



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

FÁBIO DE OLIVEIRA CORDEIRO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Salvador

2009

FÁBIO DE OLIVEIRA CORDEIRO

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior.

Salvador
2009

Biblioteca Central Reitor Macêdo Costa - UFBA

Cordeiro, Fábio de Oliveira. Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais. Fábio de Oliveira Cordeiro. – 2009.

271 f. Inclui anexo.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2009.

Banca examinadora: Dirley da Cunha Júnior (Orientador), Ricardo Maurício Freire Soares e George Sarmiento Lins Júnior.

1. Direitos sociais – 2. Políticas públicas – 3. Efetividade. I. Título.

CDD: 341.27

CDU: 347.98

FÁBIO DE OLIVEIRA CORDEIRO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal da Bahia visando a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Salvador,

Componentes da Banca Examinadora:

Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior (Orientador)

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares

Professor Doutor George Sarmiento Lins Júnior

Aos meus pais, RENATO e LUZIA, que, mesmo sem jamais terem conhecido a Universidade, sempre me estimularam na busca do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, RENATO e LUZIA, por me ensinarem o valor da educação, estimulando-me desde a infância, mesmo sem terem tido a oportunidade de sequer concluir o segundo grau.

Ao meu irmão, RENATO JR., parceiro nestes vinte e sete anos de existência, meus caminhos jamais teriam sido os mesmos sem sua presença.

À LIANE, pelo amor e compreensão desde que passou a fazer parte desta história.

Aos lordes da ilusão, sem dúvida aquilo que de mais belo eu construí até hoje foi nossa amizade, me orgulho por ter vocês, por comemorarem cada vitória com felicidade igual ou maior que a minha.

Ao professor Doutor DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, pela orientação e apoio; o brilhantismo dos seus trabalhos é um caminho seguro a quem quer que se aventure nos desafios do Direito Constitucional.

Aos professores doutores RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES e GEORGE SARMENTO, pela participação na banca examinadora; humildemente agradeço as contribuições, posto que o conhecimento não se constrói sozinho, mas sempre por meio de diálogos.

Aos professores do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, notadamente Professores Doutores RODOLFO PAMPLONA e NELSON CERQUEIRA; o curso de mestrado não poderia ter tido começo melhor que nossas aulas de Metodologia da Pesquisa.

Aos colegas do Programa de pós-graduação, notadamente JOSÉ REIS NETO e OSMIR ANTÔNIO GLOBEKNER, cujo brilhantismo cria um ambiente estimulante e saudável.

Aos bibliotecários da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito, MARCOS, ALEX, MARIO SÉRGIO, MARIVALDO, dona SIMONE, AUDIR e dona CARMEN; vocês, mais do que ninguém, sabem o esforço despendido para atingir este objetivo. Obrigado pelo apoio e por terem feito tudo o que podiam para ajudar-me, sem vocês teria sido muito mais difícil.

Aos professores NELSON DE SOUZA SAMPAIO e MACHADO NETO (em memória) e FREDIE DIDIER JÚNIOR; a disponibilização dos seus acervos evidencia a visão cooperativa da ciência, em que o sucesso de um significa o de todos que a ela se dedicam. Aos dois primeiros, certamente a vastidão de seu conhecimento refletida em suas estantes perpetuará durante décadas seus honrosos nomes.

A estes e a todos os outros que, pela limitação do espaço, deixo de referir especificamente, mas que ajudaram nestes dois anos de esforço, muito obrigado.



RESUMO

Trata o presente trabalho dissertativo da possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas a fim de contribuir para a maior efetividade dos direitos sociais. A atual Constituição brasileira é marcada pelo caráter dirigente expresso em normas definidoras da atuação do Estado em face dos direitos fundamentais dos cidadãos. Não obstante a relevância dos direitos sociais outorgados pela Carta Constitucional, a eficácia jurídica das normas a estes relativas é reduzida por uma visão conservadora do seu caráter programático. Após 20 anos de sua promulgação, o desafio da efetividade destes direitos se impõe de forma cada vez mais urgente, exigindo-se uma nova conformação do Estado e do Poder Judiciário. Neste diapasão, o principal objetivo do presente estudo é verificar a possibilidade de valorização destas normas pela atuação judicial no controle das políticas públicas, tendo em vista ser este o meio crucial à sua efetivação. Desta forma, as características elementares a tais direitos, tidos em sua evolução histórico-constitucional, permitem a adoção da hipótese principal de compatibilidade deste controle não só em relação à finalidade discutida, como também com a atual conformação do ordenamento jurídico e do Estado Social. Assim, e de acordo com o método hipotético-dedutivo, o teste de “falseamento” da assertiva é procedido a partir da análise das principais objeções que lhe são opostas, entre as quais o caráter meramente programático das normas de direitos sociais, a separação das funções estatais, a discricionariedade administrativa na implementação de tais direitos e a tese da reserva do possível. Para tanto, tem-se como marco teórico a *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy, analisando-se os conflitos principiológicos envolvidos no problema abordado por meio da técnica de sopesamento a fim de garantir a maior efetividade possível dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais – Políticas públicas – Efetividade.

ABSTRACT

Deals this dissertative work the possibility of action of the Judiciary in the control of public policies to contribute to the greater effectiveness of social rights. The current Brazilian Constitution is marked by the character as leader standards defining the performance of the state in face of fundamental rights of citizens. Despite the relevance of Social Rights granted by constitutional charter, the legal standards relating to these is limited by a conservative vision of their programmatic nature. After 20 years of its promulgation, the challenge of the effectiveness of these rights is needed in increasingly urgent, demanding of a new conformation of the State and the Judiciary. In pitchfork, the main objective of this study is to assess the possibility of recovery of these standards by the judicial role in the control of public policies in order to be the crucial means for its realization. Thus, the basic characteristics of such rights, taken in its historical and constitutional developments, allow the adoption of the main hypothesis of compatibility of the control not only for the purpose discussed, as well as with the current configuration of the legal system and the welfare state. Thus, in accordance with the hypothetical-deductive method, the test of “distorting” the assumption is made from the analysis of the main objections to it are opposed, among which the character purely programmatic standards of social rights, separation of state functions, the administrative discretion in the implementation of such rights and the thesis of the book possible. Thus, it has as a theoretical framework *Theory of fundamental rights* by Robert Alexy, examining the principle conflicts involved in the problem by the technique of balancing in order to ensure the greatest possible effectiveness of fundamental social rights.

Keywords: Social rights – Public policies – Effectiveness

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.1 Evolução histórica.....	18
2.1.1 O jusnaturalismo cristão.....	20
2.1.2 O “jusracionalismo” do período iluminista.....	22
2.1.3 O positivismo jurídico do século XIX.....	24
2.1.4 O direito no século XX.....	27
2.1.5 A positivação dos direitos fundamentais e sua classificação em “gerações”.....	29
2.1.5.1 A primeira dimensão dos direitos fundamentais.....	30
2.1.5.2 A segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	34
2.1.5.3 A terceira dimensão de direitos fundamentais.....	35
2.1.5.4 A quarta dimensão dos direitos fundamentais.....	37
2.1.5.5 A quinta dimensão dos direitos fundamentais.....	37
2.1.5.6 Conclusões acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais.....	38
2.2 Conceituação dos direitos fundamentais.....	44
2.2.1 Elemento formal e material do conceito.....	45
2.2.1.1 O critério formal.....	45
2.2.1.2 O critério material – a dignidade da pessoa humana.....	49
2.3 Direitos sociais x direitos individuais.....	55
2.3.1 Os direitos individuais.....	55
2.3.2 Os direitos sociais.....	58
2.4 Perspectivas dos direitos fundamentais.....	60

3. NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL	66
3.1 A norma jurídica	66
3.2 Natureza da norma de direito fundamental	71
3.2.1 Distinções entre regras e princípios.....	71
3.2.2 Teorias acerca da natureza dos direitos fundamentais.....	76
3.2.3 Normas de direitos fundamentais como normas-princípio.....	76
3.2.4 Normas de direitos fundamentais como normas-regra.....	77
3.2.5 As normas de direitos fundamentais como um modelo misto de regras e princípios.....	78
3.3 A eficácia das normas jurídicas de direitos sociais	79
3.4 As normas programáticas.....	81
3.5 Classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia.....	84
3.5.1 Normas constitucionais self-executing e not self-executing.....	84
3.5.2 A classificação de Vezio Crisafulli	85
3.5.3 A classificação de José Afonso da Silva.....	87
3.5.4 A classificação de Luis Roberto Barroso.....	92
3.5.5 A classificação de Ingo Wolfgang Sarlet.....	95
3.5.6 O entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta.....	97
3.5.7 As críticas opostas por Virgílio Afonso da Silva.....	98
3.5.8 Posição pessoal quanto às normas de direitos fundamentais entre as diversas classificações	102
3.5.8.1 Eficácia dos direitos individuais x direitos sociais.....	102
3.5.8.1.1 A densidade normativa como elemento diferenciador das normas de direitos fundamentais	103
3.5.8.1.2 Da restringibilidade das normas de direitos fundamentais	110
3.5.8.1.3 Da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos sociais.....	112
3.5.8.2 Conclusões quanto aos diversos critérios classificatórios.....	119

4. EFICÁCIA SUBJETIVA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	123
4.1 O direito subjetivo: teorias explicativas.....	123
4.1.1 A teoria da vontade.....	124
4.1.2 A teoria do interesse	126
4.1.3 As teorias mistas.....	128
4.2 A situação jurídica	129
4.3 O direito subjetivo como situação jurídica	131
4.4 Os direitos públicos subjetivos	137
4.4.1 A teoria dos status de Georg Jellinek	138
4.4.2 As posições jurídicas em Robert Alexy.....	140
4.4.3 Os direitos a algo.....	141
4.4.3.1 Direitos a ações estatais positivas	142
4.4.3.1.1 Direitos a proteção.....	144
4.4.3.1.2 Direitos a organização e procedimento.....	145
4.4.3.1.3 Direitos a prestações em sentido estrito	146
4.4.4 As liberdades.....	147
4.4.5 As competências.....	148
4.4.6 Os direitos fundamentais completos	149
4.4.7 As normas programáticas de direitos sociais do art. 6.º da Constituição Federal e os direitos subjetivos delas decorrentes.....	150
4.4.7.1 Direitos de defesa	150
4.4.7.2 Direitos a prestações positivas	152
5. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	158
5.1 As políticas públicas: conceito e principais características	160
5.1.1 A natureza jurídica das políticas públicas	164
5.1.2 Etapas relativas às políticas públicas.....	168
5.2 A intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.....	170

5.2.1	A separação de funções como óbice ao controle judicial de políticas públicas.....	171
5.2.1.1	Antecedentes históricos da separação das funções estatais.....	174
5.2.1.2	A separação de funções sob a atual concepção do Estado de Direito.....	179
5.2.2	A discricionariedade como limite ao controle judicial da atividade administrativa	183
5.2.2.1	A vinculação do Estado à opção racional.....	187
5.2.2.2	A discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas.....	196
5.2.3	A teoria da reserva do possível.....	201
5.2.3.1	Posição pessoal acerca dos limites impostos pela reserva do possível	204
5.2.3.1.1	O mito da escassez dos recursos como legitimação da inércia estatal.....	206
5.2.3.1.2	Acerca da capacidade técnica de intervenção do Poder Judiciário nas opções administrativas de alocação de recursos.....	217
5.3	Notas acerca de um modelo viável de atuação judicial no controle das políticas públicas de direitos sociais.....	219
5.3.1	A ação civil pública como meio processual de controle	220
5.3.2	Parâmetros da decisão judicial no controle das políticas públicas.....	224
	CONCLUSÃO	234
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	254
	ANEXOS	264

1

INTRODUÇÃO

Os caminhos do constitucionalismo neste século impõem novos desafios aos estudiosos da área em razão das radicais transformações sofridas pela organização política do Estado no século XX.

De fato, não se admite atualmente que as “promessas da modernidade” permaneçam relegadas à condição de meras promessas e que a positivação dos direitos fundamentais sociais tenha um caráter meramente retórico, fundamentado numa já esgarçada visão das normas programáticas que lhe instituem.

Entre tais desafios encontra-se, portanto, a busca de meios aptos a permitir a máxima efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, discussão em que se inclui o tema abordado pelo presente estudo.

A fim de contribuir com este objetivo, coloca-se como principal problema de pesquisa a possibilidade teórica, tendo em vista a atual conformação do Estado Democrático de Direito, de atuar o Poder Judiciário no controle das políticas públicas a fim de potencializar o alcance dos direitos fundamentais sociais por elas visados.

A utilização do método hipotético-dedutivo¹ orienta a elaboração do texto, que em um primeiro momento busca a construção da hipótese a partir dos elementos teóricos envolvidos, ao que se segue a sua confrontação com as principais objeções a ela opostas com o objetivo de encontrar as conclusões ao final expostas.

1. POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. passim.

Quanto ao marco teórico que sustenta a abordagem, pode-se citar o trabalho de Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, a partir do qual as questões relativas aos direitos prescricionais são vistas sob o prisma da “teoria dos princípios” buscando-se, por meio da técnica de sopesamento das normas envolvidas no caso concreto, as respostas mais aptas a tal finalidade.

Neste contexto a elaboração da hipótese principal do estudo exige inicialmente a identificação daquilo que se pode entender por “direito fundamental”. O cumprimento de tal tarefa se dá pela análise da evolução histórica do conceito em suas inseparáveis relações com o contexto econômico, social e da filosofia do direito em cada período.

Sendo assim, da mesma forma que a concepção de Estado foi extremamente alterada nos últimos séculos, os direitos fundamentais assumiram diversas perspectivas, ora buscando garantir a omissão do Estado em face do cidadão, as liberdades públicas, ora objetivando a sua atuação interventiva na sociedade, mediante a implementação dos direitos sociais.

Há que observar, no entanto, que, em que pesem as diversas concepções consideradas no decorrer da história dos direitos fundamentais, é inegável o posicionamento privilegiado destes, em todas as suas concepções, como vértice da atividade estatal, orienta-a e legitima-a.

Tal circunstância é conhecida por “dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais”, sendo elemento indispensável para a compreensão da importância destes como elemento conformador do ordenamento jurídico, da atuação do Estado e, inclusive, dos particulares, questões às quais se dedica o primeiro capítulo do presente estudo.

A relevância assumida por tais direitos na atual estruturação do Estado, no entanto, diverge das clássicas concepções acerca das normas programáticas pelas quais se deu a previsão normativa dos direitos sociais. Tais visões comprometiam-se muito mais com o fortalecimento do caráter meramente retórico em que se deu a institucionalização de tais normas, do que com a busca dos elementos teóricos diferenciados quanto à sua aplicabilidade.

Vários os estudos empreendidos no esforço de, a partir da classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, identificar os exatos contornos da aplicabilidade das normas programáticas definidoras de direitos fundamentais.

A apresentação das principais reflexões doutrinárias acerca do tema é tarefa cumprida no segundo capítulo do texto, em que se busca averiguar a suposta existência de divergências estruturais, quanto à sua aplicabilidade, das normas definidoras de liberdades públicas em relação às programáticas que instituem os direitos sociais.

As alegadas diferenças, no entanto, entre as quais a abertura semântica e estrutural das normas programáticas definidoras de direitos, mostram-se insuficientes para que se justifique a diversidade quanto à eficácia de tais normas, sendo possível em ambos os casos verificar a constituição de verdadeiros direitos públicos subjetivos.

A abordagem pormenorizada de tais direitos é empreendida no terceiro capítulo da obra. Neste ponto, a definição do conceito de “direito subjetivo” mostra-se hábil a corroborar a hipótese secundária já enunciada, qual seja a identificação das normas definidoras de liberdades públicas e de direitos sociais, quanto às situações jurídicas subjetivas delas decorrentes.

Conclui-se o ponto com a apresentação dos direitos públicos subjetivos decorrentes de tais normas, para o que se adota a classificação apresentada por Robert Alexy.

Tais conclusões parciais permitem-nos enunciar a hipótese principal do estudo: o controle judicial de políticas públicas é tarefa apta a contribuir com o *dever* institucional do Estado Democrático de Direito de implementar os direitos fundamentais dos quais retira a sua legitimidade, quer sejam de natureza defensiva, ou prestacional, sendo absolutamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

A submissão desta hipótese às principais críticas que lhe são opostas é feita no último capítulo do texto, sob o parâmetro das características específicas do conceito de políticas públicas adotado.

Aborda-se, então, a questão da separação das funções estatais como elemento de limitação do chamado “ativismo judicial” em que se incluiria a atribuição objeto deste estudo.

Próxima desta questão, discute-se a alegada discricionariedade administrativa na definição dos meios pelos quais se deve dar a implementação dos direitos prestacionais, resultando na suposta insindicabilidade do mérito administrativo.

Por fim, enfrenta-se a tese que defende a subordinação da efetividade dos direitos sociais à disponibilidade financeira do Estado, incumbindo aos poderes políticos a determinação das escolhas alocativas das verbas públicas existentes.

Conforme se vê, não são poucos os desafios lançados à análise do tema em testilha, cabendo ainda mencionar a metodologia apta à implementação do referido controle, caso este se mostre possível.

Não se pode duvidar, portanto, da importância da discussão do tema, bem como da razoabilidade dos argumentos a ele relativos, tanto na defesa da tese quanto da sua objeção.

A síntese de tais elementos de maneira racional e razoavelmente completa é finalidade última do estudo, que se espera ter sido eficazmente cumprida.

2

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Indubitavelmente, a abordagem acerca dos direitos fundamentais é ponto de partida indispensável à análise do tema proposto no presente trabalho dissertativo.

De fato, tamanha a importância de tal rol de direitos que sua existência define o próprio Estado constitucional contemporâneo, que só poderá ser assim considerado na medida em que garanta, por meio de uma norma fundamental, além da própria organização do Estado, a defesa destes direitos.

2.1 Evolução histórica

Neste sentido, verifica-se que a aproximação do conceito do que se pode entender por direitos fundamentais não prescinde da demonstração de sua evolução histórica.

Ao revés, no entanto, a concatenação dos elementos históricos necessários à formação do conceito em estudo exige a definição de balizas inescapáveis.

Importa ressaltar de início, portanto, que a evolução histórica daquilo que hodiernamente se denomina de direitos fundamentais se identifica com a história da relação entre o poder do Estado e o indivíduo.

A busca dos elementos pelos quais o poder nas sociedades humanas se limita e legitima é o próprio estudo da história dos direitos fundamentais.

A própria existência de relações de poder, todavia, sugere a concomitância de questionamentos acerca de elementos que o limitem e justifiquem perante determinado grupo. Sob esta

perspectiva, e do ponto de vista material do conceito de direitos fundamentais, sua existência remonta à própria existência da humanidade.²⁻³

Por outro lado, verifica-se ainda o paralelismo apontado por Antonio-Enrique Pérez Luño entre a evolução filosófica dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento legal.⁴

Sendo assim, a compreensão dos direitos fundamentais na atualidade exige a apresentação, ainda que sucinta – tendo em vista não ser este o objetivo final do trabalho –, da evolução histórica da sociedade sob o aspecto político, econômico e filosófico, em que se inclui a filosofia jurídica.

Sob esta visão, Fábio Konder Comparato identifica como marco ancestral da limitação do poder do governante o reinado de Davi em Israel de 996 a 963 a.C. afirmando ter sido marcado pelo fato de não se colocar o rei como um poder supremo, mas sim a serviço de algo maior, a implementação da Lei divina na terra.⁵

Séculos após, a democracia grega representa relevante marco na limitação dos poderes do governante, neste caso, pela submissão de sua vontade à Lei e ao próprio povo mediante uma série de meios de exercício de cidadania ativa.

-
2. Neste sentido STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/I, München: C.H. Beck, 1988, p. 55 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.
 3. Interessante exemplo acerca da história da luta humana contra o arbítrio dos governantes é a tragédia grega Antígona, de Sófocles (496 a.C.-406 a.C.). A peça trata do embate entre os irmãos de Antígona, Polínices, invadindo Tebas, e Etéocles, defendendo-a. Em face da morte de ambos, o Rei de Tebas, Creonte, decide enterrar com glórias de Herói Etéocles, proibindo o enterro de Polínices, que deveria ser deixado aos abutres. Inconformada com tal situação, e questionada pelo rei acerca de sua desobediência, afirma Antígona: “A tua lei não é a lei dos Deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas leis não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram”. BARRETO, Vicente Paulo. Antígona de Sófocles ou os fundamentos da ordem jurídica. In: KLEVEN HUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157-180.
 4. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986. p. 33.
 5. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

Por seu turno, os romanos instituíram complexo sistema de limitação do poder pela sua distribuição em instâncias às quais cabia seu controle mútuo.⁶

Divergências há, no entanto, quanto ao valor da liberdade individual em face do Estado na antiguidade, e, conseqüentemente, dos próprios direitos fundamentais naquele período.

Neste sentido, autores como Priestley indicam que, “Para o antigo grego ou romano, o indivíduo nada era; o Estado era tudo. Para o homem moderno, em muitas nações da Europa, o indivíduo é tudo e o Estado, nada”.⁷

Em que pese a relevância do pensamento clássico para o nascimento dos direitos fundamentais, é a partir da baixa Idade Média que se verifica sua exponencial evolução, inicialmente fundamentada pela doutrina do jusnaturalismo.

2.1.1 *O jusnaturalismo cristão*

É a partir das idéias jusnaturalistas que se inicia o questionamento do poder absoluto alegando-se a existência de um rol de direitos inatos à condição humana decorrente de sua origem divina.

Marco importante do pensamento filosófico do período é a obra de Santo Agostinho (354-430), que, associando a herança helênica ao novo evangelho, criou sua compreensão própria do direito natural.⁸

6. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 43.

