XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CRISTIANO BECKER ISAIA

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-630-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Salvador/BA, nos dias 13 e 15 de junho de 2018, foi promovido em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo como tema geral: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UFBA e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: teoria geral do processo contemporâneo; tutela processual coletiva; direito probatório; processo de execução e procedimentos especiais; e reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental.

No primeiro bloco, denominado teoria geral do processo contemporâneo, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial: as origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil, com estudo sobre a função do juiz e a teoria da decidibilidade, a partir do processo romano medievo; e a legitimação para o controle judicial de políticas públicas e ações afirmativas: parâmetros hermenêuticos, que apresentou os elementos de sindicabilidade da atuação judicial para efetivar direitos fundamentais. Após, passou-se à análise dos princípios processuais e normas gerais instrumentais em: deveres das partes como vetor das garantias de um processo constitucional democrático (lealdade processual, boa-fé e cooperação para efetivar o processo justo); a efetividade do processo judicial eletrônico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da pessoa com deficiência visual, em que se visitou o amplo acesso à jurisdição para tais procuradores; tutelas jurisdicionais diferenciadas: apontamentos sobre a tutela provisória antecedente do novo Código de Processo Civil (CPC /2015), onde a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória e seus efeitos exógenos de coisa julgada material foram analisados; e a flexibilização da vedação ao acordo

na ação de improbidade administrativa frente ao princípio do devido processo legal, que problematizou a diretriz da autocomposição do CPC/2015 em contraposição ao procedimento da ação de improbidade administrativa.

No segundo eixo, chamado tutela processual coletiva, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com: a mudança de paradigma do estado liberal para o social democrático e as tutelas processuais ambientais, em que se estudou a evolução histórica do paradigma de processo e as tutelas preventivas, inibitórias e ressarcitórias em ações civis públicas ambientais; análise do princípio do contraditório e ampla defesa à luz do processo coletivo, fazendo uma releitura de tais princípios na tutela coletiva; a inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral, estudando a imprescritibilidade na tutela coletiva; e especificidades do mandado de injunção coletivo, como vítima da crise de inefetividade das normas constitucionais, vício que o instrumento pretendia corrigir.

Na terceira fase temática, intitulada direito probatório, o primeiro trabalho foi: a exegese da hipossuficiência da parte na aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no processo civil, que, a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou que a carência financeira é o elemento primordial para se reconhecer a hipossuficiência para inverter a distribuição do encargo da prova; e o segundo texto foi: provas em matéria arbitral, analisando o papel do árbitro na validação dos elementos probatórios.

No quarta parte, cujo eixo foi processo de execução e procedimentos especiais, foram abordados os artigos: defesas do executado no CPC/2015, sobre a preexistência da objeção ou exceção de pré-executividade; e a competência em razão da pessoa no Juizado Especial Federal e suas problemáticas, que analisou a incapacidade de parte em oposição à competência absoluta nas pequenas lides federais.

No derradeiro bloco, que versou sobre os reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental, expôs-se: como provocar o STF e STJ a superarem seus precedentes, firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos, na sistemática do artigo 1.030 do CPC?: uma interpretação constitucional adequada, que objetivou dar uma interpretação conforme à Constituição sobre o cabimento de agravo interno contra decisões de inadmissão de Recursos Especiais e Extraordinários com base em precedente judicial de Tribunais Superiores; e ainda a relevante função da reclamação constitucional no CPC/2015, que analisou as cinco fases da ação impugnativa autônoma que assegura a autoridade das decisões dos tribunais e sua competência jurisdicional, bem como a nova função infraconstitucional de efetivação de precedentes judiciais.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao Direito Processual Sustentável, no qual a multidiciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar entre o Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LEGITIMAÇÃO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS: PARÂMETROS HERMENÊUTICOS

THE LEGITIMATION FOR THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND AFFIRMATIVE ACTIONS: HERMENEUTIC PARAMETERS

Vinicius de Melo Lima [1]
Marcelo Cacinotti Costa [2]

Resumo

O presente trabalho aborda a legitimação do controle judicial de políticas públicas, designadamente abordando os limites e as possibilidades, mediante a identificação de determinados parâmetros hermenêuticos, tendo como método a fenomenologia e a hermenêutica constitucional na efetivação de direitos fundamentais, direcionando-se à análise de precedente jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Controle judicial de políticas públicas, Ações afirmativas, Parâmetros hermenêuticos

Abstract/Resumen/Résumé

The present work deals with the legitimization of the judicial control of public policies, namely, addressing the limits and the possibilities, through the identification of certain hermeneutical parameters, having as method the phenomenology and the constitutional hermeneutics in the realization of fundamental rights, directing itself to the analysis of precedent jurisprudential of the Federal Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial control of public policies, Afirmattive actions, Hermenetics parameters

1. PRÉ-COMPREENSÃO ESTRUTURANTE: *JUDICIAL REVIEW* E POLÍTICAS PÚBLICAS

O debate em torno dos limites da revisão judicial da legislação tem contribuído com uma perspectiva crítica renovada, sobretudo no âmbito da Ciência Política e do Direito Constitucional, diante do monopólio da última palavra, conferido à jurisdição em matéria de interpretação da Constituição. E o tema adquire relevo, designadamente, em face da omissão inconstitucional.

O raciocínio hermenêutico que anima a discussão parte da premissa segundo a qual é possível o controle jurisdicional de políticas públicas, mediante a identificação de certos parâmetros hermenêuticos: a) a política pública constitucionalmente prevista; b) a vinculação entre a política pública e os direitos fundamentais; c) a omissão inconstitucional legislativa, reputando-se a legitimidade democrática das *decisões ou sentenças aditivas*; d) em se tratando de omissão inconstitucional administrativa, impõe-se, como decorrência do direito fundamental à governança responsável, a sindicabilidade das decisões alocativas do Poder Público à luz das prioridades constitucionais.

