et alii (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 10 (2008): 249-268.