7. Apud BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 157.

8. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 75.

De fato, tomou-se a idéia estóica de lei natural, inata ao homem e por ele identificada, por uma *Lex aeterna* resultado da “razão divina” da “vontade de Deus”.⁹

Por sua vez, São Tomás de Aquino (1225-1274) defende a existência de um rol de direitos outorgados ao homem por Deus. Em verdade, retoma a tripartição aristotélica entre a *Lex aeterna*, a *Lex naturalis*, a *Lex humana*.

Enquanto a primeira é a representação exata da lei divina, a segunda é o resultado dos esforços humanos, por meio de sua racionalidade, em identificar o conteúdo da *Lex aeterna*. Por fim, a *Lex humana* representa a legislação de elaboração humana na terra.¹⁰

Dessa forma, sob a perspectiva de que a divindade não teria criado os homens à sua imagem e semelhança para deixá-los à própria sorte, impõem-se limitações à atuação humana na terra com o objetivo de garantir direitos inerentes ao homem pelo simples fato de sê-lo.

É a concepção religiosa da criação do homem em que se identifica o germe do conceito de que, conforme será exposto, surgirão os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

De fato, o criacionismo implica considerar o homem um ser especial em relação aos demais que compõem a natureza, valoroso por si mesmo e igual neste valor intrínseco.¹¹

9. Esclarece Kaufman o fato de não haver clareza na origem desta *Lex aeterna*, da razão, ou de Deus. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 79.

10. Indica o pensador que “omnis Lex humanitatus posita intatum habet de ratione legis, inquantum lege nature derivatur”, ou seja, toda lei humana tem essência de lei na mesma medida em que derive da Lei natural. Apud GRANERIS, Giuseppe. *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Tradução de Celina Ana Lértora Mendoza. Buenos Aires: Eudeba, 1973. p. 51.

11. Acerca do tema, Fábio Konder Comparato considera que a visão da humanidade como um grupo único é obra recente na história, atribuída notadamente às religiões monoteístas. Afirma que, “[...] nos povos que vivem à margem do que se convencionou classificar como civilização, não existe palavra que exprima o conceito de ser humano: os integrantes do grupo são chamados de ‘humanos’, mas os estranhos ao grupo são designados por outra denominação, a significar que se trata de indivíduos de uma espécie animal diferente. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 12.

Neste sentido, o pensamento teológico da baixa Idade Média identifica no Estado a entidade responsável pela defesa do direito natural, legitimando-se na medida em que o cumpre.¹²

Tal raciocínio determina, inclusive, segundo a doutrina de ambos os pensadores, a possibilidade de resistência do ser humano à atuação do poder em contrariedade à vontade divina.¹³

2.1.2 O “jusracionalismo” do período iluminista

A justificação divina do direito natural é revista no decorrer do iluminismo, passando-se a considerar como fundamento do rol de direitos ditos naturais não mais a vontade divina, mas a própria razão humana. Neste sentido, indica Arthur Kaufmann que a razão no período moderno é:

[...] não só o meio de conhecimento do direito correto, ela é também sua fonte [...] Não há nenhum *logos*, nem idéias em si mesmas existentes, nem *Lex aeterna*, [...] o homem conta apenas e só com a sua capacidade de conhecimento.¹⁴

Entre vários outros teóricos do período, cumpre enunciar as fórmulas encontradas por Pufendorf (1632-1694) para indicar os deveres jurídicos diretamente dedutíveis da razão: a ninguém é dado causar danos a outrem, *neminem laedere*; cada um deve tratar o outro como igual em direitos, *suum cuique*; cada um deve apoiar ao outro tanto quanto possível.¹⁵

12. Interessante estudo acerca do tema é o de Bloch que considera ser um traço característico das religiões ocidentais a atribuição ao Estado do dever de limitar o homem a fim de evitar o pecado, defendendo os direitos naturais do indivíduo. Assim, o ente estatal “significa no solo una poena, sino también un remediun peccati”. BLOCH, Ernest. *Derecho natural y dignidad humana*. Tradução de Felipe Gonzales Vicen. Madrid: Aguilar, 1980. p. 28-29.

13. Neste sentido Fábio Konder Comparato cita Graciano, no Decretum (Dist. 9, Cânon 1), indicado como pai do direito canônico, para quem “as normas positivas, tanto eclesiásticas quanto seculares, uma vez demonstrada a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 20.

14. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito*, p. 84-85.

15. Idem, *ibidem*, p. 89.

Sob a perspectiva racionalista, os teóricos do século XVII passam a defender os direitos do cidadão contra as arbitrariedades do Estado, entre estes pode-se citar John Locke (1632-1704). A fim de evidenciar os valores peculiares à época, cumpre expor o seu pensamento:

Se, como disse, o homem no estado de natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito, por que abriria mão dessa liberdade, por que abdicaria ao seu império para se sujeitar ao domínio e controle de outro poder? A resposta óbvia é que, embora o Estado de natureza lhe dê tais direitos, sua fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões porque, sendo os outros tão reis quanto ele, todos iguais a ele, e na sua maioria pouco observadores da equidade e da justiça, o desfrute da propriedade de que possui nessa condição é muito insegura e arriscada. Tais circunstâncias forçam o homem a abandonar uma condição que, embora livre, atemoriza e é cheia de perigos constantes. Não é, pois, sem razão que busca, de boa vontade, juntar-se com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de “propriedade”.¹⁶

Diverso o foco de Rousseau (1712-1778), que buscou não exatamente a limitação, mas a justificação do poder do Estado por meio do seu contratualismo, pelo qual identifica como real detentor do poder o indivíduo, que o outorga ao Estado resultando na “integração da liberdade com o poder”.¹⁷

Por sua vez, Kant (1724-1804) extrai da racionalidade humana a existência de um direito fundamental a partir do qual os demais são constituídos, a liberdade,¹⁸ aduzindo que o direito “é o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral de liberdade”.¹⁹

Evidente, a partir destes expoentes do pensamento iluminista, serem a liberdade e o individualismo os elementos fundamentais em discussão nos séculos XVIII e XIX.

16. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 92.

17. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 169.

18. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, p. 32.

19. Apud BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 110.

2.1.3 *O positivismo jurídico do século XIX*

Apesar de ter relevante função no nascimento do Estado de Direito, é evidente a incompatibilidade entre as teses jusnaturalistas e a organização política que a partir do século XIX passou a se firmar no Ocidente.

A visão da atividade legislativa do Estado como mera declaração de direitos a ele anteriores diminui sobremaneira a possibilidade de coesão social por meio do ente político, a partir do momento em que este só será legítimo enquanto cumprir os desígnios de Deus ou da racionalidade humana expressos no direito natural, ambos de absoluta subjetividade.

Exemplo da inconveniência deste posicionamento ideológico para a estabilidade do Estado é o terceiro parágrafo da Declaração da Virgínia, a indicar:

Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.²⁰

Em tal cenário, eleva-se aquela que seria a maior bandeira do pensamento positivista, a necessidade de segurança jurídica nas relações sociais e econômicas.

De fato, do racionalismo decorria irrecusável mitigação da lei em favor da razão do julgador, que, por ser eminentemente subjetiva, ocasionaria constante estado de incerteza.

20. Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>.

A tese positivista, por sua vez, a partir da mitigação do direito natural, torna objetivo o fundamento de validade da norma, que passa a justificar-se não pelo seu conteúdo, mas apenas pelo processo de elaboração e da competência do órgão que a emana.

Acerca do tema, oportuna a apresentação das idéias de Feuerbach (1775-1833), para quem deveria o juiz apenas seguir as

[...] rígidas, nuas letras da lei; a sua actividade não deve ser outra que não a de comparar o caso concreto com essas letras e, sem ter em conta o sentido e o espírito da lei, condenar, quando o som da palavra mandar condenar, ilibar, quando ele ordenar ilibar.²¹

Neste sentido, J. Austin, um dos maiores representantes do positivismo jurídico na Inglaterra, defende que os direitos ditos naturais não seriam nada além de um conjunto de normas sociais emanadas de um determinado grupo em determinado momento.²²

A partir do pensamento positivista, portanto, não há nenhum direito que não o estabelecido pelo próprio Estado a partir de seu corpo legislativo.

Logo, os direitos dos indivíduos em face do Estado passam a existir apenas na medida em que sejam efetivamente reconhecidos como obrigatórios pela norma estatal, gerando a situação jurídica conhecida como “direito público subjetivo”,²³ conceito que tem como expoente a teoria dos *status* jurídicos de Georg Jellinek.

Importante perceber que, sob o viés positivista, a limitação do Estado passa a ser tão-somente o próprio Estado, ou seja, não há nenhuma limitação que não a plasmada pelo próprio ente estatal em seu ordenamento jurídico, fato relevante para as teses posteriores.

21. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito*, p. 116.

22. J. AUSTIN. *The province of jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. 3. ed. London: 1968, p. 184 apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 57.

23. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 58.

Este contexto, jusfilosófico, somado ao Estado absenteísta característico do século XIX, que apenas abrigava legalmente os direitos de defesa, ocasionará a agravação exponencial da “questão social”.

De fato, o liberalismo, modelo econômico que serviu de base para a produção capitalista no período, não se mostrou eficiente como previam seus principais teóricos.²⁴

Conforme expõe João dos Passos Martins Neto, o modelo liberal sucumbiu por razões de ordem interna e externa.

Internamente há um grave descompasso entre o modelo que defende a igualdade de todos os homens sem, no entanto, estabelecer meios para efetivar esta igualdade. Na verdade, o liberalismo propõe o contrário já que defende concomitantemente a abstenção do Estado de qualquer ação afirmativa que se oriente a igualar os desiguais.

Esta liberdade dos mais fortes culminou na causa externa de desmantelamento do modelo: a formação de uma classe operária, cada vez mais oprimida e sem qualquer perspectiva, mergulhada na superexploração do capitalismo industrial. Assim, para esta grande parcela da população há apenas a substituição do opressor, antes o rei agora o patrão.²⁵

O período em tela, portanto, caracteriza-se pela radicalização das lutas sociais em busca das promessas de progresso descumpridas pelo liberalismo sucumbente.

Pode-se ter como um marco, do ponto de vista filosófico, deste período o Manifesto do Partido Comunista de 1848, em que Karl Marx e Friedrich Engels conclamam a classe operária a unir-se a fim de tomar o Estado e fazê-lo cumprir um novo papel na sociedade: o de provedor dos meios de subsistência digna.

24. Tratando das razões socioeconômicas que determinaram a queda do liberalismo, indica Cunha Júnior que “esta foi determinada por vários fatos que, em síntese, podem ser assim exemplificados: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência de garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 585.

25. MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 108-109.

2.1.4 O direito no século XX

Evidente, portanto, que, sob os contornos assumidos no século XIX, principalmente pela ausência de critérios de definição do “justo” na aplicação da norma, o positivismo jurídico representou fundamento para a constante degradação do homem e dos seus direitos fundamentais pela ausência de limites jurídicos ao poder.

Neste contexto, o início do século XX é marcado pela Primeira Guerra Mundial e pela ascensão de modelos socialistas de organização da produção humana.

Aponta Boris Mirkine-Guetzévitch que o socialismo empreendido após a Primeira Guerra Mundial, notadamente em países por ela destroçados e que desconheciam a democracia, fez com que os ideários de justiça social e da responsabilidade do Estado pela sua implementação se dispersassem pela Europa.

Conclui o autor acerca da nova posição do Estado perante a população:

O Estado não pode mais limitar-se a reconhecer a independência jurídica do indivíduo, ele deve criar um mínimo de condições necessárias para assegurar a sua independência social.²⁶

No influxo da disseminação desta ideologia e de outros acontecimentos, como a quebra da bolsa de valores de Nova York e o aumento progressivo da consciência e mobilização popular, foi inescapável a mudança na postura do Estado com a adoção das propostas elaboradas notadamente pelo economista inglês John Maynard Keynes, originando a política do *new deal*.

26. MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933. p. 82.

Este cenário resultou em alterações no plano jurídico que, no entanto, não tiveram a eficácia pretendida, tendo em vista a perpetuação de métodos interpretativos avalorativos.²⁷

Como se vê, a limitação do poder por meio de valores se mostrou inescapável no século XX. Tal circunstância pôs à vista o fracasso, ao menos em suas representações anteriores, tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico a reclamar a ascensão de novas alternativas à justificação do direito, do Estado e de sua limitação.

Neste sentido, relevante, em meio às várias construções teóricas que buscaram uma alternativa viável aos modelos anteriores, a contribuição da Teoria dos Princípios.

Uma das grandes aporias do positivismo é representada pela compreensão do sistema jurídico como um sistema fechado, ou seja, em relação ao qual todas as respostas possíveis se incluem no próprio sistema.

Ocorre, no entanto, que a imprevisibilidade da realidade obsta qualquer possibilidade de existência de um sistema normativo bastante em si mesmo, exigindo a busca de soluções para os casos lacunosos.

Neste cenário, caracterizado por Ronald Dworkin como os *hardcases*, busca o autor o valor normativo não apenas das regras, já largamente conhecidas pelo positivismo, mas também dos princípios e das políticas marcadamente diversos daquelas.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o

27. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 609.

padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.²⁸

Avança o autor na caracterização dos princípios indicando não serem aplicáveis da mesma forma que as regras, substituindo um método de “tudo ou nada” por uma concretização determinada pela conjuntura do caso concreto.

Neste sentido, Robert Alexy apresenta como traço determinante dos princípios o fato de que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,²⁹ ressaltando que suas maiores diferenciações em relação às regras se verificam na resolução de conflitos.

A teoria dos princípios representa elemento indispensável para a compreensão dos direitos fundamentais na atualidade, regulando suas possíveis limitações, colisões e definindo seu papel ordenador do sistema jurídico, razão pela qual será oportunamente abordada.

2.1.5 *A positivação dos direitos fundamentais e sua classificação em “gerações”*

A partir da positivação dos direitos fundamentais a doutrina classifica-os conforme o período em que se inserem na evolução histórica do instituto.

Neste sentido, eles são analisados sob a perspectiva de “gerações” de direitos, que paulatina e sucessivamente foram garantidos aos indivíduos. A análise desta classificação, apesar de reiteradamente abordada, é sempre pertinente.

28. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

29. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

Importa ressaltar de início que a classificação em tela, enquanto fundamentada no elemento histórico, tem fins primordialmente didáticos,³⁰ posto que seria um contra-senso dividir em momentos históricos estanques os direitos que, como será visto, foram acumulados e transformados em um processo contínuo e marcado por avanços e retrocessos.³¹

Notabilizando tal circunstância, doutrina crescente defende que ao revés da denominação “gerações” seja adotada a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, dando a idéia de unidade inerente ao processo de sua institucionalização.³²

A expressão é muito bem-vinda na medida em que permite indicar que os direitos fundamentais não evoluem historicamente no decorrer de gerações sucessivas e desconexas.

Além disso, dividir a evolução histórica dos direitos fundamentais em dimensões permite ainda que se perceba que, concomitantemente ao processo de criação de novos direitos, se dá o redimensionamento hermenêutico do plexo de direitos fundamentais de determinado momento histórico, circunstância que é tão, ou mais, importante quanto os direitos nele originados.³³

Feitas tais observações, cumpre apresentar as dimensões dos direitos fundamentais indicadas pela doutrina e suas principais características.

2.1.5.1 A primeira dimensão dos direitos fundamentais

As primeiras limitações positivadas ao arbítrio dos governantes surgem ainda sob o influxo das teses jusnaturalistas cristãs, podendo-se citar os pactos firmados por Monarcas como

30. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 65-66.

31. Criticando a tese, neste sentido, PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Fernandez Ciudad: Trotta, 2007. p. 19-36.

32. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2003. p. 39.

33. Neste sentido, citando Denninger, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 61.

o de 1188 de Alfonso IX na monarquia castelano-leonesa, o Privilégio Geral de Pedro III em 1283 na corte de Zaragoza.³⁴

O marco de tal positivação, no entanto, é a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei inglês João Sem-Terra em reconhecimento de direitos aos homens livres, como o de não ser detido ou destituído de seus bens sem processo prévio.

Sem dúvida, sob a ótica do constitucionalismo moderno, a Carta é extremamente tímida na garantia de direitos, inicialmente por ter seu alcance restrito aos homens livres, que no período eram minoria, por outro lado sua obrigatoriedade era limitada na medida em que outorgada pelo próprio rei absoluto.

Há que observar, no entanto, que, apesar de se tratar de uma autolimitação, de eficácia jurídica discutível, sua repercussão política é importante, visto que representa um compromisso do rei em respeitar determinados direitos, fato inédito à época.³⁵

Posteriormente, já sob a justificação racional do direito natural, a positivação dos direitos avança na Inglaterra, merecendo destaque a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act*, em 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, decorrentes do embate entre a monarquia inglesa e o parlamento.

O maior reflexo do pensamento iluminista na produção normativa, no entanto, se deu na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, em 1776, e na Declaração Francesa de 1789.

Conforme mencionado anteriormente,³⁶ todo este período histórico é marcado no plano filosófico pelo liberalismo e individualismo e no plano jurídico, pelo jusnaturalismo.

34. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, p. 34.

35. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 77.

36. Item 2.1.2.

Sendo assim, diz-se que os direitos nele consagrados, denominados primeira dimensão, são aqueles que observam a relação entre o Estado e o indivíduo como opressiva. A partir desta perspectiva, é necessário impedir a atuação estatal que sublima exageradamente a liberdade individual.

Em outro giro, necessário que o poder do Estado seja exercido de forma criteriosa e sobre todos uniformemente, evitando-se discriminações arbitrárias como as comumente vistas no absolutismo monárquico.

A influência jusnaturalista, por sua vez, é evidente pelo tom declaratório em que indicam a existência dos direitos de que tratam. Ora, sendo os direitos naturais uma decorrência, lógica ou de origem divina, da condição humana, a sua positivação tem mera função simbólica, apenas declarando um direito que lhe é preexistente.

É neste sentido que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em sua seção I indica:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.³⁷

Por sua vez, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma em seus dispositivos iniciais que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.³⁸

37. Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>.

38. Idem, *ibidem*, p. 568-569.

O rol de direitos elencados deixa clara a influência do individualismo e do liberalismo econômico sobre as declarações do período, positivando-se notadamente os direitos civis e políticos: direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei, garantias processuais, liberdades de expressão coletiva e direitos de participação política.

Em termos jurídicos, ambas as declarações representaram grandes transformações.

Conforme indica Ingo Wolfgang Sarlet, citando Grimm, a Declaração Estadunidense incorpora elemento fundamental e inovador, capaz de permitir que se verifiquem, a partir daí, direitos fundamentais em contornos mais próximos aos atuais, qual seja a vinculação efetiva do Estado a tais direitos.

Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial de constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como Direitos Fundamentais Constitucionais.³⁹

Por seu turno, a Declaração Francesa, inova ao referir-se não a determinados grupos, a exemplo da Magna Carta de 1215, restrita aos “homens livres”, mas a todos os seres humanos, extrapolando, inclusive os limites da nacionalidade.

Por tais razões, conclui Ingo Wolfgang Sarlet, desta feita citando Martin Kriele, que, “enquanto os americanos tinham apenas os direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos”.⁴⁰

No lapidar ensinamento de José Carlos Vieira de Andrade, esta primeira fase do desenvolvimento dos direitos fundamentais se identifica com o ideal de “liberdade, segurança e

39. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.

40. Idem, *ibidem*, p. 52.

propriedade”, condições jurídicas para o desenvolvimento econômico pretendido pela classe burguesa.⁴¹

2.1.5.2 *A segunda dimensão dos direitos fundamentais*

Conforme referido em tópico anterior,⁴² o Estado Social surge como resposta a uma série de fatores que orientam a derrocada do liberalismo econômico e a necessidade de revisão da relação entre cidadão e Estado.

Assim, em seqüência aos direitos de primeira geração se levantam os direitos de segunda geração calcados na nova postura do Estado que, de mero observador, passou a intervir tanto na economia quanto na vida dos cidadãos, sob este novo paradigma; nasce o Estado provedor.

Dá-se no período, portanto, uma radical alteração das relações entre o Estado e os indivíduos. Se antes o Estado era visto como ameaça ao indivíduo, a exigir a garantia do seu afastamento, agora passa a ser chamado a atuar na sociedade a fim de solucionar as imperfeições inerentes ao liberalismo.

Nas oportunas palavras de Edvaldo Brito, passou-se a exigir do Estado “em lugar da liberdade que oprimia a intervenção que libertaria”.⁴³

É neste momento que se enaltecem os direitos ditos sociais, econômicos e culturais, que passam a fazer parte do rol de direitos considerados fundamentais ao lado dos direitos políticos e liberdades públicas.⁴⁴

41. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 51.

42. Item 2.1.4.

43. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 19.

44. Esta afirmação em verdade se deve a uma questão da relevância assumida por tais direitos em um determinado ordenamento jurídico, não sendo exato identificar neste momento o nascimento dos direitos sociais conforme será visto.

Entre as primeiras positivações de tais direitos, ressalta a doutrina sua previsão sistematizada na Constituição mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar de 1919.

Ressaltando a nova perspectiva inserta nesta Carta Constitucional, ressalta Antonio-Enrique Pérez Luño a previsão do seu art. 151, indicando que “a vida econômica deve responder a princípios de justiça a fim de assegurar a todos uma existência digna”, e do art. 153, que impõe à propriedade privada uma função social.⁴⁵

Tais direitos passam a exercer um papel central nas Constituições de vários países, notadamente após a Segunda Guerra, refletindo na institucionalização de direitos à saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros.

Esta gama de novos direitos, e a busca de sua efetivação, é o objeto principal do presente trabalho, razão por que serão posteriormente abordados com maior aprofundamento.