Vale lembrar que a querela em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional deita suas raízes no *Federalista nº 78*[1], situação que permitiu aos juízes declararem a invalidade de leis contrárias à Constituição. A referida tese foi acolhida pelo Juiz Marshall, no julgamento *Marbury v. Madison* (1803), proclamando a supremacia da Constituição e o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O controle judicial de constitucionalidade nos EUA, em que pese sofra críticas por ser apontado como um instituto antidemocrático, transferindo aos juízes o poder de derrubar decisões dos representantes do povo, criou raízes e disseminou-se pelo mundo[2].

Na Europa, o controle jurisdicional de constitucionalidade teve impulso em razão do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, avançando consideravelmente na segunda metade do século XX (pós-guerra). Deve-se à Kelsen a defesa da jurisdição constitucional como garantia de observância das normas jurídicas, em debate com Schmitt, o qual

---

[1] "[...] não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo". HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russel, 2003, p. 471.

[2] SARMENTO, Daniel. "Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos". *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 101.

sustentava que a defesa da Constituição não competia ao Poder Judiciário, mas ao poder político. Enquanto Kelsen descreveu o Tribunal Constitucional como uma espécie de "legislador negativo", Schmitt assinala que a função judicial consiste em julgar segundo as leis e não julgar as leis[3].

Alexander Bickel sintetizou o assunto em sua frase – "a dificuldade contramajoritária" –, referindo que a "revisão judicial é uma força contramajoritária em nosso sistema" e que, "quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo [...], isso frustra a decisão dos representantes da atual população de aqui e agora [...]"[4].

A tese da supremacia dos Tribunais Constitucionais no que se refere à interpretação constitucional tem sido contrastada em função do princípio democrático, nomeadamente em face de desacordos razoáveis sobre direitos no plano das relações sociais, como no caso das ações afirmativas[5]. É importante esclarecer do que trata o "princípio democrático", uma vez que, a depender da concepção de democracia que se adote, o *judicial review* pode ser uma ameaça democrática. Ainda que não se concorde com o argumento, cumpre deixar claro o que significaria para quem vê a oposição entre direitos e democracia, o "princípio democrático".

Destaca-se, na atualidade, o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin no trato da temática da revisão judicial da legislação, aquele sustentando a primazia do Legislativo, bem como a conciliação entre a soberania popular e os direitos individuais, enquanto este asseverando a importância do *judicial review* em uma democracia constitucional.

---

[3]MARÍA BANDIERI, Luis. Justicia Constitucional y democracia: un mal casamiento? *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 356.

[4]BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*: the supreme court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-7. O autor salienta as "virtudes passivas" no âmbito da jurisdição constitucional, de modo a respeitar a separação de poderes e a representação democrática.

[5] Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos. No caso brasileiro, a ação afirmativa visa garantir, dessa forma, a igualdade de tratamento e principalmente de oportunidades, assim como compensar as perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes dos mais variados motivos inerentes à sociedade brasileira. VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

Waldron[6] questiona se os juízes deveriam ter a autoridade para derrubar a legislação quando eles julgam que os direitos individuais foram violados. Afirma que a revisão judicial da legislação é antidemocrática, pois viola o poder de decisão conferido às maiorias políticas, eleitas pelo sufrágio popular, em favor do poder judicial contramajoritário. Sustenta que a guarda da Constituição é uma função política – e não judicial –, razão pela qual opõe severas críticas à ideia da supremacia judicial. Segundo o referido autor, os casos envolvendo desacordos razoáveis sobre direitos devem ser apreciados pelo poder legislativo – e não pelo poder judicial –, diante da representatividade decorrente da vontade da maioria.

A mais importante diferença é entre o que Waldron denomina de revisão judicial em sentido "forte" e em sentido "fraco". No sistema de revisão judicial "forte", as cortes têm a autoridade para deixar de aplicar um estatuto em um caso particular ou modificar os efeitos de um diploma normativo ao fazer sua aplicação conforme os direitos individuais. Tal autoridade está presente em algumas cortes europeias, enquanto as cortes americanas não têm essa aparência, mas o efeito real de sua autoridade não é reduzido. Já no sistema de revisão judicial "fraca", por contraste, as cortes podem sindicar a legislação em conformidade com os direitos individuais, mas elas não podem deixar de aplicá-la ou moderar a sua aplicação, simplesmente porque os direitos seriam diferentemente violados. No Reino Unido, as cortes podem revisar um estatuto mediante uma declaração de incompatibilidade com um dos direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos[7]. Afirma a existência de quatro pressupostos sobre os quais imagina uma sociedade[8].

Desacordos sobre direitos são razoáveis e as pessoas podem divergir sobre direitos enquanto ainda levam os direitos a sério, sendo o processo legislativo, ordinariamente, o *locus* adequado para isso. Por outro lado, ressalva que há circunstâncias – patologias

---

[6]WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, nº 115, 2006, p. 1348. No mesmo sentido crítico em relação ao *judicial review*, ver TUSHNET, Mark. "Against judicial review". *Harvard Law School:* Public Law & Legal Theory Working Paper Series, p. 9-20. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857>. Acesso em: 31 ago. 2015. Tushnet afirma, em matéria de direitos sociais, a existência de dois modelos jurisdicionais: a) "forte", com a possibilidade de adoção de medidas coercitivas por parte do poder judicial; b) "fraco" ou "suave", a partir da viabilidade de medidas dialógicas ou concertadas entre o Judiciário e a Administração Pública para a concretização de direitos sociais. Cf. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2007, em especial p. 196 e ss.