2.1.5.3 A terceira dimensão de direitos fundamentais

Já no século XX o estágio das forças produtivas capitalistas novamente impõe um redimensionamento dos direitos fundamentais.

Os novos modelos de produção em série criam uma sociedade de consumo massificada, em que os litígios passam a envolver um número cada vez maior de pessoas.

Por seu turno, a evolução tecnológica impõe a preocupação do homem com a questão ambiental. O aumento exponencial da poluição do planeta após as revoluções industriais cobra seu preço no último século do milênio, causando uma série de distúrbios climáticos em escala global.

45. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 122.

Por fim, é nesse mesmo século que se dá uma evolução das normas de direito internacional sem precedentes. O processo iniciado com o tratado de Viena de 1919, criador da Sociedade das Nações, se intensifica durante as décadas posteriores, notadamente após a Segunda Guerra Mundial.

De fato, a Segunda Grande Guerra torna ainda mais evidente a insuficiência dos ordenamentos jurídicos internos para a garantia dos direitos fundamentais na medida em que o seu menosprezo por Estados totalitários, como a Alemanha nazista e a Itália fascista, gerou inestimável dano a povos de outras nações.

Neste diapasão, assume inquestionável relevância neste processo a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que, assinada por 48 países representando a maioria da população mundial, referendou um sistema de princípios fundamentais da conduta humana.⁴⁶

Em face de tais transformações, novamente se redimensiona a visão dos direitos fundamentais, bem como a da relação entre Estado e indivíduo.

De início, a própria idéia de “relação entre Estado e indivíduo” progressivamente passa a abarcar as obrigações do Estado em relação ao gênero humano como um todo, independentemente das fronteiras nacionais. Consagra-se neste momento a tutela coletiva ou difusa destes direitos.

Neste sentido, reconhece-se o direito à paz,⁴⁷ à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.

46. Pondera Norberto Bobbio que, a partir de tal documento, é possível constatar que “a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns”. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

47. Embora, quanto à classificação deste direito, haja divergências doutrinárias.

2.1.5.4 *A quarta dimensão dos direitos fundamentais*

Apesar de ainda não positivada na ordem interna ou externa, ganha corpo na doutrina a defesa da tese de que o processo de globalização política tem orientado os direitos fundamentais a uma nova dimensão.

Neste diapasão, tais direitos representariam a globalização dos direitos fundamentais impondo o reconhecimento de direitos dos cidadãos do mundo.

Nas palavras de Paulo Bonavides:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado Social.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁴⁸

Alguns incluem nesta dimensão dos direitos fundamentais, o direito à manipulação genética e mudança de sexo.

2.1.5.5 *A quinta dimensão dos direitos fundamentais*

Com a peculiar originalidade, Paulo Bonavides prevê ainda uma quinta geração de direitos fundamentais, representada pelo direito à paz.

Ressalta o autor ter sido a paz alçada ao posto de direito fundamental já nas lições de Karel Vasak, porém, à época, fora incluída no rol dos direitos de terceira geração.

48. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 571.

Considera, no entanto, que a necessidade de valorização do instituto impõe a classificação doutrinária em uma nova geração⁴⁹ de direitos:

Subimos agora o derradeiro degrau na ascensão ao patamar onde, desde já, é possível proclamar também, em regiões teóricas, o direito à paz por direito de quinta geração, tirando-o da obscuridade a que dantes ficara confinado, enquanto direito esquecido de terceira dimensão.⁵⁰

2.1.5.6 *Conclusões acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais*

A classificação dos direitos fundamentais em dimensões tem evidentes vantagens didáticas, devendo, contudo, ser vista com atenção sob pena de criarem-se equívocos, conforme passe-se a expor.

Inicialmente, cumpre indicar o pensamento de Karel Vasak, apresentado por Paulo Bonavides, que, tratando das dimensões dos direitos fundamentais, indica:

Em rigor o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardiais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.⁵¹

Em que pese a inquestionável autoridade dos doutrinadores que defendem a tese que relaciona a evolução histórica dos direitos fundamentais ao ideário francês, esta deve ser vista com restrições.

Ao que parece, não se pode ver uma clara e delimitada seqüência histórica na posição destes direitos, e sim movimentos complexos de avanços e recuos influenciados pelos prismas filosóficos a partir dos quais se vê o Homem e sua organização social e política corporificada pelo Estado.

49. Apesar de criticar a expressão “gerações”, o autor mantém sua utilização no decorrer da obra, razão pela qual foi empregada neste trecho.

50. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 592.

51. Idem, *ibidem*, p. 562-563.

Considerada sob esta complexidade, que permite que em um dado momento se verifique a existência concomitante, em diferentes níveis de positivação e efetivação, de várias dimensões dos direitos fundamentais, a tese é extremamente pertinente.

Pode-se constatar esta complexidade pelo fato de que em 1793, portanto mais de cem anos antes da Constituição mexicana de 1917, a Carta Jacobina da França reconhecia o direito ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. Em verdade, a carta ia além, indicando a necessidade da ação de todos para garantir a cada um o gozo e conservação de seus direitos.⁵²

Por seu turno, ainda no século XIX, em 1848 a Constituição francesa avançava além dos direitos reconhecidos em 1793 para incluir o direito à educação primária gratuita, à educação profissional, proteção às crianças abandonadas e aos idosos sem recursos, entre outros.⁵³

A Carta Constitucional francesa, em seu preâmbulo, chega a imputar ao ente público a obrigação de garantir “a existência dos cidadãos necessitados, providenciando-lhes um trabalho, nos limites de suas possibilidades, ou outorgando, em defesa da família, assistência aos que não estão em condições de trabalhar”.⁵⁴⁻⁵⁵

Por fim, vários dos novos direitos, indicados ora como de terceira, ora como de quarta dimensão, não passam de liberdades públicas, como o direito à morte digna e à mudança de sexo.⁵⁶

52. Neste sentido, PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 22. Ressaltando inclusive ter nascido neste período a expressão “direitos sociais”.

53. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 122.

54. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 23.

55. A assertiva de que o direito ao trabalho remete ainda ao século XIX é tão verdadeira que, acerca do tema, Karl Marx, cuja formação acadêmica era jurídica, afirmou que “o direito ao trabalho é, no seu sentido burguês, um contra-senso, um mesquinho desejo piedoso, mas, por trás do direito ao trabalho, está o poder sobre o capital, e por trás do poder sobre o capital, a apropriação dos meios de produção, sua submissão à classe trabalhadora associada, e, por conseguinte, a abolição, tanto do trabalho assalariado como do capital e de suas relações mútuas”. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 24.

56. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet: “Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria de direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade

Desta forma, a classificação, do ponto de vista teórico, será muito mais valorosa na medida em que se considere critério diferenciador não o momento histórico do reconhecimento positivo de cada direito, mas a dimensão hermenêutica dada aos Direitos Fundamentais do indivíduo, conforme ressaltado no decorrer da exposição.

Evidencia-se, pois, a imprecisão da divisão dos direitos fundamentais em gerações tendo como fundamento o critério temporal, na medida em que a consagração positiva de tais direitos não ocorre de forma linear.

Embora a ressalva possa parecer não ter maior interesse prático, os reflexos da tese geracionista para os direitos sociais são graves conforme indica Gerardo Pisarello, para quem a tese, ao reduzir os direitos sociais a direitos de reconhecimento tardio, minimiza a complexa história de reivindicação que, embora encontre referências ainda no século XVIII, é indicada como iniciada no século XX.

Avança o autor indicando que a tese obscurece a importância das inter-relações entre os direitos progressivamente garantidos, notadamente no tocante à tensão entre os direitos civis e sociais.⁵⁷

Conclui ressaltando que:

Em definitivo, a tese “geracionista” é uma história excessivamente formalista dos direitos, que não compreende seus descumprimentos, nem suas limitações mútuas ou retrocessos. Ao contrário, o que demonstram as diferentes “histórias” dos direitos sociais é que estes, ao revés de serem o produto de uma evolução harmônica e inevitável, foram resultado de conflitos as vezes encarnados pela abolição de privilégios e pela transferência de poderes e recursos de uns setores sociais a outros.⁵⁸

dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 57.

57. Acerca do tema manifesta-se Norberto Bobbio ressaltando os entraves causados à evolução dos direitos sociais pela tese jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade e da liberdade. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 22.

58. Segue o texto para conferência: “En definitiva, lo que la tesis de la generaciones alienta es una historia en exceso formalista de los derechos, que no da cuenta ni de SUS incumplimientos, ni de sus cumplimientos

As críticas, porém, não inviabilizam a tese, mas denotam a necessidade de entender cada dimensão dos direitos fundamentais não apenas como um grupo de direitos positivados em um dado momento histórico, mas como uma forma específica a partir da qual se pode observar a relação entre o Estado e os indivíduos, em consequência da qual surgem posições jurídicas diversas.

Assim, notável o caráter individualista e liberalista em que o Estado se coloca em face do indivíduo no que tange aos direitos de primeira dimensão.

Já os de segunda dimensão, conceito fundamental para o presente trabalho, referem-se aos direitos que impõem ao Estado a adoção de uma postura proativa em face de determinados bens jurídicos. Sendo assim, o ente público não tem a mera função de permitir, mas a de provê-los, do que decorrerá a extrapolação do mero caráter subjetivo anteriormente atribuído a tais direitos, que passam a ter uma forte eficácia objetiva.

Sob esta perspectiva, o direito à greve e a liberdade de sindicalização caracterizam-se pelo caráter social na medida em que são garantidos a partir da observação do desequilíbrio de forças das relações de trabalho. Neste sentido, o Estado assume o dever de buscar equilibrar a desigualdade constatada em tal relação, valorizando a busca pela igualdade material.⁵⁹

Quanto à terceira dimensão de direitos, serão assim considerados aqueles em que a titularidade passa a ser coletiva; o Estado provedor tem uma obrigação não para com um indivíduo, mas para com todo o gênero humano.

excluyentes o discriminatorios, ni de sus retrocesos. Por el contrario, lo que demuestran las diferentes <historias> de los derechos sociales es que éstos, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, fueron el resultado de conflictos, a veces encarnizados, por la abolición de privilegios y la transferencia de poder y recursos de unos sectores sociales a otros”. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 36.

59. Apesar de reconhecer o caráter de defesa atribuído a tais direitos, Ingo Wolfgang Sarlet não os engloba na primeira dimensão dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 55. Por sua vez, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que: “[...] Embora sejam por vezes incluídos na designação direitos sociais, a par dos direitos a prestações, não pode esquecer-se que estamos aqui fundamentalmente perante verdadeiras liberdades...”. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 58.

Por fim, quanto à quarta e quinta dimensões, apesar da autoridade de seus defensores e das louváveis intenções que lhes motivam, não nos parece haver traço diferenciador, do ponto de vista teórico, para o destaque dos direitos a ela relativos.

De fato, a enunciação de novas dimensões de direitos aparenta ser muito mais a tentativa de valorizar determinados direitos que uma decorrência de traços teoricamente diferenciais.

A observação é corroborada por Antonio-Enrique Pérez Luño, para quem “aqueles que propõem quatro em vez de três gerações de direitos contribuem para acentuar a indeterminação e incerteza da temática”.⁶⁰

A globalização indicada como elemento diferenciador dos direitos de quarta dimensão não parece ultrapassar a titularidade global já atribuída aos direitos da terceira.

Por seu turno, de igual forma a paz não se caracteriza como representante de uma nova dimensão dos direitos fundamentais.⁶¹

Há que observar ainda que cada uma destas dimensões não é estanque e incomunicável na medida que a maior valorização de uma delas em dado momento histórico determinou não só o surgimento de determinados direitos, como também a revisão dos já existentes.

60. Para conferência segue o texto original: “Incluso, el que, en ocasiones, se aluda a cuatro, en lugar de tres, generaciones de derechos contribuye a acentuar la indeterminación e Incertidumbre de esta temática”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, p. 210, 1991. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_10_201.pdf>.

61. De fato, como todos os demais, a paz pode ser vista por várias das já consagradas dimensões dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o excessivo ruído causado por obras públicas realizadas em frente à casa de determinado cidadão lhe garante o exercício de um direito de defesa contra o Estado.

Já aqueles que habitam zona de risco podem exigir do Estado iniciativas que impeçam o aumento da criminalidade em determinada região, defendendo direito que se apresenta como social.

Por sua vez, o exemplo citado por Paulo Bonavides, o caso da declaração de inconstitucionalidade da norma que autoriza a participação da República da Costa Rica na investida militar dos Estados Unidos contra o Iraque, parece defender direito de terceira dimensão, tendo em conta a proteção ao interesse de todo o povo daquele país. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 582.

Incluindo o direito à paz na terceira dimensão dos direitos fundamentais: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 591.

Acerca do tema manifesta-se Willis Santiago Guerra Filho:

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais” [...], não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento de mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz os direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.⁶²

A ascensão dos direitos sociais, portanto, mudou a perspectiva com que se concebiam os direitos individuais; a par disto, a ascensão dos direitos difusos revolucionou ambos os modelos anteriores.

Exemplos do primeiro redimensionamento dos direitos fundamentais, decorrente da mudança de paradigma do Estado liberal para o Estado social, é a superação da igualdade meramente formal e a valorização do seu viés material; por outro lado, a redução do caráter absoluto antes atribuído à propriedade, que agora passa a ter por objetivo o cumprimento de uma função social.⁶³

Por sua vez, o terceiro dimensionamento dos direitos fundamentais, muito além de criar direitos como ao meio ambiente saudável, comunicação e desenvolvimento,⁶⁴ representa a necessidade de que se dê titularidade coletiva a tais direitos, além de colocar Estado e sociedade lado a lado na sua implementação.

62. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 39.

63. Tais alterações têm como elemento teórico fundamental a nova visão que se atribui aos direitos fundamentais em que deixam de ser meros direitos públicos subjetivos e passam a representar direito objetivo. De fato, os direitos civis positivados no século XVIII limitam-se à eficácia subjetiva, atribuindo aos indivíduos determinada situação jurídica em face do Estado. A partir da valorização dos direitos de segunda dimensão, os direitos fundamentais passam a ter não apenas este viés subjetivo, mas também uma eficácia objetiva de extrema relevância, tema que será abordado em tópico próprio. Detalhando esta nova visão, e notabilizando o conceito de garantias institucionais, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 567-568.

64. Idem, *ibidem*, 15. ed., p. 569.

Sob este novo prisma, não basta reconhecer direitos ao cidadão, mas sim a toda a coletividade, imperativo que afeta não só os novos direitos, ditos de terceira geração, como todos os demais.

Sendo assim, notabiliza-se a tutela coletiva como forma de defesa dos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais.⁶⁵

De fato, além de admitir a possibilidade de defesa do direito à saúde, por exemplo, no âmbito individual de igual forma é admissível no sistema a defesa coletiva deste direito que se torna difuso ou individual não por uma característica intrínseca e elementar, mas em função da forma como é posto em juízo.

Esta evolução é fundamental, já que a tutela coletiva dos direitos sociais é o meio mais apto à atuação judicial no que tange à efetivação destes direitos, o que se dá por meio do controle jurisdicional de políticas públicas.

2.2 Conceituação dos direitos fundamentais

A evolução histórica apresentada tem por objetivo facilitar a delimitação de alguns dos conceitos-chave a serem tratados no presente estudo, entre os quais o que se pode vir a entender por direitos fundamentais.

Sem dúvida, a luta para que o direito se preste à satisfação das necessidades humanas e, em conseqüência, à própria emancipação do indivíduo se identifica com a luta do homem contra a opressão durante toda a história.

65. Indicando o caráter individual da segunda dimensão dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53. Ressaltando a possibilidade de defesa coletiva, que nos parece efeito do redimensionamento determinado pelos direitos difusos de terceira dimensão: MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 75.

Desta forma, todo o processo histórico apresentado coincide no que tange à busca por critérios que permitam a limitação do poder, bem como pela valorização do homem como fim último do direito.

É, no entanto, a inclusão destes direitos, inicialmente de viés jusnaturalista, no direito positivo que permite que se configurem os direitos fundamentais propriamente ditos.

2.2.1 Elemento formal e material do conceito

Os conceitos de direitos fundamentais normalmente englobam uma perspectiva material, que a partir de seu conteúdo, e de um determinado critério, atribui a tais direitos um grau de essencialidade; e outra formal, que exige para a sua configuração a inclusão destes direitos no ordenamento positivo do Estado e a subordinação deste a tais metas.⁶⁶

A complementação entre ambos os elementos é inescusável na medida em que a inclusão dos direitos fundamentais no texto legal é indispensável ao efeito cogente que lhes caracteriza. Por outro lado, conforme denota a sua evolução histórica, o conceito de direitos fundamentais não é vazio de valor, em que pese o necessário respeito à pluralidade.

2.2.1.1 O critério formal

No tocante ao critério formal, ressalta-se a necessidade de que tais normas sejam inseridas no texto constitucional.⁶⁷ A razão desta restrição decorre do fato de se tratar os direitos

66. Neste sentido, manifesta Ingo Wolfgang Sarlet não se poder considerar as Declarações inglesas do século XVIII como o início dos direitos fundamentais pela ausência de um elemento indispensável, qual seja a vinculação do Estado à obrigação por eles gerada. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.

67. Adotando um critério diverso para a identificação formal dos direitos fundamentais, Ferrajoli defende que poderiam ser assim considerados todos os direitos que atingissem a universalidade dos cidadãos e apenas estes. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 87.

fundamentais de normas opostas em face do Estado, quer seja lhe imputando a defesa de uma liberdade ou satisfação de uma necessidade em nível individual ou coletivo.

Desta forma, necessário que os Poderes Constituídos do Estado estejam juridicamente vinculados a tais desígnios, não podendo deles dispor.⁶⁸

O melhor meio de defender tal interesse é a inclusão deste rol de direitos na Carta Magna.

É de notar que, no caso da Constituição de 1988, há um rol específico de direitos considerados fundamentais inseridos no Título II, “Das Garantias e dos Direitos Fundamentais”.

A partir da nomeação dos capítulos inseridos no referido título verifica-se que a própria Constituição se encarregou de identificar os direitos tidos por fundamentais neles incluindo as normas de direitos individuais, as de direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e as referentes aos partidos políticos.

Há que observar ainda que a Carta Magna estendeu o rol de direitos fundamentais àqueles que possam ser deduzidos dos princípios ou regime por ela adotados e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, conforme indicado no § 2.º do art. 5.º.

A partir deste dispositivo, intensa a discussão doutrinária sobre a possibilidade de decorrer do caráter materialmente fundamental a garantia a tais normas do regime jurídico correspondente às formalmente fundamentais, notadamente quanto à possibilidade de revogação de tais direitos.

68. A previsão constitucional dos direitos fundamentais, portanto, terá repercussão importante na sua perspectiva objetiva, conforme será tratado em tópico a seguir.

Conforme será visto, adota-se no presente estudo a tese de que todos os direitos fundamentais, sob o aspecto material, têm em comum o fato de serem dedutíveis do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

Logo, por óbvio, este elemento será o critério para a verificação de normas de direito fundamental fora do catálogo constitucional, conforme prevê o § 2.º do art. 5.º.

Ora, tratando uma determinada norma legal de direito considerado fundamental, por ser necessário à dignidade do homem, parece absurdo que norma ordinária posterior possa simplesmente extirpá-lo do mundo jurídico, deixando a abertura do catálogo ao talante do Poder Legislativo.

Ao que parece, tal entendimento tornaria inútil a previsão constitucional ora tratada, além de contrariar o fundamento da República de proteger a dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação ao retrocesso.

Em conclusão, mostra-se adequada ao princípio da máxima efetividade dos preceitos constitucionais a interpretação que compreende no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente àqueles exteriores ao catálogo, que passam a ser incluídos, portanto, no “bloco de constitucionalidade”.⁶⁹

Parece, contudo, ter marcado posicionamento acerca da questão o julgamento do *Habeas Corpus* 87.585, em que a Suprema Corte atribuiu caráter supralegal ao pacto de São José da Costa Rica, derogadas, portanto, as normas infraconstitucionais que regulamentavam a hipótese de prisão do depositário infiel prevista no inciso LXVII da Carta Magna.⁷⁰

69. Neste sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 632-647, trabalho a que remetemos o leitor tendo em vista sua recente atualização.

70. Veja o voto do Ministro Gilmar Mendes: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante

Inovou a Corte Suprema em relação à clássica pirâmide normativa kelseniana, portanto, ao atribuir às normas em tela hierarquia superior à legislação ordinária, sem, no entanto, incluí-las no rol de normas constitucionais.

A opção, portanto, restringe a contemplação do critério formal de definição dos direitos fundamentais às normas incluídas na Carta Constitucional originariamente, por emenda, ou pela aprovação de tratado de direitos humanos nos moldes do art. 5.º, § 3.º, da Carta.⁷¹

No que tange à revogabilidade das normas de direitos fundamentais que não cumpram tais requisitos, todavia, a decisão do Supremo Tribunal parece ter atribuído, na prática, efeitos semelhantes, haja vista que, de acordo com o princípio do paralelismo, só podem ser revogadas por normas de igual ou superior hierarquia, resumindo-se, por conseguinte, ao âmbito constitucional.

de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Disponível em: <http://conjur-s1.simplecdn.net/dl/HC87585_VISTA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

71. Ousamos discordar da posição majoritária da Corte no particular, considerando mais consentânea com os princípios elementares aos direitos fundamentais a interpretação defendida pelo grupo vencido na votação, encerrada com contagem de cinco votos a quatro. Segundo o posicionamento minoritário, o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal teria o condão de incluir as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais no “bloco de constitucionalidade”. O § 3.º do dispositivo, incluído pela Emenda 45, inovaria neste regramento, forçando as *normas futuramente previstas em tais tratados* a serem submetidas a regime agravado de votação, a que se condicionaria a sua inclusão na Carta Magna. Neste sentido, o voto do Ministro Celso de Melo que conclui: “Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o *iter* procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3.º do art. 5.º da Constituição, [...]”.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2.º do art. 5.º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”. Disponível em: <http://conjur-s1.simplecdn.net/dl/HC87585_VISTA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

2.2.1.2 O critério material – a dignidade da pessoa humana

No que concerne ao elemento material a partir do qual se torna possível identificar a norma de direito fundamental, é grande a divergência.⁷²

Acerca do tema, entende Carl Schmitt que seriam direitos fundamentais “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela própria Constituição”, considerando o autor serem fundamentos do Estado os “Direitos individuais de liberdade”.⁷³

Conforme expressa Robert Alexy,⁷⁴ porém, este conceito tem o inconveniente de reputar como normas de direito fundamental apenas aquelas que expressam uma determinada feição do Estado, deixando de considerar, por exemplo, os direitos sociais.

Necessário, assim, alcançar uma fundamentação valorativa dos direitos fundamentais,⁷⁵ como leciona Jorge Miranda:

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político [...].⁷⁶

72. De tal forma que Norberto Bobbio considera não ser possível nem mesmo necessário buscar um fundamento filosófico último dos direitos humanos. Ressalta o autor ter a Declaração de Direitos da ONU, como expressão do consenso, solvido a questão de tal forma que cabe apenas estudar os meios pelos quais se garantirá a sua proteção. *A era dos direitos*, p. 15-24.

73. Apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 66-67. SCHMITT, Carl. *Grundrechte und Grundpflichten* (1932). In: ———. *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. p. 190.

74. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 67.

75. Em que pese não ser este o foco principal do presente estudo, a definição dos marcos conceituais do tema sob análise se mostrará útil para as abordagens a serem realizadas.

76. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p. 9.

Conforme todo o desenvolvimento histórico apresentado, a luta pela implementação dos direitos fundamentais se caracteriza pelo embate contra o exercício arbitrário do poder e em favor do Estado como organização política da sociedade destinada à satisfação dos interesses do homem.

Tais direitos, portanto, são reflexo da luta das mais diversas sociedades para que o direito seja um instrumento a favor do homem, e não de uma determinada pessoa ou grupo.

Neste diapasão, demonstra certa contradição o fato de que um conceito eminentemente valorativo seja estabelecido com bases meramente formais, considerando-se direito fundamental aquilo que assim tenha sido designado pelo constituinte.⁷⁷

Necessário que este conceito, sem incidir no equívoco da etnocentria,⁷⁸ reflita os elementos essenciais que justificam a própria existência dos direitos fundamentais.

Acerca do tema, forte a doutrina que identifica como elemento fundamental à definição de tais direitos o fato de terem por ponto de encontro o objetivo de defesa e a valorização da dignidade da pessoa humana, à qual se filia, inclusive, o presente trabalho.

Neste sentido, posiciona-se José Carlos Vieira de Andrade, para quem a identificação substancial dos direitos fundamentais se dá pela verificação de três elementos: seu “radical subjetivo”; a proteção de determinados “bens jurídicos das pessoas” ou suas “posições ou relações”, e,

[...] em terceiro lugar, a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica, que justifica a sua primariedade: explicitar uma

77. O estudo de um conceito material dos direitos fundamentais não resume sua importância ao plano teórico, sendo necessário também em termos práticos, a exemplo do julgamento da ADI-MC 939, em que o Supremo Tribunal Federal, considerando o princípio da anterioridade direito fundamental, e conseqüentemente cláusula pétrea, declarou a inconstitucionalidade da emenda constitucional que excepcionava o princípio.

78. Conforme bem observa Jorge Miranda, ao indicar que não se deve “escamotear a atenção das concepções de Direitos Fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 8-9.

idéia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na Constituição de cada Estado concreto. Idéia de homem que, no âmbito de nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁹⁻⁸⁰

Não há dúvidas quanto à difícil conceituação daquilo que se entende por “dignidade da pessoa humana”, tema que já suscitou inúmeros estudos. Entretanto, a observação de José Carlos Vieira de Andrade é exata ao atribuir a definição de tal elemento à cultura de determinada sociedade em determinado momento histórico.⁸¹

Esta abertura do conceito corresponde à “prova do consenso” indicada por Norberto Bobbio como um dos meios de justificação dos direitos fundamentais. No entanto, a expressão do consenso se daria em cada sociedade, e não apenas pela formalização da Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁸²⁻⁸³

Sendo assim, embora seu real conceito seja essencialmente histórico e cultural, necessária a identificação de seus contornos essenciais, que podem ser identificados pela exposição do pensamento de Kant, para quem:

Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como

79. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 78-79.

80. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 237; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 538, ressaltando, no entanto, o caráter indireto da vinculação de alguns direitos.

81. Neste sentido, explica o autor: “[...] A unidade dos direitos fundamentais é apenas relativa e o estatuto jurídico dos indivíduos está, por isso, aberto às refracções dos princípios dominantes da organização econômica, social e política. Além dos valores representados por cada um dos direitos, os direitos fundamentais encontram e enfrentam também os valores comunitários indivisíveis que influenciam o seu conteúdo e, sobretudo, lhes põe limites exteriores”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 103.

82. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 27.

83. As eventuais incertezas decorrentes da abertura cultural do conceito não podem ser comparadas à subjetividade do jusnaturalismo na medida em que a hermenêutica jurídica, notadamente a partir da segunda metade do século, inclui no direito e sua interpretação a subjetividade do magistrado, inescapável à interpretação. Acerca do tema, por todos GADAMER, H.-G. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes. 2003.

algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio.⁸⁴

Entendendo-se, portanto, o homem como finalidade e não meio, impõe-se que o Estado tenha por fim o ser humano e sua valorização, e não o contrário.⁸⁵

Partindo destas idéias, boa parte da doutrina identifica o conceito de dignidade humana com a capacidade de autodeterminação do indivíduo, a possibilidade de, a partir de sua consciência, determinar seu destino.⁸⁶

Sendo assim, atribui-se a todos aqueles que compõem gênero humano, tão-somente por esta circunstância, um plexo de direitos que lhe são considerados fundamentais em determinada cultura e momento histórico, inalienáveis e irrenunciáveis.

Importante para os objetivos deste texto, no entanto, a oportuna ponderação de Jörg P. Müller, para quem “a dignidade humana revela de modo imediato o conteúdo do que cada pessoa, em função de sua humanidade, pode exigir da comunidade”.⁸⁷

De fato, o princípio da dignidade humana, tido como elemento de integração de todos os direitos fundamentais, ressalta a importância de sua concretização como justificção da própria organização do Estado.

O compromisso do ente público com a dignidade humana, porém, não tem conteúdo meramente retórico, mas implica a sua responsabilidade pelo fornecimento das condições necessárias à garantia de uma vida digna a cada cidadão.

84. Grundlegung zur metaphysik der sitten. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 21.

85. Esta opção é clara no caso da Carta Constitucional brasileira que erige a dignidade humana ao posto de fundamento da república, art. 1.º, III.

86. É a observação expressa por Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando ser entendida em termos genéricos, de forma que mesmo o absolutamente incapaz a possui. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 45.

87. Apud HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 121.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, os direitos que dela derivam indicam os elementos fundamentais, indispensáveis, sem os quais a própria condição humana é degradada.

A tese do caráter articulador da dignidade da pessoa humana para todo o plexo de direitos fundamentais encontra, no entanto, razoáveis críticas, ressaltando Ingo Wolfgang Sarlet que:

[...] [A tese] merece ser encarada ao menos de início com certa reserva. Em primeiro lugar [...] se considera passível de discussão a qualificação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado em si mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo, em que pese sua importante função [...]. De outra parte, e aqui centramos nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos Direitos Fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana.⁸⁸⁻⁸⁹

Não nos parece, no entanto, que as críticas opostas pelo autor tenham o condão de invalidar a conceituação material dos direitos fundamentais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, a posição em que se pretende colocar tal princípio, como elemento do qual se originam os direitos que podem ser considerados fundamentais, prescinde do fato de ser ele um direito em si.

Ao largo da profundidade da discussão acerca da natureza do instituto, ainda que não se considere a dignidade da pessoa humana um direito em si, não é possível negar sua importân-

88. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 108.

89. Deve-se ressaltar que, apesar das críticas, o autor vê a possibilidade de utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento orientador da identificação dos direitos fundamentais, afirmando que: “De qualquer modo, entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”. *Idem*, *ibidem*, p. 124.

cia como “fundamento para a dedução de direitos fundamentais daí decorrentes”, como observa o próprio autor.⁹⁰

Por outro lado, o segundo argumento de igual forma não invalida a tese. De fato, a conjugação de dois critérios de definição dos direitos fundamentais, um de ordem formal e outro material, ocasiona a existência de normas que estejam englobadas em apenas um destes.⁹¹⁻⁹²

Assim, não é indispensável à validade do conceito material o fato de abarcar todos os direitos formalmente indicados na Carta Constitucional. Em verdade, o objetivo de ressaltar a necessidade de um critério material é a observação crítica do rol de direitos indicados na Carta Constitucional, além da identificação de direitos fundamentais nela não previstos.⁹³

Cabe registrar ainda a oposição de J.J. Gomes Canotilho em relação à tese que atribui à dignidade da pessoa humana o fundamento material dos direitos fundamentais:

O resultado a que se chega [com a tese em questão] é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. Em primeiro lugar, debate-se com sérios embaraços perante a consagração expressa de direitos fundamentais das pessoas coletivas [...].⁹⁴

Mesmo este posicionamento, contudo, não parece elidir a correção da tese. De fato, não se nos afigura razoável falar em direitos fundamentais, ao menos do ponto de

90. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 108.

91. Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho: “[...] há direitos fundamentais consagrados na Constituição que só pelo facto de beneficiarem da positividade constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais) mas seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 372.

92. Em sentido contrário, considerando que todos os direitos encartados na Constituição como fundamentais, apenas por tal fato, devem ser tidos por material e formalmente fundamentais, Jorge Miranda, para quem “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”. *Manual de direito constitucional*, p. 9.

93. Não bastasse tal fato, os incisos indicados pelo autor em que haveria normas não relacionadas à dignidade da pessoa humana em verdade são desdobramentos de direitos fundamentais. Neste sentido, os incisos XVIII e XXI tratam da liberdade de associação, os XXV, XXVIII e XXIX, do direito de propriedade, material e intelectual, o XXXVIII, por sua vez, é desdobramento do princípio do juiz natural.

94. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 373.

vista material, a entes abstratos, a menos que se tenha por objetivo atingir as pessoas que por eles respondem.⁹⁵

Logo, quando a Constituição brasileira prevê direitos a associações e a demais pessoas ideais, estes só ganham a nota de fundamentalidade em razão de beneficiarem, em última instância, determinadas pessoas naturais.

2.3 Direitos sociais x direitos individuais

Identificados os direitos fundamentais como um todo, cumpre analisar pormenorizada-mente aqueles em relação aos quais se debruçará o presente estudo.

Neste sentido, a caracterização dos direitos sociais é facilitada por sua confrontação com os chamados direitos de defesa.

2.3.1 Os direitos individuais

Como mencionado anteriormente, os direitos sociais tiveram suas primeiras previsões positivadas ainda no século XVIII. Este período, no entanto, é marcado pelo desenvolvimento teórico e prático dos chamados direitos individuais.

Ainda a teor do quanto já demonstrado, estes direitos se desenvolvem como reflexo jurídico do poder econômico, e agora político, da burguesia.

95. É o que defende José Carlos Vieira de Andrade: “Parece-nos, assim, que estes direitos individuais são extensíveis às pessoas colectivas ainda para garantia do livre desenvolvimento do homem, isto é, da protecção da dignidade humana do indivíduo ‘no seio das formações sociais onde exerce a sua personalidade’”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 1.

Importante observar, portanto, as necessidades principais da classe emergente, quais sejam: o fim dos empecilhos criados pelo Estado absolutista ao livre comércio e a diminuição do próprio Estado e da aristocracia por este sustentada.

É o liberalismo econômico de Adam Smith, segundo o qual as atitudes individuais de cada cidadão em busca do bem próprio são suficientes a orientar a sociedade rumo ao progresso e desenvolvimento. Na metáfora largamente conhecida, uma “mão invisível” faria com que fosse dispensável qualquer intervenção do Estado no sentido de direcionar a economia.

Os direitos individuais, portanto, são direitos que nascem principalmente contra o Estado. Ao ente público neste momento histórico é atribuída a tarefa de respeitar as liberdades individuais, criando as condições para que a própria sociedade, pelas regras do liberalismo, a partir das atitudes de cada indivíduo, se orientasse rumo ao bem comum.

Importante, no entanto, evitar o equívoco de considerar que tais direitos exigem, apenas, abstenções do Estado. De fato, é inegável que estes direitos impõem ao ente público várias limitações, porém determinam uma série de medidas indispensáveis ao seu gozo.⁹⁶

Explicitando tal questão, ressalta a doutrina portuguesa, por influência do modelo de positivação de tais direitos adotado por sua Carta Magna, que a partir das chamadas liberdades públicas podem ser extraídos ora direitos, ora liberdades, ora garantias.

Neste contexto, nem mesmo as liberdades propriamente ditas exigem do Estado apenas uma omissão, na medida em que “postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidas, uma ordem objetiva a criar ou preservar”.⁹⁷

96. Por tal razão, Robert Alexy critica a teoria dos *status* de Georg Jellinek ao indicar que os direitos públicos subjetivos decorreriam necessariamente do *status* positivo, na medida em que a obrigação do Estado a uma abstenção, por si só, gera uma pretensão em favor do cidadão, tutelável juridicamente. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 260.

97. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 109.

Em vista de tais circunstâncias, Cristian Courtis indica a necessidade de ações estatais no sentido de regulamentar tais direitos, criar os elementos fáticos indispensáveis a seu gozo e proteger os cidadãos de sua violação por outros particulares:

A plena vigência destes direitos requer também o cumprimento de obrigações estatais positivas. Assim, por exemplo, são necessárias para gozar do direito de propriedade, do direito de associação ou do direito de formar uma família, regulações que definam as condições e conseqüências do exercício destes direitos, sem as quais a existência mesma do direito seria ininteligível [...]. Por outro lado, para poder gozar efetivamente de um direito são necessárias em muitos casos certas condições institucionais: assim, a existência de registros públicos como o de pessoas jurídicas e de cultos religiosos, eleitorais e muitos outros, são indispensáveis para dar certeza aos direitos de propriedade, familiares, de associação, de voto, dentre outros. Por último [...], o exercício de todo o direito requer certas garantias em face de sua potencial violação por parte do Estado ou de outros particulares. Para isto o Estado deve assegurar a proteção destes direitos antes que sejam afetados – de forma preventiva – através do exercício do poder de polícia, segurança e vigilância, e, uma vez violados tais direitos, através de tribunais de justiça ou outros mecanismos institucionais que permitam à vítima da violação reclamar reparações e sanções.⁹⁸

A nota característica de tais direitos, portanto, não é o fato de imporem a mera abstenção do Estado, mas sim de garantirem ao indivíduo uma esfera de liberdade individual por meio ora de ações, ora de omissões do ente público.⁹⁹

98. Segue a versão original para conferência: “[...] la plena vigencia de estos derechos requiere también del cumplimiento de obligaciones estatales positivas o de acción. Así, por ejemplo, son necesarias para gozar del derecho de propiedad, del derecho de asociación o del derecho a formar una familia, regulaciones que definen las condiciones y consecuencias del ejercicio de esos derechos, sin las cuales la existencia misma del derecho sería ininteligible [...]

Por otro lado [...] para poder gozar efectivamente de un derecho son necesarias en muchos casos ciertas condiciones institucionales: así, la existencia de oficinas públicas tales como registros de personas jurídicas y de cultos religiosos, los registros electorales, y muchas otras, son indispensables para otorgar certeza a los derechos de propiedad, familiares, de asociación, de voto y otros...

Por último [...] el ejercicio de todo derecho requiere de ciertas garantías ante su potencial vulneración por parte del Estado o de otros particulares. Para ello el Estado debe asegurar la protección de estos derechos: antes de que los derechos sean afectados – en forma preventiva – a través del ejercicio de facultades de policía, seguridad y vigilancia; y una vez producida la afectación de esos derechos, a través del funcionamiento de tribunales de justicia u otros mecanismos institucionales que permitan a la víctima de la afectación reclamar reparaciones y sanciones. COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 9-10.

99. Este raciocínio é fundamental para o enfrentamento das teses deslegitimadoras do caráter fundamental dos direitos sociais em razão de sua submissão à “reserva do possível”.

2.3.2 *Os direitos sociais*

Ocorre, no entanto, que a visão liberal deste espaço de liberdades foi de tal forma excessiva que a sociedade passou a ser regulada pela “lei do mais forte”, ocasionando as pressões que notabilizaram a “questão social” e posteriormente os “direitos sociais”.

A situação social dramática do final do século XVIII e início do XX, em que as condições de vida dos trabalhadores expostos à arbitrariedade dos patrões assumiram contornos insustentáveis, é uma evidência dos efeitos da desigualdade material em uma sociedade marcada pelo liberalismo.

Neste diapasão os direitos sociais buscam superar a mera defesa das liberdades públicas; neste caso ao Estado é imposta não apenas a necessidade de preservar uma esfera de liberdade individual, mas também de estabelecer as condições materiais de desenvolvimento do homem, suprimindo as desigualdades materiais que lhe embargam.

Supera-se então a mera garantia de liberdade do indivíduo para a “busca da felicidade”, preconizada pela Declaração do bom povo da Virgínia, passando a existir para o Estado a obrigação de garantir esta felicidade.

Assim, não se trata mais de direitos contra o Estado, e sim por meio deste.¹⁰⁰

De fato, a partir da Constituição mexicana de 1917, e, mais expressivamente, da Constituição de Weimar de 1919, ganham destaque os direitos que expressam o compromisso do Estado com a promoção da dignidade humana mediante a garantia dos elementos que sejam fundamentais ao desenvolvimento humano.

Neste sentido expressa Jorge Miranda:

100. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 57.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos e libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes [...]. Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O conteúdo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade.¹⁰¹

Importa ressaltar, no entanto, que, da mesma forma que os direitos individuais não podem ser resumidos a pretensões a abstenções do Estado, os direitos sociais não podem ser considerados apenas na sua esfera de prestação positiva.

O comprometimento do Estado com a igualdade material e o desenvolvimento do homem criou compromissos de ação, mas também de omissão.

Neste diapasão, o compromisso assumido pelo Estado de garantir direitos como à saúde, educação e trabalho impõe-lhe que não tome atitudes contrárias a estes.

Observando tais circunstâncias, defende a doutrina a tese de que de todo o direito fundamental surgem obrigações diversas do Estado, ora de natureza positiva, ora negativa.

Seriam as obrigações de respeito, que representariam a vedação a atitudes do Estado que confrontassem determinado direito; de proteção, que imporiam ao ente público a proteção do direito em face dos particulares; e garantia ou satisfação, a impor a satisfação direta do direito pelo Estado.¹⁰²

O raciocínio segue a linha traçada por Robert Alexy, que, considerando a insuficiência da identificação direta entre as esferas de eficácia e os determinados direitos, elabora classifica-

101. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 105.

102. COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía*, p. 26.

ção própria identificando os “direitos a algo”, em que se incluem direitos a ações positivas ou negativas, “liberdades” e “competências”.¹⁰³⁻¹⁰⁴

2.4 Perspectivas¹⁰⁵ dos direitos fundamentais

A partir de toda a análise já exposta acerca dos direitos fundamentais, é possível perceber sua atuação em planos distintos: um a tratar da relação direta entre o Estado e o indivíduo, e outro relativo às suas repercussões nos Poderes constituídos.

Em verdade, a própria evolução histórica dos direitos fundamentais representa um aumento progressivo na sua objetivação.

De fato, os direitos de liberdade, por se caracterizarem como direitos do indivíduo contra o Estado, tinham a perspectiva subjetiva como preponderante, ou seja, seu mote era conferir ao indivíduo uma determinada situação jurídica em face do Estado.

A positivação dos direitos sociais levou ao aprofundamento dos estudos acerca das garantias constitucionais no século XX, elaborando-se, notadamente na doutrina alemã, o conceito de garantias institucionais, ressaltando Klaus Stern que

[...]a essência, sentido e fim das garantias institucionais consistem em que [...] os atos da práxis administrativa bem como a legislação ordinária do Reich e qualquer espécie de legislação do Estado-membro são e devem ser considerados inadmissíveis e inconstitucionais na medida em que afetem a essência da [...] instituição.¹⁰⁶

103. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 193.

104. A classificação é relevante no estudo da eficácia dos direitos sociais, para o que será dedicado capítulo próprio.

105. O termo “perspectivas” é utilizado em que pese a maioria da doutrina adotar a expressão “dimensões”. A preferência se justifica pela possível confusão com o emprego anterior do termo, em substituição de “gerações” de direitos, conforme alerta Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 158.

106. Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 542.

O conceito representa passo importante no estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na medida em que expressa a relevância de determinadas instituições à atividade estatal no sentido de orientar sua atuação.¹⁰⁷

No entanto, podem-se ter como marco no desenvolvimento da tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais os horrores da Segunda Guerra Mundial, em que a dignidade da pessoa humana alcançou níveis extremos de desrespeito.

A partir da segunda metade do século XX, portanto, debruça-se a doutrina constitucional, notadamente alemã, sobre o estudo da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.¹⁰⁸

Em tal perspectiva, os direitos fundamentais assumem o papel central e valorativo da organização do Estado, do que repercute um leque de eficácias a eles atribuídas que não podem ser resumidas à lógica subjetivista – Estado x indivíduo.