[7]WALDRON, op. cit., p. 1354-5.

[8] i)instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio adulto universal; ii) um conjunto de instituições judiciais, ainda em razoável funcionamento, instituído de maneira não representativa, com o papel de julgar as divergências individuais e assegurar o Estado de Direito; iii) um comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e minoritários; e iv) um persistente, substancial e razoável desacordo sobre direitos, entre os membros da sociedade. WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 1360.

peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas de corrupção política, legados de racismo e outras formas de prejuízo endêmico – em relação às quais admite a necessidade do *judicial review*[9].

A ideia em torno da dignidade da legislação, na linha de Waldron, permite afirmar que se constitui no "fundamento da sua autoridade e o seu direito de ser respeitada por nós têm muita relação com o tipo de *conquista* que é". O respeito pela legislação vem a ser, em parte, o "tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna". Infere que "a decisão majoritária é o único processo decisório compatível com o igual respeito nesse sentido *necessariamente* empobrecido"[10].

Já Dworkin refere que, quando nós compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral da constituição política não é antidemocrática, mas, ao contrário, é praticamente indispensável à democracia. A democracia não insiste que os juízes tenham a última palavra, mas não insiste que eles não a tenham[11]. A leitura moral reconhece a existência dos desacordos sobre os direitos – mas não afasta a responsabilidade política dos juízes –, salientando que os princípios da Constituição, em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos a buscarem ideais políticos e jurídicos: os governos devem tratar qualquer sujeito sob o seu domínio com igual status moral e político; devem tratá-los com igual consideração e respeito às liberdades individuais[12]. A interpretação constitucional é disciplinada, sob a leitura moral, através do requerimento de integridade constitucional, sendo que os juízes não devem ler suas próprias convicções dentro da Constituição. Eles não devem ler uma cláusula moral abstrata como expressão de qualquer julgamento moral particular, mas sim buscar consistência em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional pretérita feita por outros juízes. Devem se integrar como partes com os outros, no passado e no futuro, que conjuntamente elaboram uma

---

[9]WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1406.
[10]WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190 e 197.
[11]DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the american constitution. New York: Oxford University Press, 1996, p. 7.
[12]Ibid., p. 8.

moralidade constitucional coerente, e ter atenção para ver como sua contribuição se ajusta com o restante[13].

Em um estudo voltado à concepção de democracia, Dworkin destaca as visões da democracia majoritária e em parceria. De acordo com a visão majoritária, a democracia é o governo através da decisão da maioria, isto é, em consonância com a decisão de um grande número de pessoas, expressada nas eleições com o sufrágio universal. Esclarece que não há garantias de que a maioria decidirá com equanimidade; suas decisões podem ser injustas para as minorias, cujos interesses a maioria sistematicamente ignore. Já de acordo com a visão da democracia como parceria, contudo, a democracia significa que o governo das pessoas tenha cada um como parte integrante de um empreendimento político coletivo, então as decisões da maioria são democráticas apenas quando certas condições são observadas para a proteção dos interesses de cada cidadão como integrante do empreendimento político[14].

A concepção majoritária da democracia procura ser puramente procedimental e independente de outras dimensões de moralidade política, o que significa que uma decisão é democrática mesmo que seja muito injusta. Mas a concepção de parceria não faz com que a democracia seja independente do resto da moralidade política; nessa concepção, nós precisamos de uma teoria da igual parceria para decidir o que é ou não é uma decisão democrática, e nós precisamos consultar ideias sobre justiça, igualdade e liberdade em ordem a construir uma teoria. Logo, na concepção de parceria, a democracia é um substantivo e não meramente um procedimento[15].

É possível afirmar, a partir do debate entre Waldron e Dworkin, que ambos os autores estão preocupados com as imbricações entre a democracia e os direitos individuais, ou seja, a democracia e os direitos individuais são compatíveis entre si[16].

---

[13]DWORKIN, Ronald. *Freedom's law:* the moral reading of the american constitution. New York: Oxford University Press, 1996, p. 10-1.

[14]DWORKIN, Ronald. *Is democray possible here?* Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 131.

[15]Ibid., p. 134.

[16]A esse respeito, afirma Francisco Motta, em sua tese de doutoramento sobre Ronald Dworkin e a decisão jurídica democrática: "A rigor, Waldron e Dworkin demonstram não só uma preocupação comum com a preservação da democracia e dos direitos individuais, mas ainda outra: a de que os juízes não simplesmente substituam os legisladores". E sublinha que o "instituto da revisão judicial da legislação será legítimo na medida em que aprimore a legitimidade política como um todo, ou seja, na medida em que torne mais provável que a comunidade dê consequência a valores como a igualdade e a liberdade. O *judicial review* não é universalmente necessário para o sucesso de uma comunidade política democrática – mas também dele não decorre, em si, uma perda de autogoverno. Tudo depende, em última análise, do *acerto* das decisões que forem tomadas". MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica* democrática. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014, p. 91 e 93.

Não se trata, então, de arbitrar politicamente um desacordo básico sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, mas, sim, decidir juridicamente o "problema constitucional de eventual contradição entre a decisão, política, da maioria, e os limites jurídicos que a Constituição do Estado de Direito lhe impõe". Daí que, em torno dessa questão competencial, se direitos fundamentais "são trunfos contra a maioria, não poderia ser essa mesma maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer essa qualidade"[17].