A pluralidade de possibilidades decorrentes desta perspectiva levou alguns autores a enaltecê-la como uma das mais importantes inovações do direito constitucional após a Segunda Guerra Mundial, possibilitando, no entanto, uma “hipertrofia dos Direitos Fundamentais”.¹⁰⁹

De fato, a partir desta nova visão, os direitos fundamentais são tidos como um norte valorativo de toda a sociedade, em que se inclui o Estado. Desta forma, estes direitos deixam de ser mera obrigação imposta ao Estado para constituírem sua finalidade primordial, do que decorrem sérias conseqüências.

107. Como adverte José Carlos Vieira de Andrade, no entanto, as garantias institucionais não se resumem aos direitos fundamentais, ao revés, abraçam instituições outras que não as relativas a tais direitos. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 139.

108. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.137.

109. A exemplo de Dieter Grimm. Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 602.

De início, este caráter finalístico resultará no fato de que tais direitos espraiam sua eficácia em relação a todo o ordenamento jurídico, numa chamada “eficácia irradiante”, quer seja no âmbito do direito público ou privado, conformando a atuação das funções constituídas, legislativa, executiva e judiciária.

Sob este caráter orientador do ordenamento, ganham relevância os direitos fundamentais no controle de constitucionalidade, por ação ou omissão, e na própria interpretação das normas legais.

Sendo os referidos direitos finalidade última do Estado, a este não será suficiente a mera omissão na sua violação direta, cabendo-lhe de igual forma o dever de proteger os indivíduos contra as violações perpetradas pelos próprios particulares, do que se deduz a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o objetivo maior de defender estes direitos em sua totalidade justificará, inclusive, restrições pontuais eventualmente necessárias. Exemplo desta circunstância é a obrigatoriedade do cinto de segurança, que, em que pese o fato de mitigar a liberdade individual, resulta numa maior proteção à saúde pública.¹¹⁰⁻¹¹¹

110. Neste ponto assume relevância a teoria dos princípios já esboçada, notadamente o princípio da proporcionalidade como método de solução de conflitos entre tais normas, objeto de análise de Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

111. Necessário que se recorde, no entanto, que o homem é a finalidade última de todos os direitos, conforme ressaltado ao tratar-se do princípio da dignidade da pessoa humana; desta forma, não pode ser tomado por meio nem mesmo para a suposta defesa de interesses maiores. A questão, contudo, pode assumir contornos dramáticos a exemplo do caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em que o filho de Hans Martin Schleyer, seqüestrado, requer que o Estado seja obrigado a libertar os presos conforme solicitado por terroristas como condição para a sua libertação. “A peculiaridade da garantia contra extorsões com ameaça à vida por terroristas é caracterizada pelo fato de que as medidas protetivas devem se adaptar a uma multiplicidade de situações únicas. O governo não pode estabelecer antecipadamente *standards* de medidas de proteção nem derivar *standards* de um direito fundamental individual. A criação criou uma obrigação para o Estado proteger não apenas o indivíduo, mas todos os cidadãos. O efetivo cumprimento desta missão requer que as autoridades estatais estejam em posição apropriada para reagir adequadamente para as circunstâncias de cada caso individual [...] A Constituição não pode prescrever que determinados passos sejam tomados, porque terroristas iriam ter condições de prever como o Estado reagiria. Isto seria contrário à obrigação estatal de proteção, tal como articulada no artigo 2 da Constituição [...] Portanto, o Tribunal Constitucional alemão não está em posição de ordenar às autoridades estatais competentes que adotem qualquer medida em especial. É o governo que tem a responsabilidade de decidir que passos devem ser dados para o desempenho da obrigação estatal de proteger a vida”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 164-165.

Para os objetivos do presente trabalho, no entanto, os reflexos mais importantes decorrentes desta perspectiva dos direitos fundamentais referem-se à necessidade de sua concretização.¹¹²

A percepção de que os direitos fundamentais são a razão principal de existência do Estado, seu princípio básico e elementar impõe a elaboração de métodos interpretativos que superem a lógica pura, comprometendo-se com a máxima eficácia possível de tais preceitos.

Assim, afirma Paulo Bonavides citando Häberle: “os direitos fundamentais já não têm eficácia ‘em função da lei’, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia ‘em função dos direitos fundamentais’”.¹¹³

Neste contexto, do alinhamento do estudo dos direitos fundamentais à teoria dos princípios e à nova hermenêutica decorre o efeito vinculante das proposições de direitos fundamentais, que, quaisquer que sejam, não podem ser resumidas a meros “protocolos de intenções”.

É esta perspectiva que reclama a necessidade de conformação de toda a atuação estatal aos direitos fundamentais, conforme expressa Dirley da Cunha Júnior:

Outra importante conseqüência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais reside na eficácia dirigente que eles produzem em relação aos órgãos do Estado. Com base nela, podemos sustentar que os direitos fundamentais impõem ao estado o dever permanente de concretizá-los. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o direito fundamental à efetivação da Constituição, que encarrega todos os órgãos do Estado do dever poder de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição.¹¹⁴

112. Interessante posição a este respeito a de Norberto Bobbio, para quem as discussões acerca da fundamentação dos direitos humanos perdeu todo o espaço, indicando que “[...] Por isso, agora, não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo (como querem os juristas redivivos) a razão das razões, mas de pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados”. *A era dos direitos*, p. 23.

113. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 611.

114. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 609-610.

Há que observar que dos reflexos oriundos da visão objetiva dos direitos fundamentais decorrerá importante fenômeno a ser tratado, qual seja a “ressubjetivização” destes direitos.

De fato, observado que da mencionada dimensão jurídico-objetiva nascem deveres concretos para o Estado, como o de proteção de tais direitos em face dos particulares, controle de constitucionalidade, exigibilidade de concretização, é imperioso concluir que estas obrigações não se dão ao vazio, retornando à dimensão subjetiva.

A intercomunicação das mencionadas dimensões é intuitiva na medida em que é a dimensão objetiva que mune o indivíduo da possibilidade de voltar-se contra norma legalmente estabelecida a fim de requerer a declaração de sua inconstitucionalidade em determinado caso.¹¹⁵

Da mesma forma, o cidadão tem o direito subjetivo de requerer do Estado a adoção das medidas necessárias à proteção de determinado direito de que seja titular, inclusive na hipótese de a violação partir de outro indivíduo.¹¹⁶

Finalmente, em face do dever do Estado de adotar as medidas necessárias à promoção dos direitos sociais, nasce para o particular o direito subjetivo de requerer do ente público o cumprimento de tal tarefa.

A tese, no entanto, encontra fortes oposições na doutrina, notadamente quando associada aos direitos a uma prestação positiva do Estado, assinalando Häberle que:

[...] no Estado prestacional, o direito objetivo relevante para os direitos fundamentais “ultrapassa” o direito (fundamental) subjetivo. Há tarefas constitu-

115. E de maneira abstrata os constitucionalmente legitimados.

116. Por ter interpretação diversa quanto a tal fenômeno, José Carlos Vieira de Andrade considera estar o dever de proteção circunscrito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 112.

cionais (“princípios”) “úteis aos direitos fundamentais”, às quais (ainda) não corresponde qualquer direito subjetivo.¹¹⁷

Há, no entanto, aqueles que admitem a tese de forma ponderada, manifestando-se, neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, segundo o qual:

[...] só deve considerar-se a existência de um direito subjetivo dos particulares relativamente a deveres de prestação estadual, quando essas prestações sejam, em *abstracto* (perante o legislador) ou no caso concreto (perante a administração), necessárias à realização do conteúdo essencial do direito fundamental de um determinado indivíduo.¹¹⁸

Deve-se ter em mente, todavia, que, conforme visto, os direitos fundamentais se caracterizam por representarem reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este conceito, por sua vez, remete-nos aos elementos fundamentais, indispensáveis à própria dignidade do indivíduo, de tal forma que a designação “direitos fundamentais” qualifica algo que será inescapavelmente essencial.

Por sua vez, a “necessidade” da conduta estatal para a promoção dos direitos fundamentais, principalmente sociais, é elemento que em Portugal, país do citado autor, pode ser tida por episódica, porém, no Brasil, a atividade do ente público é, em regra, vital para o alcance, pelos cidadãos, dos direitos indispensáveis à uma vida digna.

Por fim, relevante a contribuição de Robert Alexy, que entende defensável a existência de direitos subjetivos correspondentes pela possível existência do “direito definitivo à prestação” verificada quando se tratar dos “direitos mínimos”.¹¹⁹

Por tais razões, inegável a eficácia das normas de direitos sociais, nas suas mais diversas espécies, conforme será abordado no capítulo que segue.

117. Apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 517.

118. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 152.

119. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 517.

3

NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Pouca dúvida pode existir quanto à fundamentalidade do conceito de norma para o estudo do direito.

De fato, a idéia de norma, por mais controversa que se apresente, é elemento basilar de toda a atuação jurídica, sendo sua abordagem inescapável a qualquer estudo neste âmbito do conhecimento humano.

Evidente, no entanto, que, tendo em vista a profundidade e extensão do tema, a sua análise no presente trabalho se dará na medida necessária à instrumentalização das conclusões posteriormente mencionadas, privilegiando-se o conceito a ser utilizado, a estrutura específica das normas definidoras de direitos fundamentais e, ainda, a sua eficácia no plano subjetivo.¹²⁰

3.1 A norma jurídica

Quanto à primeira questão, qual seja o conceito de norma a ser adotado, adverte Norberto Bobbio tratar-se a norma jurídica de uma proposição prescritiva.¹²¹

Por proposição entende-se o significado expresso por um conjunto de palavras. Neste sentido, e ainda conforme as lições do citado autor, a mesma proposição pode ser expressa por

120. Quanto às dificuldades de estudo do conceito de norma, indica Tércio Sampaio Ferraz Jr. tratar-se de conceito zetético, gerador de infinitas indagações por abordar os pressupostos da ciência jurídica e os pressupostos destes pressupostos em um ciclo necessariamente aberto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

121. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Suddati. Bauru: Edipro, 1993. p. 72.

um conjunto de palavras diverso; de igual forma, um tal conjunto pode conter em si múltiplos significados, originando, portanto, diversas proposições.¹²²

Por outro lado, o caráter prescritivo da norma jurídica expressa o fato de que por meio delas veiculam-se comandos que determinam a atuação dos indivíduos.¹²³

Assim, o conceito semântico de norma diferencia esta do chamado “enunciado normativo”. Sob esta visão a norma é entendida como cada uma das possíveis proposições prescritivas que resultam da interpretação de um enunciado.

A norma, portanto, sob esta concepção, representa um imperativo caracterizado como uma ordem ao seu destinatário não daquilo que efetivamente é, mas sim do que deve ser.

O caráter imperativo da norma jurídica é inegável na medida em que o direito, como norma de conduta, não pretende regular aquilo que é, e sim o que deve ser. Neste sentido, Karl Larenz:

O sentido do enlace do pressuposto de facto com a consequência jurídica não é, como na proposição enunciativa, uma afirmação, mas uma ordenação de vigência. O dador da norma não diz: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer.¹²⁴

Dizer que a norma jurídica é uma proposição imperativa, que orienta o comportamento dos indivíduos, não traz, porém, qualquer elemento que diferencie tal espécie das normas morais ou sociais, de igual forma imperativa.

122. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 74.

123. Oportuna a observação de Norberto Bobbio sobre o fato de poderem tais proposições adotar qualquer forma gramatical, ou seja, um enunciado imperativo é a forma clássica de expressão das normas jurídicas, no entanto elas podem assumir a forma declaratória, exclamativa ou mesmo interrogativa. Idem, *ibidem*, p. 76.

124. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 353.

Necessário, portanto, identificar o elemento diferenciador das normas jurídicas entre as demais espécies.

Segundo a teoria normativa de Hans Kelsen, este traço diferenciador seria o fato de que a relação de “dever ser”, característica das normas jurídicas, se daria na forma de um juízo hipotético em que, dado uma circunstância, “a” decorre um dever ser “b”, consequência que seria sempre representada por uma sanção.

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.¹²⁵

Em sentido semelhante, Norberto Bobbio defende a identificação das normas jurídicas pela resposta dada à sua possível violação. Assim, enquanto nas leis científicas a configuração de uma situação em contradição com a lei exige a revisão desta, no caso das normas jurídicas, tal contradição se resolveria pela manutenção da lei e conformação a esta da conduta individual.

Afirma, portanto, que “‘normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.¹²⁶

Tal posição, contudo, é criticada por não abarcar as hipóteses normativas em que não se verifica a existência de sanção, não existindo ainda o esquema condicional proposto.¹²⁷

125. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 37.

126. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 160.

127. Outra crítica comumente lançada à tese é a de que a sanção não seria elemento característico das normas jurídicas, verificando-se também nas normas morais e sociais. Neste sentido: DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94-96.

Neste sentido, menciona H.L.A. Hart, que defende conceito de norma identificado com a legitimidade da instituição prolatora, a hipótese das normas definidoras de competências, a exemplo das que definem a forma de elaboração de testamentos ou de contratos que

Não exigem das pessoas que se conduzam de uma determinada maneira independentemente de sua vontade. Tais regras de direito não impõem deveres ou obrigações. Procuram na verdade proporcionar aos indivíduos meios para realizar suas intenções, conferindo-lhes o poder jurídico de criar, por meio de procedimentos determinados e mediante certas condições, estruturas de direitos e deveres nos limites do aparelho coercitivo do direito.¹²⁸

Por outro lado, e de igual forma, diz-se que o direito internacional representa ordem jurídica alheia à sanção externa institucionalizada tal qual proposta por Hans Kelsen.¹²⁹

Outro elemento criticado da tese é a identificação da norma como dever condicionado a uma dada hipótese, conforme menciona Eduardo García Maynez, a indicar que as normas jurídicas “encerram sempre um ou vários supostos, de cuja realização dependem certas consequências normativas”.¹³⁰

Em face de tal afirmação, ressalta Miguel Reale o fato de que algumas destas normas, indiscutivelmente jurídicas, em verdade, nem sequer se amoldam ao esquema hipotético proposto por Hans Kelsen, afirmando que

[...] as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que

128. Para conferência: “[...] n’exigent pas des personnes qu’elles se conduisent d’une façon déterminée, qu’elles le veuillent ou non. De telles règles de droit n’imposent pas des devoirs ou des obligations. Elles procurent plutôt aux individus les moyens de réaliser leurs intentions, en leur conférant le pouvoir juridique de créer, par le biais de procédures déterminées et moyennant certaines conditions, des structures de droits et de devoirs dans les limites de l’appareil coercitif du droit”. HART, H.L.A. *Le concept de droit*. Tradução de Michel van de Kerchove. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. p. 45.

129. Abordando tais críticas, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 119-121.

130. Segue o original para conferência: “encierran siempre uno o varios supuestos, de cuya realización dependen ciertas consecuencias normativas”. MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951. p.14.

disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza e a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade.¹³¹

De fato, normas como a disposta no art. 2.º da Carta Constitucional – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – jamais poderiam ser subsumidas a tal esquema, exigindo, portanto, uma conceituação diversa do instituto.

Com tal objetivo, Miguel Reale conceitua as normas jurídicas como “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva obrigatória”,¹³² excluindo, pois, o caráter sancionador.

O caráter proposicional da norma, na esteira do quanto mencionado anteriormente, reflete o fato de seu conteúdo ser expresso por uma proposição, admitindo-se que o seu significado decorre da interpretação de um enunciado.

Por outro lado, não exclui a conceituação a imperatividade mencionada anteriormente; a norma jurídica representa um dever ser, ainda que expressa de forma declaratória.

Por fim, e este seria o traço diferencial da norma jurídica, o direito vale de forma obrigatória, ou seja, mesmo contra a vontade dos obrigados, muito embora não responda sempre ao descumprimento da norma com a imposição de uma sanção.¹³³

131. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

132. Idem, *ibidem*, mesma página.

133. No caso das normas de competência, por exemplo, a obrigatoriedade da norma de direito é indiscutível na medida em que a conformação dos fatos à previsão normativa é condição necessária à configuração do ato jurídico e dos efeitos dele decorrentes. Seu descumprimento, portanto, gera a invalidade do ato, que não representa sanção em si, pois não inflige um mal ao particular, sendo apenas resultado do descumprimento da obrigatoriedade da norma.

3.2 Natureza da norma de direito fundamental

Tendo em vista a concepção ora definida, cabe o estudo das normas definidoras de direitos fundamentais, entendidas como tais aquelas que atendam ao critério formal de definição destes direitos, ou seja, incluídas, direta ou indiretamente, na Carta Magna, bem como ao seu elemento material, qual seja sua relação com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Valioso quanto a tais normas o estudo da sua natureza, na medida em que os posicionamentos dele decorrentes terão reflexos fundamentais nas conclusões acerca da efetividade de tais direitos, e da justiciabilidade das políticas públicas a eles relativas.

Neste sentido, torna-se fundamental o estudo das regras e dos princípios como espécies de normas jurídicas.

3.2.1 *Distinções entre regras e princípios*

Embora não sejam uma novidade na ciência jurídica, pode-se dizer que o estudo dos princípios foi decisivamente aprofundado ao final do século XX, cabendo ressaltar a contribuição dada por Ronald Dworkin.

O autor parte das idéias de H.L.A. Hart, que restringem o fenômeno jurídico a um modelo de regras para defender a existência, a par delas, de princípios e políticas como formas de expressão da normatividade.

Assim, fixa o autor os conceitos por ele utilizados.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, po-

lítica ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹³⁴

Embora reconheça o autor a dificuldade em certos casos de diferenciar estes últimos conceitos, considera fundamental a distinção entre os princípios e as regras, o que se daria pelo seu método de aplicação.

Assim, as regras seriam aplicáveis sob um esquema de “tudo-ou-nada”,¹³⁵ ou seja, verificado seu suporte fático, e excluídas as exceções normativamente previstas, a consequência da norma é inescapável.¹³⁶

Por sua vez, os princípios não indicam nenhuma consequência jurídica automática. É possível que, mesmo configurada hipótese em que, em tese, fosse aplicável, não o seja. Tal omissão não se daria pela existência de uma exceção, tendo em vista a imprevisibilidade das hipóteses de exclusão de um princípio, mas pela natureza própria deste.

Desta forma, ainda que abstratamente aplicáveis a um caso concreto, os princípios podem ter sua eficácia restringida em função do “peso” que tiverem em relação a outros princípios igualmente importantes no caso, característica inteiramente estranha ao conflito entre regras.

Além deste, vários outros critérios são mencionados em doutrina para a divisão destes conceitos. Diz-se que os princípios se caracterizariam por um maior grau de generalidade do que o verificado nas regras, além do que teriam um conteúdo axiológico explícito pelo que representariam fundamento para o desenvolvimento das regras.¹³⁷

134. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

135. Idem, *ibidem*, p. 39.

136. Idem, p. 38.

137. Neste sentido, Josef Esser e Karl Larenz, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria os princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

Em que pesem tais critérios, defende Robert Alexy ser elemento decisivo para a distinção o fato de se tratar os princípios de “mandamentos de otimização”, por meio dos quais se impõe que algo seja realizado na maior medida possível.¹³⁸

Por seu turno, no caso das regras, a sua existência e validade imporiam o cumprimento na exata medida nela determinada, sob pena de se verificar o seu descumprimento.

Segundo o autor, e na esteira das lições de Ronald Dworkin, tal diferença seria claramente perceptível nas diferentes soluções a serem adotadas no caso de conflitos normativos.

Na hipótese de tratar-se as normas em oposição de regras, a solução do conflito exige a criação de uma relação de excepcionalidade entre ambas, hipótese em que permanecem válidas, mas, sempre que uma se der, a outra não se verificará;¹³⁹ ou a declaração de invalidade de uma delas.

No caso dos princípios, eventual colisão não impõe a invalidade de um deles, tampouco a criação de uma cláusula de exceção. A solução do caso se dá pelo “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”,¹⁴⁰ não se eliminando a hipótese em que, em caso de novo conflito, a situação se inverta.

As condições da precedência mencionadas pelo autor são deduzidas pela máxima da proporcionalidade,¹⁴¹ a orientar o sopesamento dos princípios antagônicos, por meio da qual se extrai norma de direito fundamental atribuída, apta a regular o caso concreto.

138. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

139. Apresenta o autor como exemplo a norma “a”, proibitiva de que crianças se retirem de sala de aula, em relação à norma “b”, que impõe sua saída no caso de soar o alarme de incêndio. Neste caso, a solução do conflito pode manter a validade de ambas as normas, no entanto, nem por isso, poder-se-á em conflito de princípios na medida em que, sempre que a norma “b” tiver seu suporte fático implementado, será aplicada em detrimento da norma “a”.

140. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 96.

141. A máxima da proporcionalidade em seu sentido lato, englobando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, representa, na visão do autor, conseqüência do natureza principiológica de determinadas normas. Idem, *ibidem*, p. 116.

Em consequência de tal observação, verifica-se um caráter diferenciado na carga normativa *prima facie* das normas principiológicas em relação às normas-regra.

O caráter *prima facie* da norma representa o mandamento dela extraído abstratamente, variável em função do caso concreto, ao passo que o mandamento definitivo da norma seria aquele efetivamente verificado na sua aplicação.

Assim, no caso dos princípios, não se verifica neles mesmos um mandamento definitivo, mas apenas a orientação *prima facie* na medida em que seu caráter definitivo apenas é determinado pela conjunção de elementos a eles externos, as circunstâncias do caso concreto.

Já no caso das regras a situação é diversa na medida em que *a priori* seu mandamento é definitivo, impositivo independentemente das circunstâncias fáticas verificadas.