Entre nós, em uma perspectiva da dignidade da legislação a partir do contributo teórico de Kant, Mello afirma a legitimidade da jurisdição constitucional, sustentando, todavia, que "em uma república constitucional o exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis deve ser sempre e necessariamente limitado, a fim de respeitar na maior medida possível a autonomia pública dos cidadãos". Noutras palavras, afasta-se da ideia da "supremacia judicial na interpretação e na concretização dos princípios fundamentais das constituições"[18]. Reportando-se ao caso brasileiro, é preciso referir que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra em matéria constitucional, como se depreende do artigo 102 da Constituição Federal, ao passo que, em assuntos infraconstitucionais, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir os conflitos correlatos. Tal cenário, por sua vez, não impede a possibilidade da formatação de diálogos institucionais entre as Cortes e o Legislativo, sendo que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal lançam mão da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou sem pronúncia de nulidade, da modulação temporal em sede de controle de constitucionalidade, entre outras técnicas hermenêuticas de concretização de direitos fundamentais.

A normatividade dos direitos sociais não se amolda à visão de que os princípios são valores, em razão da vinculatividade da Constituição. Se um dos objetivos da República é a diminuição das desigualdades sociais, é preciso reivindicar a responsabilidade política e social do sistema de justiça. Mormente no processo de implementação de políticas públicas, diante do caráter prestacional dos direitos sociais, demandando um agir positivo por parte do Poder Público, na maioria dos casos. Cumpre ressaltar a vinculatividade dos percentuais mínimos em saúde e educação previstos na

---

[17]NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 47-8.

[18]MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 174.

Constituição Federal, ou seja, uma "esfera do indecidível que não" (Ferrajoli) ou "trunfo" (Dworkin), vinculando as decisões adotadas pelos entes públicos, inclusive o Poder Judiciário[19].

A verdade hermenêutica aponta para o desvelamento do ente "Constituição"[20], sendo que os limites previstos na Lei Maior em matéria de saúde e educação, por exemplo, sinalizam ao administrador a visibilidade das promessas cuja concretização deve ser tarefa de todo intérprete comprometido com a efetividade e a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nessa senda, a crítica de Krell, no sentido de que a "eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público", ressaltando que, no sistema jurídico pátrio "não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos na lei orçamentária", o que implica no fato de que "muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como *imposição*, mas simples *autorização* para gastar dinheiro nas respectivas áreas". Defende, pois, o entendimento de que, em caso de omissão no processo político (Legislativo/Executivo) de implementação de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário intervir para a "realização desses fins sociais através da correição da prestação de serviços básicos"[21].

---

[19]É possível o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o qual tem por objeto as finalidades expressas e implícitas de uma política pública, além dos meios empregados para o atingimento dos fins. A título de exemplo, a adoção de política estadual ou municipal de saúde desvinculada do sistema nacional único, em contrariedade à previsão do artigo 198 da Constituição Federal. A democracia se institucionaliza "ao longo de um incessante e penoso processo trabalho de modelagem das instituições políticas, em defesa da dignidade humana". COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, abr./jun. 1998, p. 46-8.

[20]Para Heidegger, "a verdade veio à tona para nós inicialmente em sua determinação genérica como desvelamento do ente. Desse modo, de uma maneira que ainda não está determinada, ela advém ao ente. Daí se depreende que a verdade é provavelmente determinada de alguma maneira pelo ente mesmo. No entanto, sabemos agora que os entes são diversos de acordo com o seu modo de ser. Daí surgiu a questão de saber se, conforme a sua essência, a verdade também não variaria por fim sempre segundo o modo de ser daquilo de que ela é desvelamento, desencobrimento. Assim, se nos apresenta a tarefa de tornar inicialmente compreensível de que maneira os entes são diversos em vista de seu modo de ser, a fim de deduzir daí como a verdade do ente também se altera em razão desses diversos modos de ser". HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 94-5.

[21]KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31, 100-1.

Depreende-se que as omissões inconstitucionais lançam um desafio sobre a teoria do Direito[22], a partir de sua trajetória evolutiva de limitação ou contenção do poder absoluto do Estado (*checks and balances*), a sufocar o cidadão na livre condução de suas atividades no decorrer da vida. Invocá-lo para escusar a omissão administrativa e a inércia governamental no atendimento às políticas públicas não se afigura a solução mais ajustada à compreensão constitucional contemporânea. Tampouco há se falar em ativismo judicial, mas sim, em um substancialismo que está em consonância com a Constituição dirigente e compromissória, a qual informa e conforma os Poderes Constituídos e Instituições. O potencial de transformação social da Lei Maior é inequívoco e sua dimensão material conduz à hermenêutica que melhor prestigie os direitos fundamentais, afastando-se da abstração das promessas governamentais para "tocar o chão" dos problemas das pessoas.

Do caráter programático das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais, na dependência de uma normatização ulterior pelo legislador infraconstitucional, na atual quadra da história sopram os ventos no sentido da concretização e da implementação direta da Lei Maior, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*. Um dos exemplos acerca dessa virada jurisprudencial é justamente a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal no que toca ao mandado de injunção, passando da teoria abstrata à teoria concretista, em julgamento relativo à greve dos servidores públicos[23].

---

[22]Segundo Canotilho, em sua obra sobre a Constituição Dirigente, afirma que há uma "*omissão constitucional violadora de direitos fundamentais* quando um direito for constitucionalmente garantido e a sua efectivação for prescrita através de uma imposição constitucional concreta". Assinala o autor que, quando um direito social constitucionalmente garantido, "tiver já obtido um certo nível de realização legal é possível conceber-se uma *acção judicial contra o retrocesso ou desigualdade*". Por sua vez, o princípio da igualdade constitui a "pedra de toque da directividade constitucional. Ao exigir *aplicação igual de direito igual*, o princípio da igualdade pressupõe a necessidade de criação de uma *igualdade de oportunidades* através do legislador". Assim, a constituição dirigente "*não substitui a política, mas torna-se premissa material da política*", de maneira que a constitucionalização programática não significa a "*juridicização do governar*; o que evita é a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 481-8.