Discute-se, no entanto, quanto ao possível caráter *prima facie* das normas-regras, na medida em que, não obstante conterem caráter eminentemente definitivo, como já visto, podem ser excluídas pelo conflito com outras regras, a criar uma exceção, ou ainda por outros princípios com que colidam no caso concreto.

Quanto ao tema, Robert Alexy defende que se pode verificar nas regras, tendo em conta a possibilidade de excepcionar sua aplicação, a existência de um caráter *prima facie*, diverso, contudo, daquele característico dos princípios.¹⁴²

Esta diferenciação se daria pelos princípios formais referentes à legitimidade conferida às regras no estabelecimento de normas. De fato, caso a mera existência de princípio contraposto fosse suficiente para, por meio da técnica de ponderação, excluir a aplicação de determinada regra, haveria a confusão total entre estas e os princípios.

142. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104.

Assim, a diferenciação entre o caráter *prima facie* da regra em relação aos princípios se dá na medida em que os princípios formais que legitimam aquela se impõem como barreiras de difícil, mas não impossível, transposição à sua exceção por outros princípios no caso concreto.¹⁴³

Poder-se-ia questionar, no entanto, o caráter normativo de tal padrão. De fato, tratando-se de proposições prescritivas cuja obrigatoriedade pode ser excluída pelo caso concreto, seria realmente razoável atribuir a tal instituto o caráter de norma jurídica?

De fato, conforme indica Ronald Dworkin, duas opções se colocam para o aplicador do direito perante os *hard cases*:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos esta orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como o Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”) lançando mão de princípios extra legais que ele tem a liberdade de aplicar, se assim o desejar.¹⁴⁴

Não parece razoável que o direito atribua aos agentes estatais, em qualquer das funções públicas, a possibilidade de emprego do completo e desmedido arbítrio.

De fato, mesmo nos casos difíceis, em que não há regras prevendo expressamente a solução do caso concreto, os princípios impõem-se como parâmetro normativo de aplicação obrigatória pelo julgador, muito embora se reconheça a subjetividade em que pode redundar a sua aplicação.

143. A aceitação por Robert Alexy de um caráter *prima facie* também nas regras, a ensejar a utilização da técnica de sopesamento também, neste caso, em caráter excepcional, é a causa que afasta, a nosso ver, a crítica oposta por Humberto Ávila, ao indicar ser uma falha da teoria a negação do sopesamento como possibilidade de solução de conflitos entre regras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 44.

144. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 46-47.

Nestes termos, parece inescapável concluir que a aplicação das normas-princípio, quer no plano judicial, quer no legislativo ou executivo, não reflete uma livre opção do órgão público, mas o cumprimento de uma obrigação juridicamente determinada por uma proposição de natureza eminentemente preceptiva.

3.2.2 Teorias acerca da natureza dos direitos fundamentais

Esclarecidos os traços diferenciadores das normas-princípio em relação às normas-regra, cumpre verificar a que classe podem ser enquadradas as normas de direitos fundamentais.

Neste sentido, três possibilidades se configuram: a identificação completa das normas de direitos fundamentais com as normas-princípio; com as normas-regra; ou a adoção de um modelo misto, implicando a possibilidade de existência concomitante de ambas as hipóteses.

3.2.3 Normas de direitos fundamentais como normas-princípio

Na primeira hipótese, defende-se a identificação completa das normas de direitos fundamentais com normas-princípio. Sob tal perspectiva, portanto, todas as normas extraídas de direitos fundamentais teriam sua observância condicionada a relações de sopesamento.

Muito embora não se possa de qualquer forma negar a importância da técnica de sopesamento para a solução dos casos concretos envolvendo direitos fundamentais, igualmente irrefutável que nem todos os casos admitem, à primeira vista, a utilização de tal instrumento.

Conclusão em sentido diverso contém o inconveniente de que “não levaria a sério a Constituição escrita”.¹⁴⁵

145. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 122.

De fato, não obstante mesmo as regras, como visto, possam ter sua aplicação a um caso concreto excluída por um determinado princípio, tal hipótese tem caráter excepcional, sob pena de minorar-se absolutamente a função legislativa.

3.2.4 Normas de direitos fundamentais como normas-regra

Em extremo oposto, pode-se defender a identificação das normas de direitos fundamentais com as normas-regra.

A partir de tal visão, conclui-se que as normas extraídas dos enunciados de direitos fundamentais detêm caráter definitivo, regulando decisivamente a conduta devida nas diversas hipóteses em que tais direitos se encontrem.

À primeira vista é possível perceber que esta opção redundaria na diminuição do caráter *prima facie* das normas de direitos fundamentais, eliminando-se a técnica do sopesamento e, simultaneamente, a restringibilidade de tais direitos quando não previstas legalmente suas exceções.

Em razão da absurda conclusão, recorre-se à tese dos limites imanes dos direitos fundamentais, excluindo-se de sua esfera de proteção determinadas condutas não em razão do sopesamento em face de outros princípios, mas sim por critérios outros, como os adotados por Dürig, afirmando a existência de restrições lógico-jurídicas e as social ou eticamente imanes.¹⁴⁶

Adota-se, portanto, uma concepção restrita do suporte fático da norma de direitos fundamentais.¹⁴⁷

146. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 125.

147. Acerca do tema, ver item 3.5.7.

3.2.5 *As normas de direitos fundamentais como um modelo misto de regras e princípios*

Em uma terceira vertente, que nos parece mais razoável, encontra-se o modelo combinado de regras e princípios defendido por Robert Alexy.

Segundo esta visão, as normas extraíveis dos enunciados definidores de direitos fundamentais podem apresentar-se ora como regras, ora como princípios.

Analisando a Constituição espanhola, Antonio-Enrique Pérez Luño ressalta o fato de que algumas normas expressariam conteúdo eminentemente principiológico, subdividindo-as em princípios constitucionais programáticos e princípios constitucionais de atuação dos poderes públicos; outras seriam regras propriamente ditas, as normas complementáveis por legislação posterior, normas específicas casuísticas e normas de tutela.¹⁴⁸

De igual forma, a Carta Constitucional brasileira em dispositivos como o do art. 6.º apresenta enunciados dos quais se extraem princípios de direitos fundamentais.

Por outro lado, não são poucos os enunciados da Constituição Federal a mencionar tais direitos por meio de regras, como é o caso do art. 208, § 1.º, a definir que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Neste sentido, a aplicação das normas-regra e princípio se daria em conformidade com o caráter *prima facie* e definitivo de cada uma destas normas, observadas as suas peculiaridades distintas mencionadas anteriormente.

Evidente que, da mesma forma que o caráter normativo dos princípios deu ensejo a sérios debates doutrinários, a normatividade das normas constitucionais expressas mediante

148. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 66-67.

estes padrões foi objeto de severas discussões cujo centro é a eficácia jurídica das normas ditas programáticas expressas na Constituição.

Portanto, tendo em vista a importância de tais normas para o objeto do presente estudo, necessário avaliar a evolução de sua compreensão na doutrina jurídica.

3.3 A eficácia das normas jurídicas de direitos sociais

Conforme já mencionado, a busca de meios pelos quais seja garantida a máxima concretização dos direitos fundamentais é tema de grande importância no final do século XX e no início do atual.

Neste sentido, o tema da eficácia das normas jurídicas como um todo compõe fator imprescindível para o estudo dos direitos fundamentais e sua justiciabilidade.

A definição daquilo que se entende por eficácia das normas jurídicas exige a distinção de alguns conceitos.

Observando tal circunstância, dedicou-se Hans Kelsen à diferenciação dos conceitos de “validade” e “eficácia”.

Em sua Teoria Pura do Direito, adverte o autor que a validade de determinada norma jurídica é elemento vinculado à conformidade do seu nascimento com a norma fundamental. Elaborada a norma sob tais parâmetros, teria sua validade mantida enquanto permanecesse a eficácia do ordenamento.

Por seu turno, a eficácia representaria no plano do “ser” as prescrições normativas elaboradas no plano do “dever-ser”, expressando os reflexos da norma na realidade.

Em síntese, indica o autor que:

[...] assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia na ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma ordem jurídica em singular são [...] condição de validade.¹⁴⁹

Ocorre, no entanto, que as normas jurídicas não geram efeitos apenas no plano do ser, dos fatos. Conforme verificado no estudo da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, as normas por vezes geram seus efeitos no plano normativo, razão pela qual oportuna a distinção abordada por José Afonso da Silva entre eficácia social e jurídica.

Segundo o autor, a eficácia social reflete a obediência e aplicação da norma no plano fático, circunstância a que se opõem as mais diversas razões.

Por outro lado, a eficácia jurídica da norma expressa a possibilidade de que de determinada norma sejam extraídos os efeitos por ela pretendidos, nas palavras do autor, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos que cogita”.¹⁵⁰

Do ponto de vista da semiótica, o estudo da eficácia normativa admitiria três planos distintos: o primeiro se referiria ao plano semântico, observando a repercussão da norma na realidade fático-social e nos valores positivos; o segundo ao sintático, pois neste âmbito se estudam os signos em suas relações internas, uns com os outros; por fim, estuda-se a norma na sua relação com seus destinatários, sob o prisma pragmático.¹⁵¹

149. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 237. Apesar de extremar os conceitos de validade e eficácia, o autor admite a possibilidade de a perda desta por largo período de tempo causar a invalidade da norma, seria a “função negativa do *desuetudo*” (p. 238).

150. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

151. DINIZ, Maria Helena; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steveson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 69-74.

3.4 As normas programáticas

Tendo em vista o objetivo deste estudo, não há dúvida de que as mais relevantes das normas definidoras de direitos fundamentais são as ditas programáticas.

Conforme mencionado na contextualização histórica anteriormente apresentada, os direitos fundamentais iniciam sua institucionalização por meio das Declarações de Direitos, notadamente a Francesa de 1789 e a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776.

Tais declarações detêm um evidente caráter político revolucionário, indicando os direitos civis neles previstos em termos muito mais filosóficos que jurídicos.

A eficácia normativa de tais previsões, contudo, se deu de forma rápida, posto que a Declaração da Virgínia já espalhava seus efeitos sobre a representação popular.¹⁵²

Por seu turno, a declaração francesa foi incorporada à Constituição daquele país em 1791, influência que repercutiu nas cartas posteriores, entre as quais a brasileira de 1824, e na Constituição belga de 1832.

O grau de eficácia conferido aos direitos de defesa se deveu principalmente ao contexto político daquele momento histórico, em que a ascensão burguesa não encontrava impedimentos nem na nobreza decadente, tampouco no proletariado desorganizado.

Neste sentido, ressalta Paulo Bonavides:

A parte material das regras constitucionais, após a absorção e positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa, se apresentava teoricamente estável, em virtude da ausência de combates, antagonismos e tensões na opera-

152. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.

ção constituinte, circunstância que facilitou bastante a tarefa de produzir uma Constituição de filosofia e postulados políticos harmônicos.¹⁵³

Não foi este, no entanto, o contexto em que se deu a institucionalização dos direitos sociais.

A Carta de Weimar de 1919,¹⁵⁴ conforme demonstrado, foi o resultado das tensões entre a burguesia liberal e a classe trabalhadora insurgente, a exigir uma mudança de postura do Estado.

Neste sentido, tais direitos encontram suas primeiras previsões constitucionais em meio a um Estado liberal sucumbente e a um Estado social incipiente. Deste cenário resulta o fato de que sejam os direitos sociais expressos por meio de normas-princípio, taxadas como meros programas para o legislador futuro.¹⁵⁵

O estabelecimento de normas-programa nos textos constitucionais no período tem por função precípua não a efetiva mudança de rumos do Estado, e sim a pacificação social, intensificada pelo simbolismo da previsão constitucional, estudado por Marcelo Neves, para quem:

Sua definição engloba esses dois momentos: de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos.¹⁵⁶

Sob a justificativa de uma suposta generalidade com a qual os direitos sociais foram previstos nas primeiras constituições, tais preceitos foram entendidos não como normas propriamente ditas, mas como meros “protocolos de intenções”.

153. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 228.

154. Lembrando que, conforme já dito, a história dos direitos sociais é muito anterior a tal diploma normativo.

155. Neste sentido BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 233.

156. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 87-88.

Esta perspectiva das previsões constitucionais de direitos sociais, retirando-lhe completamente o cunho jurídico, foi uma das causas da crise do constitucionalismo, tendo em vista o enfraquecimento do conceito jurídico de Constituição.

Neste sentido, ganha maior relevância a concepção constitucional defendida por Ferdinand Lassale em conferência realizada em Berlin no ano de 1832. Na concepção do autor, as previsões constitucionais não passariam de mera “folha de papel”, sendo relevantes apenas os fatores reais de poder que se apresentam na sociedade e conformam sua organização.¹⁵⁷

Segundo esta visão das previsões programáticas, vários autores elaboraram classificações em que lhes retiravam qualquer juridicidade, entre os quais Cooley¹⁵⁸ e Azzaritti.¹⁵⁹

Atualmente, no entanto, têm sido progressivamente restringidas as diferenças ontológicas entre as normas de direitos sociais, consideradas programáticas, e as normas de direitos individuais.

A fim de verificar a evolução não só deste grupo normativo, mas das concepções que apartam os direitos fundamentais quanto à sua efetividade, passemos à análise dos principais estudos acerca do tema.¹⁶⁰

157. Mais recentemente, conforme noticia Antonio-Enrique Pérez Luño, menciona Mario Lugano a irrelevância da discussão acerca da interpretação constitucional na medida em que “supone la pretensión de proyectar postulados de La metodología jurídica a lo que no son sino puras decisiones políticas”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 251.

158. A classificação é referida por Ruy Barbosa, indicando Cooley que “Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 495.

159. Na obra *La nuova Costituzione e Le leggi anteriori*, conforme indica Paulo Bonavides, o autor classificava tais normas como diretivas, por sequer constituírem verdadeiras normas, ao lado das normas preceptivas, de aplicabilidade direta e imediata, e normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas não imediata.

160. Não foram poucos os doutrinadores dedicados ao estudo da classificação das normas constitucionais de acordo com sua eficácia. A apresentação ora exposta não tem por objetivo esgotar a discussão, mas apenas identificar a evolução das normas programáticas e, conseqüentemente, de direitos sociais, apresentando as teses consideradas mais relevantes ao tema em discussão.

3.5 Classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia

3.5.1 Normas constitucionais self-executing e not self-executing

Amplamente divulgada nos Estados Unidos, a classificação divide as normas constitucionais quanto à sua eficácia em normas *self-executing*, que seriam aplicáveis de imediato, pois regulariam diretamente os fatos jurídicos a que se referem, e normas *not self-executing*, que seriam dependentes de lei ordinária para terem eficácia. Nas palavras de Cooley:

Provisões auto-executáveis. Muito embora nenhuma das provisões constitucionais possa ser entendida como imaterial ou meramente consultiva, algumas delas são incapazes de, no caso concreto, impor obrigatoriedade semelhantes às provisões diretivas em geral. A razão é que, quando o objetivo é definir direitos e impor deveres, elas não são, por si mesmas, regras suficientes para identificar os direitos que devem ser protegidos e os deveres a impor. Nestes casos, para que as normas constitucionais sejam eficazes, deve ser elaborada legislação suplementar; a provisão, portanto, será mandatória para o Legislativo no sentido de expressar a necessidade da lei, de qualquer forma, não terá autoridade de impor o comando. Por vezes a Constituição conclama o legislador a promulgar leis acerca de determinado assunto; sendo óbvio que tal requerimento tem força meramente moral; o Legislativo deveria obedecer a isto; mas o direito que quis outorgar só é assegurado quando a legislação é voluntariamente promulgada.¹⁶¹

A doutrina se tornou popular no Brasil, notadamente em função da adoção por Ruy Barbosa, segundo o qual seriam raros os casos em que as normas constitucionais poderiam ser

161. Segue o original para conferência: “Self executing provisions. But although none of the provisions of a constitution are to be looked upon immaterial or merely advisory, there are some which, from the nature of the case, are as incapable of compulsory enforcement as are directory provisions in general. The reason is that, while the purpose may be establish rights or to impose duties, they do not in and off themselves constitute a sufficient rule by means of which such right may be protected or such duty enforced. In such cases, before the constitutional provisions can be made effectual supplemental legislation must be had; and the provision may be in this nature mandatory to the legislature to enact the needful legislation, though back of it there lies no authority to enforce the command. Sometimes the Constitution in terms requires the legislature to enact laws on a particular subject; and here it is obvious that the requirement has only a moral force; the legislature ought to obey is; but the right intended to be given is only assured when the legislation in voluntary enacted”. Apud PIMENTA, Paulo. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 146-147.

de logo executadas, indicando como exemplos as normas de caráter proibitivo,¹⁶² as declarações de direitos¹⁶³ e as isenções constitucionalmente asseguradas.¹⁶⁴

Como se verifica, a tese considera as normas programáticas como normas destituídas de eficácia.

Importa ressaltar que, embora adotasse a classificação, Ruy Barbosa já ressaltava não existirem normas constitucionais sem nenhuma eficácia. “Não há, numa constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força interpretativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos”.¹⁶⁵

Corroborando a crítica, ressalta José Afonso da Silva:

Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos, nem as ditas não auto-aplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.¹⁶⁶

3.5.2 *A classificação de Vezio Crisafulli*

De inegável relevância na evolução do conceito de normas programáticas, bem como da própria classificação das normas constitucionais, é a tese de Vezio Crisafulli, que defende a existência de três espécies normativas distintas: normas imediatamente preceptivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas.

162. Argúi que “a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o acto, que a violar não seja referida”. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, p. 481.

163. Apesar de apresentar genericamente a expressão “declarações constitucionais de direitos”, o autor se refere aos direitos individuais especificamente. *Idem*, *ibidem*, p. 484.

164. *Idem*, p. 485.

165. *Idem*, p. 489.

166. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 75.

Entre as normas ditas imediatamente preceptivas, inclui o autor aquelas que regulam diretamente as relações entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

Em oposição a tais normas estariam as normas programáticas. Inova o autor, no entanto, ao reconhecer tais preceitos como normas com eficácia direta; ao menos quanto ao legislador e aos gestores públicos, neste sentido, as conceitua como:

[...] normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como limite e fundamento destes.¹⁶⁷

A proposta de Vezio Crisafulli, portanto, é inovadora na medida em que passa a atribuir eficácia jurídica à norma programática, contribuindo para a valorização da Constituição jurídica. Na concepção do autor tais normas difeririam das imediatamente preceptivas tão-somente pelo fato de não dirigirem sua eficácia diretamente ao cidadão, mas por meio de posteriores normas ou atividades estatais.

Conseqüência necessária do raciocínio exposto é a negação da existência de direitos subjetivos decorrentes de tais normas, considerando o autor que:

Aqui será suficiente revelar como a situação subjetiva de vantagem derivada da norma constitucional programática não assegura a consistência própria do direito subjetivo (na acepção tradicional do termo) ou da pretensão (adotando um conceito e nomenclatura diversos), posto que o interesse subjetivo mate-

167. Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p. 136.

rial é bem tutelado pela norma jurídica que determina limites à discricionarie-
dade e não da norma que determina o comportamento de outro sujeito, público
ou privado, o qual fica obrigado a dar-lhe inteira satisfação.¹⁶⁸

Por fim, o doutrinador elenca as normas de eficácia diferida, que teriam como caracte-
rística a possibilidade de sua restrição por norma posterior, por outro lado não teriam sua eficá-
cia voltada exclusivamente para as atividades estatais, atingindo também os particulares.

3.5.3 *A classificação de José Afonso da Silva*

Em face das insuficiências da teoria estadunidense, e na esteira das lições de Vezio
Crisafulli, no âmbito nacional surgiram novas teses acerca da classificação das normas consti-
tucionais, podendo-se considerar como marco inicial a de José Horácio Meirelles Teixeira.

O autor divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena e normas de
eficácia limitada, subdividindo estas em normas programáticas e normas de legislação.¹⁶⁹

Tal visão será fundamental para a proposta elaborada por José Afonso da Silva, que
passamos a expor.

Em obra clássica de 1969, o autor parte do pressuposto, já visto em Vezio Crisafulli, de
que todas as normas da Constituição são jurídicas na medida em que irradiam efeitos jurídicos
obrigatórios. A diferenciação entre estas normas, portanto, fundamenta-se apenas na espécie de
eficácia que possuem, realmente diferenciada.

168. Segue o original para conferência: “Qui sarà sufficiente rivelare come le situazioni suggestive di vantaggio derivanti dalle norme programmatiche della Costituzione non assurgano alla consistenza propria del diritto soggettivo (nell’accezione tradizionale del termine”) o della pretesa (adottando un diversa conceittuologia e nomenclatura), perchè l’interesse soggettivo materiale è bensì tutelato da norme giuridiche, ma da norme che segnano limiti di postestà discrezionali e non da norma chee determinano comportamenti di altre soggetti, pubblici o privati, i quali siano obbligati a darvi completa ed intera soddisfazione”. Apud PIMENTA, Paulo. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p. 170.

169. Apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 84.

Importante frisar que a tese restringe sua análise aos efeitos jurídicos da norma, identificada com sua *eficácia*, não incluindo no seu foco a discussão acerca da sua *efetividade*, refletida nas condições necessárias à eficácia social da norma.

A partir disto, classifica as normas constitucionais quanto à intensidade de sua eficácia em: normas constitucionais de eficácia plena, que produzem todos os seus efeitos essenciais desde o momento em que entram na Constituição (aplicabilidade direta, imediata e integral); de eficácia contida, quando produzem todos os seus efeitos queridos, permitindo-se, no entanto, que lei posterior venha a contê-los (aplicabilidade direta, imediata, mas não integral); e de eficácia limitada, que apenas produzem todos os seus efeitos após complementação legal posterior (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida).¹⁷⁰

Segundo o autor que terão aplicabilidade plena as normas que, conforme a lição de José Horácio Meirelles Teixeira, transcrita pelo autor:

[...] desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.¹⁷¹

Por seu turno, as normas constitucionais de eficácia contida são marcadas por referirem-se à legislação futura atribuindo-lhe a possibilidade de limitar os direitos nelas expostos. Até a emissão desta norma complementar, têm eficácia plena, sendo, portanto, de aplicabilidade direta e imediata.