[23]Para uma análise do referido julgamento (MI 670-9-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007), bem como a evolução jurisprudencial no que tange ao mandado de injunção, na perspectiva da dispensabilidade da *interpositio legislatoris* para a concretização judicial dos direitos sociais, leia-se a importante análise de Cadermatori e Strapazzon, sustentando que a legitimidade da democracia decorre, sobretudo, da responsividade às expectativas normativas decorrentes de um ordenamento constitucional compromissório. CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Sistema garantista e protagonismo judicial". In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207, 219 e ss.

Vale destacar o emprego das *sentenças com efeitos aditivos*, as quais podem ser definidas, em sentido lato, como decisões positivas de inconstitucionalidade cujo conteúdo implique *"tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição*"[24] (grifo do autor). A decisão aditiva tem por objetivo "reprimir omissões legislativas (parciais) inconstitucionais, violações do princípio da igualdade ou discriminações não autorizadas constitucionalmente, remedir vazios provocados pela mera anulação de normas"[25]. Assim, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória deve conter alguns pressupostos, como explica Carlos Blanco de Morais[26].

A revisão judicial de políticas públicas deve ter em mente não apenas a crítica da capacidade institucional do Poder Judiciário, mas também as críticas à capacidade institucional das demais instituições (Executivo e Legislativo), em uma análise comparativa[27]. A questão central, em suma, "não é se pode ou não haver controle judicial, mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial"[28].

No caso português, Sampaio procura destrinçar os diferentes tipos de intervenção judicial em matéria de políticas públicas de direitos sociais, descrevendo de modo pormenorizado as diferentes hipóteses[29].

---

[24]MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 364.

[25]ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

[26] "i) Que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional como fundamento para a reparação imediata e com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada por aquele órgão; ii) Que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia "self executing"; iii) Que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exeqüível por si própria; iv) Que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou dessa norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico". MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. Cit.*, p. 394.

[27]Nesse sentido, BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

[28]BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

[29]"a) decisões jurisdicionais que invalidam políticas públicas por contrariarem parâmetros jurídicos; b) decisões que impõem a implementação de políticas públicas definidas pelas instâncias políticas e não executadas pelo aparato burocrático do Poder Público; c) decisões que obrigam a desenhar e a implementar políticas públicas; d) decisões que reconfiguram aspectos parciais das políticas públicas; e) decisões que impõem a reformulação de procedimentos para a implementação de políticas públicas, os espaços de participação e os níveis de informação pública disponível. Quanto aos remédios jurisdicionais, o autor lista os seguintes: a) remédios declarativos; b) emissão de ordens detalhadas e completas para o cumprimento

Ao traçar uma relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais, Fonte identifica a existência de (1) políticas públicas *essenciais*, referentes ao mínimo existencial (direito às prestações necessárias à manutenção da vida, direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, direção à educação básica e acesso à justiça); e de (2) políticas públicas *não essenciais*, relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais[30].

É possível afirmar, ainda, com Jürgen Habermas que "Em geral, o sistema jurídico global possuiu um grau maior de legitimidade do que normas singulares.[31]" Ao citar Dreier diz explicita sobre as condições necessárias à validade jurídica de um sistema de direitos[32].

Inegável, portanto, que a condição prévia para a validade de qualquer norma jurídica, seja ela aquela decorrente da tradicional via (legislativa) seja ela decorrente da própria atuação normativa que a Constituição atribui ao Poder Judiciário, está na co-relação entre Direito e moral, justificando-se, assim, que a salvaguarda à efetividade de direitos fundamentais se dê pela via da *judicialização* de problemas de ordem social e político.

É por isso que Habermas dirá que a pretensão de validade da ética do Discurso deve ter a sua conformação caracterizada como formal[33], já que não se tem como prever

---

de prestações e serviços; c) emissão de instruções gerais de definição de políticas públicas ou cursos de ação ao Executivo e ao Legislativo, além de um sistema de supervisão; d) emissão de instruções gerais para a definição de políticas mediante um procedimento de diálogo ou intercâmbio de informação para qualificar o processo de implementação dessa política". SAMPAIO, Jorge da Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 657.

[30]No que tange às políticas públicas *essenciais*, os parâmetros de controle sugeridos pelo autor são o princípio da proibição da proteção deficitária e o princípio da vedação do retrocesso, ao passo que, em relação às demais políticas, os critérios propostos são a isonomia, a eficiência, a economicidade e a transparência. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, em especial p. 199 e ss.

[31]HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* Tradução Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.51.

[32] "Em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo lugar, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa". HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p.51.

[33] O princípio da ética do Discurso refere-se a um *procedimento*, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validez normativas; nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como *formal*. Ela não indica orientações conteudísticas, mas um processo: o Discurso prático. Todavia, este não é um processo para a geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Os Discursos práticos têm que fazer com que seus conteúdos lhes sejam dados. Sem o horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social e sem conflitos de ação numa determinada situação, na qual os participantes considerassem como sua tarefa a regulação consensual de

todas as hipóteses em que se estará diante de direitos fundamentais, muito menos também é possível prever de antemão quais as hipóteses em que o Poder Judiciário está autorizado a atuar (na hipótese de inércia do Poder Legislativo?). Daí a necessidade de considerar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, cuja atribuição constitucional, dentre outras, compreende a árdua tarefa de normatização do Direito.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo das últimas décadas é possível identificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ratificar as disposições constitucionais sobre o "princípio da diferença", isto é, como um desdobramento do princípio da igualdade, que, por imposição da moral pública, exige que o Estado trate todos com "igual consideração respeito". Daí a relevância deste estudo que se dispõe a traçar um singelo panorama dos precedentes do Supremo Tribunal Federal como parte formadora do conjunto normativo do País.