Por vezes ainda, a limitação de eficácia se dá não pela previsão de nova lei, mas pela inclusão de conceitos éticos jurídicos, como bons costumes, ordem pública e outros, que limitam a sua eficácia; ou ainda por normas da própria Constituição.

170. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 83.

171. Apud Idem, *ibidem*, p. 101.

Conclui o autor que tais normas podem ter sua eficácia restrita por leis ordinárias posteriores, quando previrem expressamente tal possibilidade; por outras normas constitucionais, como no caso das hipóteses constitucionais de inelegibilidade; pelo intérprete quando autorizem restrições a sua eficácia em hipóteses como a manutenção da “ordem pública” ou preservação dos “bons costumes”, a “necessidade pública”, o “interesse social” ou o “perigo público iminente”.

A inclusão destas normas por José Afonso da Silva é inovadora na medida em que as classificações anteriores, como a de Ruy Barbosa e de José Horácio Meirelles Teixeira, não as contemplavam.

Por fim, compõem a categoria das normas constitucionais de eficácia limitada as que não contenham em si todos os elementos necessários à implementação dos objetivos nela inseridos.

Estas normas se subdividem em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas programáticas.

No primeiro caso, incluem-se as normas que orientam a criação de órgãos do Estado. Nesta circunstância, é deixado um espaço para a atuação posterior do legislador ordinário a quem caberá complementar a norma indicando os elementos necessários à Constituição do ente.

Por outro lado, as normas programáticas, na visão do autor, são aquelas em que

[...] o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos [...], como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.¹⁷²

172. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 138.

Insertas no conceito geral de normas programáticas, estariam aquelas “vinculadas ao princípio da legalidade”,¹⁷³ que prevêem a complementação pelo legislador; “referidas aos Poderes públicos”¹⁷⁴ a exigir a atuação de todos os entes estatais; e “dirigidas à ordem econômica e social”,¹⁷⁵ atingindo sujeitos públicos ou privados.

A inclusão destas normas entre as de eficácia limitada não significa, no entanto, não haver efeitos dela imediatamente decorrentes, visto que condicionam a legislação futura, atuando no controle de constitucionalidade das leis; por vezes estabelecem deveres ao legislador; determinam a concepção do Estado e da sociedade; orientam teleologicamente a interpretação; condicionam a discricionariedade administrativa e criam situações jurídicas para os particulares.¹⁷⁶

Importante ressaltar que o autor diverge da posição de Vezio Crisafulli ao diferenciar as normas de eficácia plena das programáticas não pelos seus destinatários, e sim em razão de sua densidade normativa.¹⁷⁷

De fato, conforme as razoáveis críticas apresentadas pelo autor, o critério do destinatário da norma não é o mais indicado a apartar ambas as espécies na medida em que, conforme alega, tendo as normas constitucionais como objetivo a organização do Estado e de seus Poderes, sempre se voltarão aos entes públicos.

Por outro lado, há exemplos de normas constitucionais voltadas apenas ao ente estatal que, no entanto, têm eficácia plena e imediata, a exemplo das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 1.º, da Constituição.

173. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 147.

174. Idem, *ibidem*, p. 148.

175. Idem, p. 148.

176. Idem, p. 164.

177. Neste sentido, indica a inexistência de um critério único seguro a diferenciar as normas de eficácia plena das demais, considerando que poderá ser assim considerada a que “contenha todos os elementos e requisitos para sua incidência direta”. Idem, p. 99.

A tais críticas podemos acrescentar a atual tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que, por vezes, são expressos por meio de normas programáticas, denotando, portanto, a possibilidade de terem por destinatário diretamente o cidadão.

Seguindo o raciocínio do autor, as normas definidoras de direitos fundamentais teriam classificação diversa em razão de sua espécie. Enquanto as normas definidoras de direitos sociais teriam caráter notoriamente programático, as normas de direitos individuais seriam em regra de natureza contida, com eficácia imediata e direta, porém restringível.¹⁷⁸

No que tange às situações subjetivas decorrentes de cada uma das espécies normativas indicadas, esclarece o autor que as normas de eficácia plena em regra geram direitos subjetivos, assim como as normas de eficácia contida; já as de eficácia limitada gerariam, do ponto de vista ativo, meros interesses legítimos, criando direitos subjetivos apenas sob o viés negativo, ou seja, na hipótese de buscar seu titular debelar a atuação estatal violadora deste direito.

Na concepção do autor, é semelhante o caso das normas programáticas, ou seja, os entes públicos têm o dever de não praticar atos contrários às previsões encartadas em tais normas, gerando o direito subjetivo dos cidadãos prejudicados de repelir atos que descumpram tal obrigação.

Por seu turno, do ponto de vista ativo, as normas programáticas podem proteger apenas um interesse geral, ou, no máximo, “interesse legítimo que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários”.¹⁷⁹

178. Apesar de tal posicionamento, o autor vê a necessidade de “buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 140.

179. Exemplos da primeira situação indicados pelo autor seriam normas como a do art. 170, VII, que indica a busca da redução das desigualdades regionais e sociais; na segunda hipótese elenca o direito à educação definido no art. 205. *Idem*, *ibidem*, p. 176-177.

3.5.4 *A classificação de Luis Roberto Barroso*

O autor apresenta classificação das normas constitucionais quanto à sua efetividade tendo por foco as situações subjetivas que delas decorrem, indicando a existência de três categorias: normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o poder político; normas constitucionais definidoras de direitos, que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; e normas constitucionais programáticas, cujo objetivo é traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.¹⁸⁰

Dentre as primeiras encontram-se as normas que definem a estrutura do Estado, instituem órgãos, definem competências e determinam a forma de expressão do poder político, além de regularem os procedimentos necessários à concreção dos atos constitucionalmente previstos, como a reforma constitucional.

Ressalta o autor que tais normas não guardam o conteúdo hipotético característico das normas de conduta, às quais cabe atribuir conseqüências jurídicas aos atos livremente praticados pelos sujeitos.

Neste caso, a norma de organização expressa o dever atribuído aos agentes públicos de estruturar a organização do Estado de determinada forma.

Por seu turno, as normas constitucionais definidoras de direitos seriam caracterizadas em função do fato de que delas surgem para os indivíduos direitos subjetivos imediatamente desfrutáveis criando a possibilidade de exigir do Estado prestação ou omissão, inclusive judicialmente.

180. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 94.

Entende o autor por direito subjetivo a existência de uma relação jurídica que comporte três elementos: um dever jurídico por parte do sujeito passivo; a violabilidade deste dever; a disponibilidade pela ordem jurídica de remédio apto a impor o cumprimento da medida. Resume tal tríade na existência do dever jurídico, violabilidade e pretensão.¹⁸¹

Conclui o autor serem abarcados por tal esquema todos os direitos fundamentais, advertindo que:

[...] Modernamente já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação [...].¹⁸²

No que concerne aos direitos sociais, pondera que entre estes alguns não exigem ações, mas sim omissões estatais do que resulta uma maior possibilidade de efetivação. Por seu turno, outros exigem prestações positivas do Estado, ou seja, é necessário que o ente público tome atitudes indispensáveis para sua efetividade social, quer sejam de responsabilidade do Executivo, quer do Legislativo.¹⁸³

Por tais razões, conclui que a eficácia das normas atributivas de direitos sociais seria classificável em três hipóteses distintas: normas geradoras de “situações prontamente desfrutá-

181. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 104.

182. Idem, *ibidem*, p. 106.

183. Assegura o autor que “Não é difícil, em um Estado democrático de Direito – última geração do modelo burguês –, a concretização dos direitos políticos e individuais por duas ordens de razões. A primeira delas tem caráter ideológico. É que tais direitos cristalizavam as diretrizes do liberalismo, que se impuseram sobre as forças derrotadas da aristocracia e da realeza. Constituíram no seu conjunto o direito dos vencedores, isto é, da burguesia. Desde então, e até os dias de hoje, eles traduzem, sob forma jurídica, os interesses desta classe, a classe dominante. Dominante das relações de produção e dominante do Estado. E como, a rigor, nos Estados ocidentais a contestação à ideologia burguesa não compromete a subsistência da maior parte destes direitos – que têm, inclusive, uma dimensão transcendente jusnaturalista –, sua concretização não enfrenta obstáculos de natureza política. A segunda razão é de caráter operacional: esses direitos não têm por conteúdo, normalmente, uma abstenção, um não fazer dos outros indivíduos e principalmente do Estado; sua realização, assim, na generalidade dos casos, independe de ônus, de atividades materiais, além de ter a seu favor a própria lei da inércia”. Idem, p. 107.

veis”, por exigirem do ente público uma abstenção; normas que ensejam a adoção de medidas positivas do Estado; normas que exijam norma infraconstitucional integradora.

Na primeira hipótese, entende o autor que as normas de direitos sociais, quando dependerem para seu cumprimento de mera abstenção do Estado, seriam exigíveis de plano tal qual os direitos individuais.

Já na segunda hipótese, em que é necessária a adoção de uma postura ativa do ente público, considera que a verificação de seu descumprimento “é complexa e encontra limites, assim de cunho econômico como político”.¹⁸⁴

Por seu turno, existiriam ainda direitos sociais cuja concretização exigiria a emissão de novas normas pelo Poder Legislativo ordinário. A ausência deste regramento complementar paralisa os efeitos da norma exigindo-se a sua elaboração por meio das medidas constitucionais cabíveis.¹⁸⁵

Conclui o autor:

Em resumo do que vem de ser exposto, os direitos sociais, nas hipóteses em que não são prontamente desfrutáveis, dependem, em geral, de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo.¹⁸⁶

184. A exigibilidade dos direitos sociais defendida pelo autor tem contornos extremamente particulares, haja vista as ressalvas posteriores, a exemplo do direito à moradia acerca do qual alega que “Ninguém ousaria discordar que este ‘direito’ à moradia não investe o titular numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores. Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal texto, todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previstos na norma teria ação contra o poder público para recebê-la”. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 114. Em verdade, ainda que o direito à moradia não se apresente em tais moldes, não se pode negar o seu caráter de direito subjetivo, tendo em vista outros possíveis desdobramentos. Neste sentido, cfr. PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*. El derecho a una vivienda digna e adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.

185. Exemplo de tais situações seria o direito à participação nos lucros “na forma da lei”.

186. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 112.

Ressalva, quanto a esta classe, que não há nenhum óbice ao fato de que as normas insertas nas demais classes, de igual forma, criem direitos. Uma norma de competência, por exemplo, cria o direito para determinado órgão exercê-la.

Por outro lado, entende que é possível garantir uma maior certeza quanto à efetividade das normas que garantem direitos mediante a restrição do vocábulo às situações que criem para o Estado um dever respectivo judicialmente exigível¹⁸⁷ ou ainda pela indicação, no corpo da Constituição, das normas que sejam imediatamente exigíveis e daquelas que não o sejam.

Por fim, as normas programáticas seriam aquelas que indicam fins sociais a serem alcançados pelo Estado. Apesar de não indicarem nem os meios ao alcance destes fins, tampouco as sanções a elas relativas, estas normas teriam eficácia jurídica na medida em que informam a atuação legislativa na propositura das leis, bem como do Judiciário e do Executivo.

Assim, criam para o indivíduo o direito público subjetivo de exigir que o Estado se omita à prática de atos que contrariem estes direitos, ressaltando, no entanto, que “não existe, tecnicamente, um dever jurídico a que corresponda um direito subjetivo”.¹⁸⁸

Indica o autor que tais normas se diferenciam das normas definidoras de direitos em função do fato de que não criam o dever jurídico de ação por parte do Estado.

3.5.5 *A classificação de Ingo Wolfgang Sarlet*

O autor parte do consenso entre as teses apresentadas de que todas as normas constitucionais têm um certo grau de eficácia, bem como que há uma variação deste grau. Neste sentido,

187. Pondera o autor que deveria a Constituição de 1988 resumir-se a utilizar a palavra “direito” nos casos em que fosse constituído para o Estado o dever jurídico de prestar. Avalia que ao não proceder desta forma cria dúvidas já que indica, por exemplo, o direito à moradia que por certo não criaria o dever do Estado a criar habitações suficientes a todos os cidadãos. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 112-113.

188. Idem, *ibidem*, p. 121.

todas as teses concordariam com a existência de um grupo de normas com eficácia plena, e outro que depende da atuação legislativa para atingir sua plenitude.

Sendo assim, prefere uma classificação bipartida das espécies de normas constitucionais quanto à sua eficácia.

No tocante à nomenclatura, tendo em vista a vinculação necessária entre densidade e efetividade da norma, classifica-as em

[...] normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais [...] normas de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima [...] sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.¹⁸⁹

A tese do autor retoma, portanto, evidentemente com contornos diferenciados, a divisão dual defendida por Ruy Barbosa e José Horácio Meirelles Teixeira.

A opção decorre de dois elementos fundamentais. Inicialmente considera o autor que a divisão das normas constitucionais em razão da eventual possibilidade de alteração por normatividade posterior – de que decorre a distinção de José Afonso da Silva entre normas de eficácia limitada ou contida – não é elemento que reflita no grau de eficácia da norma, ao menos enquanto não existir a normatividade posterior.

Por outro lado, ressalta o autor que não apenas as normas que trazem em si expressa a possibilidade de restrição podem ser objeto de limitações.

Por fim, evidencia que a aplicabilidade direta da norma é elemento presente em todas as previsões constitucionais, ao menos no que tange a alguns de seus efeitos.

189. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 268.

3.5.6 O entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Em estudo específico sobre o tema, o autor conceitua as normas programáticas como aquelas

[...] inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, que, entretanto, obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos.¹⁹⁰

Portanto, atribui caráter normativo a tais normas, considerando nelas estarem presentes os princípios orientadores de toda a atividade estatal. Neste ponto, apresenta divergência em relação à classificação de José Afonso da Silva alertando para o fato de que “todas as normas programáticas vinculam os órgãos públicos [...]. Entretanto, algumas mencionam expressamente a atuação do legislador”.¹⁹¹

Sob esta advertência, subdivide as normas programáticas em quatro espécies: normas programáticas em sentido estrito, em que a norma-programa menciona expressamente a necessidade de complementação legal; normas programáticas meramente definidoras de programas, em que se menciona deveres do Estado sem referências ao Legislativo; normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, em que, nestes casos, as normas enunciam direitos sem estabelecer a forma de sua implementação, vinculando todos os órgãos administrativos; e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.¹⁹²

No que tange às situações jurídicas subjetivas decorrentes da norma, o autor considera delas resultarem direitos públicos subjetivos na medida em que conferem ao cidadão o direito a exigir do Estado que não adote posturas a elas contrárias, bem como do Poder Judiciário que aplique interpretações a elas consentâneas.¹⁹³

190. PIMENTA, Paulo. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p. 137.

191. Idem, *ibidem*, p. 143.

192. Idem, p. 143-144.

193. Idem, p. 173.

Adverte ainda que tais direitos não se resumem a uma esfera negativa, indicando a existência de direitos públicos subjetivos às prestações do Estado, por exemplo a norma indicada no art. 205 da Carta Magna, que prevê o dever do Estado à educação a que “corresponde um direito correlato, que só pode ser o direito subjetivo público de prestação”.¹⁹⁴

3.5.7 *As críticas opostas por Virgílio Afonso da Silva*

Em tese apresentada para o concurso de titularidade da cadeira de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo, em que se sagrou vencedor, Virgílio Afonso da Silva opôs severas críticas à consagrada classificação de seu pai, as quais passamos a expor ainda que em linhas sucintas.

Fundamenta-se o autor inicialmente na tese da teoria ampla do suporte fático dos direitos fundamentais em contrariedade à tese adotada pela construção clássica, a teoria restrita.

Por suporte fático, no âmbito abstrato, entendem-se os elementos normativos que espelham as situações do mundo concreto necessárias à consecução de seus efeitos práticos.

Na visão do autor, estariam incluídos em tal suporte no caso dos direitos a abstenções estatais o direito efetivamente protegido, delimitado pelo âmbito de abrangência da norma, a atuação estatal violadora e a ausência de fundamentação constitucional.¹⁹⁵

Assim, a soma de tais elementos seria indispensável à consequência normativa, de tal forma que a oposição de uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente, em face de uma liberdade incluída no âmbito de abrangência da norma fundamental, resultaria na produção da consequência jurídica nela estabelecida.

194. PIMENTA, Paulo. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p. 175.

195. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75.

Por outro lado, os direitos a prestações estatais se configurariam pela existência de uma necessária ação estatal para o fomento de determinado direito, à qual se opõe a omissão não fundamentada constitucionalmente pelo ente público, gerando, portanto, a consequência jurídica imposta pela norma.

Em ambos os casos questão tormentosa, e o que gera as teorias anteriormente mencionadas é a definição daquilo que está ou não no âmbito de proteção da norma de direito fundamental.

Conforme as teorias restritas, apenas se incluiriam no âmbito de proteção dos direitos fundamentais hipóteses determinadas, excluídas as situações que não seriam comportadas pelo direito em si.

A fim de definir tais situações, recorre-se a várias teses, entre as quais, menciona o autor, a interpretação histórico-sistemática do direito, que apresenta o inconveniente de fixar o âmbito de proteção do direito no tempo; a especificidade da conduta;¹⁹⁶ a hierarquização de direitos fundamentais, como John Rawls ao pressupor o caráter absoluto das liberdades quando em conflito com outros direitos.¹⁹⁷

Esta seria a tese adotada por José Afonso da Silva ao considerar as liberdades públicas insuscetíveis de restrição. De fato, na visão do autor, e da teoria restritiva, as restrições aos direitos fundamentais não são externamente impostas, mas o mero resultado do seu verdadeiro contorno, gerando apenas os chamados conflitos aparentes.

196. Sob este critério exclui-se do âmbito da liberdade do artista a iniciativa de elaborar sua obra em via pública movimentada, tendo em conta a possibilidade de fazê-lo de outra forma.

197. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 83-94. O autor refere-se ainda às lições de Tribe, no entanto, neste caso, já se apresenta fortemente o sopesamento caracterizador das teorias do suporte fático amplo.

Por seu turno, a teoria ampla dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que não é possível de forma apriorística, como pretende a teoria restrita, excluir do âmbito de abrangência da norma qualquer situação que, em tese, lhe seria atribuível.

De fato, os exemplos citados pela teoria restritiva guardam como nota característica a teratologia, como a invocação da liberdade religiosa para justificar sacrifícios humanos, da liberdade artística para fundamentar a morte do ator em cena, ou a pintura de um palco em avenida movimentada, da liberdade de circulação para justificar o trânsito sem roupas em público.¹⁹⁸

De fato, mesmo a tese da especificidade da conduta exposta por Friedrich Muller não se mostra eficaz para decidir sobre a situação em que uma conduta, ainda que indispensável para o exercício de um direito, agrida de tal forma um outro que deva ser evitada.

Diante de tais circunstâncias, a teoria ampla do suporte fático dos direitos fundamentais considera incluída no âmbito de proteção da norma definidora do direito “toda a ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental...”.¹⁹⁹

Sob este raciocínio, portanto, a restrição do direito se dá pela ponderação de uma situação concreta, avaliando-se os direitos envolvidos sob a máxima da proporcionalidade.

Evidente, contudo, segundo esta concepção, a existência de uma restringibilidade externa aos direitos fundamentais, invalidando, pois, a tese da eficácia plena das normas constitucionais como vedação à sua restrição posterior, igualando tal conjunto às normas de eficácia contida, pois ambas seriam restringíveis.²⁰⁰

198. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 81.

199. *Idem*, *ibidem*, p. 109.

200. Em sentido semelhante, indicando a restringibilidade dos direitos de defesa, Robert Alexy: “[...] é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios [...] Esse direito, enquanto *prima*

Por outro lado, a tese exposta considera falha a assertiva pela qual as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada seriam diferenciáveis pela possibilidade, restrita a àquele caso, de geração imediata de seus efeitos essenciais.

De fato, conforme verificado, a elaboração clássica restringe-se ao âmbito da eficácia, não buscando tratar da efetividade da norma. Desta forma, o estudo dos efeitos normativos mantém-se em plano eminentemente abstrato, jurídico.

Segundo o crítico, no entanto, mesmo no âmbito da eficácia, não haveria diferença essencial entre as normas de eficácia plena e limitada, na medida em que ambas têm como pressuposto a elaboração dos elementos normativos necessários ao alcance dos efeitos jurídicos pretendidos, afirmando que:

Esses elementos normativos que possibilitam a produção dos efeitos de uma disposição constitucional podem ser de várias ordens [...] desde a simples elaboração de legislação infraconstitucional até a estruturação de órgãos e instituições. O decisivo neste ponto é: ao contrário do que afirma José Afonso da Silva, não existe norma constitucional que não depende de algum tipo de regulamentação.²⁰¹

Justificando a tese, o autor recorre a dois exemplos em que a necessidade de regulamentação posterior seria sensível. O primeiro referente à eficácia das normas de direitos políticos, que exigiriam a existência de instituições e leis pertinentes; e o segundo, à dimensão prestacional das liberdades públicas, a exigir a atuação do Estado na defesa destes direitos.

Assim, considera o autor desconstituir os alicerces da divisão tricotômica adotada por José Afonso da Silva na medida em que a possibilidade de restrição, bem como a necessidade de regulamentação, seriam elementos comuns a todas as normas de direitos fundamentais.

facie, é simplesmente um direito necessariamente restringível”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 446.