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 33.072, j. 07-8-2014[34], debateu-se a reserva aos negros de 20% das vagas oferecidas em concurso público na Administração Direta e Indireta da União, com a alegada omissão dos Poderes Judiciário e Legislativo, entendeu a Corte Superior por negar provimento ao recurso, sob o fundamento da impropriedade do mandado de segurança e de que a realização de políticas públicas compensatórias da discriminação não pode prescindir da participação ativa dos cidadãos no processo político. Ressaltou a Ministra-Relatora Cármen Lúcia a posição da Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.029, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 26-6-2012, no sentido de não caber ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais, por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto.

---

uma matéria social controversa, não teria sentido querer empreender um Discurso prático. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, p.125

[34]STF. Agravo Regimental no MS nº 33.072. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Dj 07-08-2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7342541, acesso em 25-03-2018.

No Recurso Extraordinário 597285[35], julgado em maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade das políticas de ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior, com o uso de critério étnico-racial, no caso, o programa de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (reserva de vaga ou estabelecimento de cotas). No caso específico, a UFRGS, no edital do Concurso Vestibular 2008, estabelecera um percentual de 30% das vagas para egressos do sistema público, destinando, deste total, 50% para autodeclarados negros[36]. Houve divergência dos Ministros quanto aos fundamentos empregados para justificar a política de cotas raciais, destacando-se os seguintes argumentos: a) histórico (preconceito racial ao longo do tempo); b) dignidade da pessoa humana; c) compensação de desigualdades impostas contra as minorias; d) autonomia universitária. A maioria, quanto ao mérito, desproveu o recurso extraordinário, sendo que, em seu voto (vencido), o Min. Marco Aurélio questionou a proporcionalidade da instituição de 30% das vagas para cotistas, centrando o debate no fator de discriminação quanto à origem escola pública e escola privada e na importância do sistema meritório para o acesso ao ensino superior. Contudo, como bem observou a maioria, o critério meritocrático não é o único de ingresso ao ensino nas universidades, havendo uma imbricação entre os fatores racial, social e econômico, na linha do que assentado pelo Min. Joaquim Barbosa. A seu turno, em um raciocínio voltado à tradição histórica (no sentido inautêntico) de discriminação no Brasil, a partir do exame do código binário inclusão/exclusão, o Min. Ayres Britto salienta as diferenças entre cotas sociais e cotas raciais, com o seguinte recorte da realidade social, cabendo transcrição em nota de rodapé[37].

---

[35]STF. Recurso Extraordinário: RE nº 597285. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dj. 9-5-2012. Disponível: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998 – Acesso em 05-04-2018.

[36]A Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, salientou que o impetrante pretendia o ingresso no curso de Administração-Noturno, sendo que "de um total de 160 vagas, 112 estavam destinadas para acesso universal e 48 para inclusão social, sendo destas 24 para autodeclarados negros. Não havia, pois, para candidato impetrante, o acesso às 160 vagas, se a sua colocação era 132ª. Sabia, pelo edital, que estavam disponíveis 112 vagas e não 160. Desta forma, se há um número determinado de vagas reservado para candidatos provenientes do ensino público e para candidatos autodeclarados negros provenientes do ensino público, ninguém retira o lugar de ninguém, estando os cotistas, apenas, ocupando um espaço que lhes é de direito. Inexiste, pois, o alegado direito líquido e certo da parte impetrante".

[37] [...] Enquanto o pobre é discriminado por algo externo a ele mesmo, à sua anatomia – que seria a falta de anel no dedo; de canudo de doutor debaixo do braço; ou um automóvel último tipo; ou uma casa residencial suntuosa, luxuosa; ou uma conta bancária polpuda; roupas; nível de vida –, o negro é discriminado por algo interior a ele: a cor da pele. Isso é completamente diferente, é como se padecesse de um déficit congênito, inato, de hipossuficiência ou de indignidade.

Mediante a ADPF 186/2012[38], de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal tratou do tema do questionamento de atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. A Corte assentou a constitucionalidade das ações afirmativas, decidindo pela improcedência da demanda, invocando fundamentos diversos: a) princípio da igualdade material; b) mecanismos institucionais de correção de distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade; c) quadro histórico de desigualdade; d) critérios étnico-racionais ou econômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso V, da CF/88); e) justiça social como reconhecimento de valores culturais diversificados, mais do que redistribuição de riquezas criadas pelo esforço coletivo; f) legitimidade das ações afirmativas fundadas na discriminação reversa se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem, sob pena de tais políticas se converterem em benesses permanentes (transitoriedade das políticas de ações afirmativas).O relator destacou em seu voto os dados colhidos na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre políticas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior, que se realizou nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, ressaltando que o "mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo um critério puramente linear", ou seja, atentando para a necessidade de observância do princípio da igualdade material. O Min. Joaquim Barbosa acompanhou na íntegra o voto do relator. A Ministra Rosa Weber também destacou, em seu voto, o contributo das audiências públicas, reconhecendo que os "concorrentes às vagas de cotistas, como emerge das audiências e das informações dos *amici curiae*, devem passar por uma nota de corte, de forma que entre eles está presente o critério do mérito". No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia. Já o Min. Gilmar Mendes diverge quanto à fundamentação do relator, efetuando uma distinção entre política de ações afirmativas (gênero) e cotas (espécie),

[38]STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Dj. 26-4-2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf - acesso em 05-04-2018. O Partido Democratas (DEM) ingressou com arguição de descumprimento de preceito fundamental, que visava à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UNB), instituindo o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. O pedido foi julgado improcedente pelo STF.

externando preocupação com o critério puramente racial, entendendo que o critério eleito pode permitir uma possível distorção, haja vista que pessoas que tiveram, embora "consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar esse caminho facilitário das cotas", porque não se leva em conta "o referencial de índole social", reafirmando a transitoriedade das políticas de ações afirmativas (*experimentalismo institucional*). O Min. Marco Aurélio, por sua vez, diferentemente do voto proferido no RE 597285, invocou o argumento histórico para sustentar a constitucionalidade da política de ações afirmativas, delimitando a matéria à discriminação racial.

Na ADIN 3330, de relatoria do Min. Ayres Britto, em maio de 2012, o STF reconheceu a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (PRONUNI), em atenção ao princípio constitucional da isonomia, diante das ações afirmativas do Estado para o acesso ao ensino superior, que tem por base o critério social[39].

As decisões do STF acima foram recentemente ratificadas pelo julgamento da ADC nº 41[40], de junho de 2017, considerando constitucional a reserva de vagas para

---

[39] [...] o PROUNI, o qual tem sido bastante bem-sucedido, optou por programa de ação afirmativa que leva em consideração critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada, com sucesso, parece ser bastante mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial. O debate é complexo e não se está a propor soluções milagrosas, mas apenas a demonstrar que a introdução do critério de renda, além de outros, conjugados que sejam com o critério racial, tem o condão de conferir segurança à política de cotas, bem como uma maior eficácia social da referida política e a prevenção de conflitos raciais que, deve-se sempre salientar, são escassos no Brasil. ADIN 3330. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 3-5-2012.

[40] A referida decisão assentou três fundamentos: i) a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente; ii) , não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais; iii) a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n° 12.990/2014. STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade: ADC

negros em concursos públicos, autorizando a autodeclaração e de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa, confirmando a constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014.

Também, no que tange às ações afirmativas para pessoas com deficiência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 440.028[41], em 29-10-2013, Primeira Turma, apreciou caso envolvendo o acesso a prédio público por pessoa com deficiência. Entendeu a Suprema Corte que a Constituição Federal, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e as Leis n.º 7.853/89 (federal), n.º 5.500/86 e n.º 9.086/95, ambas do Estado de São Paulo, asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem. O Relator, Ministro Marco Aurélio, ressaltou que faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, destacando que a jurisprudência da Corte contempla três requisitos para viabilizar a incursão judicial: a) a natureza constitucional da política pública reclamada; b) a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; c) a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. As premissas que assentam a decisão são as seguintes: 1) diante da inércia legislativa, não há preceitos sem eficácia, incidindo no caso a dignidade da pessoa humana e a busca de uma sociedade justa e solidária (artigos 1º, inciso III, e 3, inciso I, da CF/88); 2) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, bem como a denominada "cláusula constitucional de abertura", acolhendo outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (artigo 5º, § 1º e § 2º, da CF/88); 3) o acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaçada de lesão a direito é cláusula pétrea. Permite-se transcrever trecho da decisão[42].

---

nº 41/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, j. em 08/06/2017, Tribunal Pleno do STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em 05-04-2018.

[41] STF. Recurso Extraordinário: RE nº440.028. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 29-10-2013 – JusBrasil, 2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707308/recurso-extraordinario-re-440028-sp-stf/inteiro-teor-112170333 - acessado em 25-03-2018.

[42] [...] Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. O artigo 206, inciso I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância a regra constitucional,

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu a favor da acessibilidade das pessoas com deficiências físicas aos prédios públicos, ao julgar o RE 722778, j.25-03-2014, reafirmando os fundamentos do RE 440.028, de 29-10-2013, no sentido de que a Constituição da República e a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência asseguram o direito fundamental de acessibilidade, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem. Quanto ao estabelecimento de prazo para a atuação da Administração Pública, entendeu o STF que a legislação infraconstitucional, em especial a Lei n.º 10.098/2000 e o Decreto regulamentador n.º 5.296/2004 cuidam da matéria, prevendo que a implementação das adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas deverá ser iniciada a partir do primeiro ano de vigência da lei. A Corte negou provimento ao Agravo Regimental no RE 722778[43].

Sobre o tema, já em 22-05-2013, sob a relatoria do Min Dias Toffoli, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a ADIN 903 julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.820/92, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre adaptação dos veículos de transporte coletivo com a finalidade de assegurar seu acesso por pessoas com deficiência ou dificuldade de locomoção.

---

colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade. A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania. [...] Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra O Espírito das Leis, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem a opção da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados. A doutrina chama a atenção para o fato, muitas vezes despercebido, de ser despiciendo evocar princípios constitucionais – como separação de Poderes ou democracia – quando o direito à prestação positiva vem expressamente estampado na legislação ordinária. É a situação que Ingo Wolfgang Sarlet denominou "direitos derivados a prestações" (A eficácia dos direitos fundamentais, 2005, p. 302). Como afirmado, o direito buscado neste processo decorre diretamente dos princípios e regras constitucionais, o que é, até mesmo, requisito para o acesso ao Supremo na afunilada via do recurso extraordinário.

[43]STF. Agravo Regimental no RE 722778. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Dj. 20-01-2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24867204/recurso-extraordinario-re-722778-mg-stf – Acessado em 25-03-2018.

Assentou a Corte o lugar constitucional conferido pela ordem jurídica no sentido da proteção das pessoas com deficiência, sendo que, diante da superveniência de lei federal (Lei n.º 10.098/2000), a legislação mineira, embora constitucional, perde a força normativa, na atualidade, naquilo que contrastar com a legislação geral de regência do tema, por força do artigo 24, § 4º da CF/88[44].

Todas as disposições constitucionais reafirmadas nas decisões da Corte Superior no que se refere à necessidade do amparo estatal à pessoas com deficiência, foram ratificadas recentemente no julgamento da ADI 5357 MC/DF, relator Ministro Edson Fachin, j.09/06/2016, Tribunal Pleno, mais precisamente sobre a constitucionalidade do ensino inclusivo previsto na Lei nº13.146/2015[45].

CONCLUSÃO

O tema do controle judicial das políticas públicas, tomando-se como exemplo privilegiado as ações afirmativas, é marcado por intensos debates, de maneira que a análise da argumentação jurídica é de fundamental importância para se aferir o percurso interpretativo adotado.

A importância não apenas do resultado prático alcançado, mas, principalmente, do *percurso argumentativo*[46] invocado é fundamental para a construção da solução constitucionalmente adequada. Dworkin traz um importante exemplo para a compreensão

---

[44]STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADIN nº 903. Relator: Ministro Dias Toffoli. Dj. 22-5-2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5236160. Acesso em 05-04-2018.

[45] "(...) a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV (...)".

[46] Sobre o tema atinente à relevância do percurso argumentativo em detrimento ao mero resultado, o qual, por um lapso de sorte, pode ser o correto na medida que se dispõe de cinquenta por cento de chances para os dois lados, vide p.97-99, COSTA, Marcelo Cacinotti e LIMA, Vinicius de Melo Lima. *Decisão Judicial & Democracia*: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

do raciocínio referente à responsabilidade política do julgador: tome-se o caso das ações afirmativas e as decisões proferidas no sentido favorável à tese das cotas raciais nas universidades. Pode chegar-se a idêntica conclusão lançando uma moeda para cima (cara ou coroa), ou assistindo a um programa de televisão. A decisão tomada com base em tais critérios ou premissas é produzida sem responsabilidade política por parte do intérprete, diferentemente do caso no qual houve uma reconstrução dos argumentos à luz da coerência e da integridade do Direito, sob a melhor luz das práticas interpretativas da comunidade política.

Percebe-se a necessidade do estabelecimento dos critérios para o controle jurisdicional de políticas públicas, sobretudo diante as fronteiras entre a judicialização da política, uma contingência que decorre da omissão dos poderes públicos na concretização de direitos sociais, e o ativismo judicial, que vem a ser um comportamento ou uma postura do julgador, substituindo argumentos jurídicos por uma discricionariedade pautada em critérios morais, políticos ou econômicos.

O mínimo existencial, a reserva do possível objetivamente comprovada, a razoabilidade, a proibição da proteção insuficiente, a proibição do retrocesso social, a universalizabilidade, entre outros parâmetros, têm sido adotados nos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de políticas públicas e ações afirmativas.

Não é possível, pois, o manejo de ações civis públicas como instrumento de governabilidade, sob pena de absorção da agenda do orçamento público, por critérios jurisdicionais discricionários, promovendo-se uma espécie de "colonização" da política pelo direito. A esse respeito, um dos maiores desafios da Corte Constitucional Brasileira é o decorrente da omissão inconstitucional (parcial ou total), o que reflete no julgamento das ações afirmativas[47].

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

[47] Por conseguinte, é possível o controle jurisdicional de políticas públicas, mediante a identificação de certos parâmetros hermenêuticos: a) a política pública constitucionalmente prevista; b) a vinculação entre a política pública e os direitos fundamentais; c) a omissão inconstitucional legislativa, reputando-se a legitimidade democrática das *decisões ou sentenças aditivas*; d) em se tratando de omissão inconstitucional administrativa, impõe-se, como decorrência do direito fundamental à governança responsável, a sindicabilidade das decisões alocativas do Poder Público à luz das prioridades constitucionais.

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

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*: the supreme court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986;

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013;

CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Sistema garantista e protagonismo judicial". In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001;

COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, abr./jun. 1998;

COSTA, Marcelo Cacinotti e LIMA, Vinicius de Melo Lima. *Decisão Judicial & Democracia*: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017;

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the american constitution. New York: Oxford University Press, 1996;

DWORKIN, Ronald. *Is democray possible here?* Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006;

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013;

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* Tradução Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012;

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russel, 2003;

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia.* Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

HONETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003;

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002;

MARÍA BANDIERI, Luis. Justicia Constitucional y democracia: un mal casamiento? *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Juspodivm, 2012;

MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005;

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica* democrática. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2014;

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006;

SAMPAIO, Jorge da Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014;

SARMENTO, Daniel. "Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos". *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Juspodivm, 2012;

STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade: ADC nº 41/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, j. em 08/06/2017, Tribunal Pleno do STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em 05-04-2018;

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADIN nº 903. Relator: Ministro Dias Toffoli. Dj. 22-5-2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5236160. Acesso em 05-04-2018;

STF. Agravo Regimental no MS nº 33.072. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Dj 07-08-2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7342541, acesso em 25-03-2018;

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Dj. 26-4-2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf - acesso em 05-04-2018;

STF. Recurso Extraordinário: RE nº 597285. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dj. 9-5-2012. Disponível: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998 – Acesso em 05-04-2018;

STF. Recurso Extraordinário: RE nº440.028. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 29-10-2013 – JusBrasil, 2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707308/recurso-extraordinario-re-440028-sp-stf/inteiro-teor-112170333 - acessado em 25-03-2018;

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2007;

VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003;

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, nº 115, 2006.