201. Idem, *ibidem*, p. 230.

3.5.8 *Posição pessoal quanto às normas de direitos fundamentais entre as diversas classificações*

Não há dúvida quanto à relevância e intensidade dos debates doutrinários acerca da classificação das normas constitucionais do ponto de vista de sua eficácia. Neste sentido, expressa Ingo Wolfgang Sarlet, com razão que:

Importa salientar neste contexto que toda e qualquer tentativa de classificação das normas constitucionais não terá o condão de abranger todas as manifestações possíveis da eficácia e aplicabilidade, assumindo, em verdade, função preponderantemente didática.²⁰²

Necessário indicar, portanto, que, tendo em vista os objetivos do trabalho, não se pretende exaurir a matéria, mas apenas entender a posição das normas programáticas e dos direitos sociais nelas inseridos.

Nestes termos, verifica-se que na evolução dos posicionamentos coligidos tem se dado cada vez mais importância às normas programáticas quanto aos efeitos delas decorrentes. Apesar disto, no entanto, forte o entendimento pelo qual a eficácia destas, e conseqüentemente dos direitos sociais nelas encartados, seria inferior às liberdades públicas, questão que merece detalhada análise.

3.5.8.1 *Eficácia dos direitos individuais x direitos sociais*

Posiciona-se José Afonso da Silva no sentido de que as normas definidoras de direitos individuais seriam, em sua maioria, de natureza contida, com eficácia direta, imediata e restringível; outras, todavia, seriam de eficácia plena.²⁰³

202. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 270.

203. SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 190.

Por sua vez, as normas de direitos sociais seriam de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, posto que são caracterizadas como normas programáticas “traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários”.²⁰⁴

Ainda quanto às diferenças de tais espécies, as normas de direitos civis, de eficácia plena ou contida indicariam, logo, “com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente aos interesses descritos na norma”,²⁰⁵ ao passo que as normas de direitos sociais seriam previstas de forma vaga.

Por outro lado, quanto à posterior complementação legislativa, as normas de direitos civis não só a dispensariam para a geração dos seus efeitos essenciais, como algumas delas vedariam eventuais restrições, no caso das normas de eficácia plena, ou as admitiriam nos estritos limites constitucionalmente impostos, nas de eficácia contida; por seu turno, os direitos sociais apenas teriam sua eficácia essencial atingida na medida em que fossem objeto de posterior complementação legal.

Necessária, pois, a análise comparativa das normas definidoras de direitos a fim de verificar a existência de eventuais divergências essenciais quanto à densidade normativa de tais normas, que envolve sua abertura semântica e sintática, e sua restringibilidade.

3.5.8.1.1 A densidade normativa como elemento diferenciador das normas de direitos fundamentais

A fim de dar contornos mais nítidos ao conceito de densidade normativa, valemos da lição de J.J. Gomes Canotilho a considerar que a densidade normativa aponta para a

204. SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 137.

205. *Idem*, ibidem, p. 99.

“maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação”.²⁰⁶

Sendo assim, a densidade da norma estaria intimamente ligada à sua indeterminação, identificada por Robert Alexy como abertura semântica e estrutural.²⁰⁷

Por abertura semântica entende-se a indeterminação lingüística dos conceitos utilizados na elaboração normativa.

No que concerne a este elemento, cumpre ressaltar que todas as normas jurídicas têm um grau de indeterminação próprio da linguagem, instrumento pelo qual são elaboradas e institucionalizadas.

Esta questão assume contornos mais nítidos nas normas constitucionais, que têm por objetivo indicar os elementos fundamentais para a organização do Estado e da sociedade por longo tempo, utilizando-se, por tal razão, de conceitos indeterminados, cuja identificação será condicionada por cada momento histórico.

Portanto, no que tange à abertura semântica, tanto a enunciação dos direitos civis quanto a dos direitos sociais utilizam estes conceitos gerando um inescapável grau de indeterminação que lhes é comum. Neste sentido adverte Gerardo Pisarello que

[...] nada autoriza inferir que conceitos como “honra”, “vida digna”, “propriedade” ou “liberdade de expressão” sejam, por natureza, menos obscuros ou mais precisos que “o mais alto grau possível de saúde”, “educação básica”, ou “trabalho digno e estável”. Todos os direitos, na verdade, apresentam “zonas de penumbra” e um “núcleo de certeza” do qual se podem extrair conteúdos e deveres básicos para os poderes públicos. Esse “núcleo de certeza”, naturalmente, vem determinado por convenções lingüísticas e práticas

206. Apresenta o autor como exemplo a maior densidade da norma da Constituição portuguesa que define o direito à liberdade de imprensa em relação à que prevê o objetivo de o Estado “promover o aumento do bem estar social e econômico e da qualidade de vida do povo, em especial das classes menos favorecidas”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1055.

207. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 70-71.

hermenêuticas que podem evoluir e modificar-se a partir de novos desenvolvimentos interpretativos.²⁰⁸

A indeterminação natural dos conceitos expostos em normas definidoras de direitos mostra questionável a atribuição às normas de direitos individuais da classificação de eficácia plena ou mesmo contida, quanto à prescindibilidade de complementação legal, ao menos nos moldes expostos na obra de José Afonso da Silva “quando esta regulamentação normativa é tal que se possa saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente aos interesses descritos na norma”.²⁰⁹⁻²¹⁰

Evidente, portanto, que, quanto a esta indeterminação, igualam-se tanto as normas definidoras de direitos sociais como aquelas que prevêm direitos civis.

Cabe ressaltar ainda que não representa a abertura ora identificada nenhum óbice, em ambos os casos, à defesa judicial de tais direitos, conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar não ser possível impedir ao Judiciário velar pelo cumprimento da norma tão-somente em função de sua eventual indeterminação semântica.

Ora bem, se em todos os ramos do direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação –, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o poder legislativo disponha sobre a matéria para só então considerar o Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?²¹¹

208. Segue o original para conferência: “[...] nada autoriza a inferir que conceptos como <honor>, <vida digna>, <propiedad> o <liberidad de expresión> sean por naturaleza menos oscuros o más precisos que <El más alto nivel posible de salud>, <educación básica> o <trabajo digno y estable>. Todos los derechos, en realidad, presentan <zonas de penumbra> y un <núcleo de certeza> del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos. Ese <núcleo de certeza>, naturalmente, viene determinado por convenciones lingüísticas y practicas hermenéuticas que pueden evolucionar y modificarse a partir de nuevos desarrollos interpretativos”. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 67.

209. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 99.

210. Corroborando com a crítica, MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*, p. 292.

211. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

No que tange à indeterminação estrutural, assim se compreende a característica da norma que não indica de imediato os meios necessários à sua realização, exigindo posterior complementação normativa.

Também quanto a esta questão, não parece haver grandes diferenças entre os direitos individuais e sociais.

Mesmo as liberdades públicas, conforme anteriormente mencionado, em função da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, guardam em si a necessidade de que o Estado tome uma série de atitudes, sem as quais seus objetivos essenciais não podem ser alcançados.

Neste sentido, com razão, afirma Virgílio Afonso da Silva que:

Sobretudo no que diz respeito aos direitos de proteção e aos direitos a organização de procedimentos, a eficácia plena da norma só pode surgir a partir do momento em que a proteção estatal é efetivada e as organizações e os procedimentos necessários forem estabelecidos.²¹²

Sendo assim, evidencia-se, portanto, que, ao menos relativamente à sua face positiva, todos os direitos fundamentais exigem, para a consecução plena de seus efeitos, intervenção normativa ulterior.

De fato, os direitos fundamentais expostos na Constituição, em regra, só apresentam maior grau de efetividade a partir da elaboração legislativa reguladora.²¹³

212. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 236.

213. Este é inclusive o posicionamento do próprio José Afonso da Silva, que, ao responder às críticas opostas por Virgílio Afonso da Silva, indica que “Outra coisa, porém, é a regulamentação de normas. Assim, por exemplo, a regulamentação de uma para a sua fiel execução não é restrição. Ao contrário, é um sistema de expansão da normatividade regulada [...] Nos casos de direito a prestações positivas, a regulamentação como forma de intervenção estatal, se faz exatamente para ampliar a eficácia da norma regulamentada e do direito nela previsto”. *Idem*, *ibidem*, p. 273.

Quer sejam de natureza individual ou social, tais direitos apresentam desde já eficácia semântica e sintática, apenas potencializadas pela elaboração normativa e jurisprudencial posteriores.

Válida a lição de André Ollero, que, citado por Jorge Miranda, indica:

[...] qualquer regulamentação resulta limitativa da imprecisa ambiguidade em que as aspirações individuais se moveriam à margem de um ponto de referência heterónimo; mas ela é, ao mesmo tempo, potenciadora e asseguradora dessas aspirações, ao marcar um campo de expectativas com mais possibilidades de ficarem praticamente defendidas; o que os direitos fundamentais perdem em vaga amplitude, ganham em efectividade real.²¹⁴

Neste sentido, o reflexo da eventual inexistência de quaisquer disposições na legislação cível infraconstitucional acerca do direito de propriedade, por exemplo, diminuiria significativamente a eficácia e conseqüentemente a efetividade deste direito.

Não se nega que, mesmo nesta hipótese, o direito em questão manteria sua eficácia, no entanto é inegável que estaria em muito prejudicada.

Da mesma forma, em relação aos direitos sociais, a importância de leis ordinárias para a potencialização de sua eficácia é inegável, porém, à sua ausência, não se pode dizer que de tais normas não seriam dedutíveis quaisquer direitos subjetivos.

De fato, em ambos os casos recomenda-se a elaboração de normas regulamentadoras posteriores, como indicam Víctor Abramovich e Cristian Courtis:

[...] poucos direitos poderiam ser inteligíveis sem o complemento desta obrigação: o direito de votar ou apresentar candidaturas políticas não poderia ser exercido sem leis eleitorais; o direito de propriedade não teria conteúdo definido sem que o Código Civil estabelecesse seu alcance; o direito de associação não teria efeito algum sem definição normativa dos tipos de associação e dos requisitos para constituí-las.²¹⁵

214. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 313.

215. Segue o original para conferência: “[...] pocos derechos podrían ser inteligibles sin el cumplimiento de esta obligación: el derecho a votar o a presentar candidaturas políticas no podría ejercerse sin leyes electorales;

No mesmo sentido, manifesta-se Virgílio Afonso da Silva, indicando a importância da legislação eleitoral como pressuposto para a eficácia plena dos direitos políticos.²¹⁶

Comparando tal situação com as condições de implementação do direito à saúde, conclui este autor:

Como se percebe, nem uma nem outra das normas são bastantes em si mesmas. Todas elas dependem da ação estatal para produzir efeitos. A diferença básica entre elas está não no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico empírico. No primeiro caso (sufrágio) as necessárias condições institucionais, legais e financeiras já existem [...] Já no caso do direito à saúde as condições institucionais, legais e, sobretudo, financeiras não são ideais.²¹⁷

Em resposta a tais críticas manifesta-se José Afonso da Silva:

[...] no primeiro caso, [direitos políticos] as normas constitucionais são eficazes, plenamente eficazes; no segundo caso, [direito à saúde] não o são. No primeiro caso, a Tese não o diz, mas eu digo, a institucionalização de órgãos e a criação das condições de aplicabilidade das normas constituem efeitos por elas produzidos. No segundo caso, as normas não tiveram *ainda* condições de eficácia para gerar as instituições adequadas para sua plena eficácia²¹⁸ (grifo nosso).

A partir do trecho transcrito, salvo melhor juízo, termina o autor por aceitar que a constituição das instituições necessárias para a efetividade das normas de direitos fundamentais é um reflexo da eficácia da norma que não depende de sua estrutura ou natureza, mas das questões políticas, práticas e, por que não, ideológicas, envolvidas, potencialmente superáveis historicamente.

el derecho de propiedad no tendría contenido definido sin que el Código Civil estableciera su alcance; el derecho de asociación no tendría efecto alguno sin definición normativa de los tipos de asociación y de los requisitos para constituirlos". COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía*, p. 30-31.

216. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 233.

217. Idem, *ibidem*, p. 235.

218. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 281.

Vale mencionar que a dependência de elaboração normativa ulterior para sua eficácia foi suscitada também em relação aos direitos individuais, felizmente superada, a demonstrar uma clara direção da evolução na efetivação dos direitos fundamentais em prol da tese ora defendida.

Na linha do posicionamento citado, J.J. Gomes Canotilho apresenta o posicionamento de Marnoco e Souza que, em 1913, defendia que:

Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários – o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa.²¹⁹

Em face de posicionamentos como estes, Ruy Barbosa suscita relevantes argumentos, em tudo e por tudo aplicáveis ao atual embate, já no plano dos direitos sociais.

[...] a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição [*sic*] do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas de o violarem.

Segundo, porque, ainda quando o Poder Legislativo não estabeleça medidas especiaes em sua defesa, esse direito, pela simples razão de existir, encontra nos remédios geraes de direito commum os meios de se desaffrontar, reparar e manter...

[...]

A terceira consideração, enfim, [...] está em que, sendo o principal intuito dessas declarações constitucionais cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbítrio, assim dos Governos, como dos Parlamentares, ficaria totalmente annullada a garantia, de que ahi se cogita, se taes direitos se não podessem reivindicar senão estribados em actos legislativos [...].²²⁰

Evidente que os argumentos erigidos por Ruy Barbosa são pertinentes também no atual debate.

219. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1052.

220. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, p. 484-485.

Neste sentido, a determinação constitucional de direitos sociais, por si só, tem inegável eficácia semântica e sintática, posto que capaz não só de gerar efeitos sobre o ordenamento, mas também de constituir os particulares em situações subjetivas.

A eventual inexistência de meios específicos para a garantia destes direitos não pode embargar sua efetivação, devendo-se, tanto quanto possível, utilizar os meios já existentes.

Por fim, conforme leciona a “águia de Haia”, a constitucionalização do direito tem por objetivo torná-lo eficaz em relação a todos os poderes constituídos, evitando deixá-los ao seu alvitre. Desta forma, os direitos sociais, assim como os individuais, não podem ficar à mercê do legislador ordinário.

3.5.8.1.2 *Da restringibilidade das normas de direitos fundamentais*

Conforme exposto, a tese clássica encontrou séria crítica na obra de Virgílio Afonso da Silva,²²¹ que contribuiu, inclusive, para a melhor definição e atualização dos seus contornos fundamentais.

Neste sentido, José Afonso da Silva, admitindo a observação do crítico, ressalta que o fato de alguns dos direitos fundamentais individuais estarem inseridos nas normas de eficácia plena, irrestingíveis, portanto, não resulta no seu caráter absoluto.

Entende o autor existirem limites imanentes aos direitos fundamentais que excluem de seu âmbito de proteção condutas não comportadas por sua previsão legal.

Assim, as restrições impostas a tais direitos seriam resumidas àquelas decorrentes da própria constituição ou destes limites imanentes.²²²

221. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*.

222. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 277.

Importante notar que a crítica oposta em relação às normas de eficácia contida não se refere à falta de coerência da tese consagrada no direito brasileiro, mas à preferência por uma teoria de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, a que se filia o presente trabalho.

De fato, a admissão da tese contrária não só encontra óbices de difícil transposição em relação à identificação das condutas incluídas no âmbito de proteção da norma, conforme já mencionado, como também minora os direitos fundamentais ao restringir suas interações às hipóteses previstas constitucionalmente ou incluídas em seus limites imanentes, apenas teratologicamente determinados.

Exemplo de tal restrição é o posicionamento de José Afonso da Silva quanto à restringibilidade da liberdade de expressão, segundo a qual afirma:

[...] a liberdade de expressão é direito fundamental, sujeito exclusivamente às limitações indicadas, entre as quais não se inclui o respeito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, que são valores individuais, tidos como invioláveis pela Constituição (art. 5.º, XII); mas, se, eventualmente, o exercício da liberdade de expressão violar qualquer daqueles valores, a solução não é a restrição ou proibição da obra ou atividade cultural, mas aquela que o próprio dispositivo constitucional prevê: “a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”.²²³

Necessário observar, no entanto, que a previsão normativa dos danos morais mencionados não exclui a possibilidade, ou melhor, a necessidade de restringir a veiculação da manifestação atentatória destes direitos fundamentais.

O raciocínio contrário importa a minoração do direito fundamental da vítima em prol da liberdade do agressor, representando verdadeira tarifação de direitos aos moldes do sistema penal bárbaro.²²⁴

223. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 278.

224. Caso amplamente conhecido em que o direito à liberdade de expressão foi cerceado em prol dos direitos de personalidade do indivíduo refere-se a Lebach, analisado por Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 99-103.

Desta forma, não parecem razoáveis as críticas segundo as quais a ponderação levaria à minoração dos direitos fundamentais na medida em que tal hipótese, quando ocorrer, se dará em favor de outro direito, igualmente fundamental, que naquele caso concreto exigiria proteção.

Preferível, portanto, a tese que amplia o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, permitindo-se sua restringibilidade posterior, mitigada, portanto, a diferenciação entre as normas de eficácia plena e contida.

Em consequência disto, inegável, conforme menciona Virgílio Afonso da Silva, a restringibilidade tanto dos direitos individuais quanto dos de natureza social.

3.5.8.1.3 Da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos sociais

Não bastasse a equiparável densidade normativa entre as normas definidoras de direitos fundamentais, além da restringibilidade comum a todas elas, a eficácia semelhante de tais normas é imposta inclusive pela própria norma constitucional em seu art. 5, § 1.º, ao indicar a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais.

Um primeiro elemento que deve ser de imediato identificado é o tratamento equânime de todos os direitos fundamentais quanto à sua efetividade.

Em que pese a possibilidade de dúvidas quanto ao alcance da norma decorrente de seu posicionamento, inserta no art. 5.º da Carta Magna, dedicado às liberdades individuais, a própria expressão do enunciado normativo esclarece referir-se a todos os direitos fundamentais.

Insustentável, portanto, que a mera posição da norma leve à conclusão diversa do seu próprio texto, visto que não se podem excluir do conceito de direitos fundamentais os direitos sociais, econômicos e culturais.

Não diverge desta conclusão a doutrina, tomando-se por exemplo Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “[...] não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição [...]”.²²⁵

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior, ressaltando o alcance inclusive dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, “desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)”.²²⁶

Não resta de tal forma pacificado, entretanto, o sentido da norma em comento, acerca do que pairam sérias questões amplamente discutidas. Introduzindo o tema, pode-se indicar a análise de J. J. Gomes Canotilho no prólogo da segunda edição de sua obra *Constitucionalismo dirigente e vinculação do legislador*:

O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio* legislativa. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata no artigo 5, LXXVII, 1, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.²²⁷

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho,²²⁸ que adota sistema de classificação das normas constitucionais muito próximo do modelo definido pela doutrina estadunidense e referido por Ruy Barbosa, dividindo-as em normas auto-executáveis e não-auto-executáveis, ressalta que, apesar das boas intenções do constituinte ao buscar a efetivação dos direitos fundamentais, uma norma não seria suficiente a tal fim.

225. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 278.

226. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 621.

227. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constitucionalismo dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. XVI.

228. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 12.

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a prova disto é que a Constituição, que no art. 5.º, § 2.º (*sic*), afirma solenemente a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5.º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora [...]²²⁹

Por sua vez, Jorge Miranda, comentando norma semelhante da Constituição portuguesa de 1976, indica que, quanto às normas preceptivas, a aplicabilidade imediata significaria a possibilidade de invocação de direitos diretamente da Constituição, independentemente de posterior regulamentação.

No caso das normas não-exeqüíveis por si mesmas, o dispositivo representaria a aplicabilidade da norma em relação ao legislador, impondo-lhe um dever de legislar sob pena de configurar-se a inconstitucionalidade por omissão.²³⁰

Não nos parece ser esta a melhor opção na medida em que mesmo as normas de direitos fundamentais ditas não executáveis geram situações jurídicas subjetivas em favor dos cidadãos, não se podendo resumir a interpretação do dispositivo em análise a apenas um dos destinatários de tais normas.

Interessante a visão expressa por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual a norma inscrita no § 1.º do art. 5.º da Carta Constitucional teria natureza principiológica, do que decorreria a necessidade de ser interpretada como “mandado de otimização” em prol da efetividade das normas definidoras de direitos, afirmando que

[...] o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas [...], de acordo com a lógica do tudo ou

229. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 312.

230. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 313.

nada, razão pela qual seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.²³¹

Muito embora tal posição represente avanço quanto à interpretação da norma, parece-nos preferível o entendimento adotado por Eros Roberto Grau, que alerta para a necessidade de fixar o que se pode entender por “aplicabilidade imediata”.

Neste sentido, o autor, citando José Carlos Vieira de Andrade, alerta que a aplicabilidade imediata expressa a auto-suficiência da norma apta a gerar os efeitos nela pretendidos independentemente da intermediação legislativa ou executiva integradora.²³²

Ainda mais precisamente afirma José Afonso da Silva:

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica.²³³

Portanto, a aplicabilidade da norma relaciona-se com sua eficácia jurídica, expressa na potencial geração de efeitos jurídicos, e não com a social, entendida como adequação da realidade aos seus desígnios.

A partir de tal observação percebe-se que o art. 5.º do § 1.º da Carta Constitucional não representa a imediata efetividade da norma definidora de direito social, e sim sua eficácia jurídica.

231. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 288.

232. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Interpretação e crítica. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318-319.

233. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 13.

Enunciando as conclusões decorrentes de tais questões, afirma Eros Roberto Grau que:

- a) norma que defina direito ou garantia fundamental, à qual refere o § 1.º do art. 5.º do texto constitucional, é, evidentemente, dotada de vigência e de eficácia jurídica (eficácia jurídica, aqui, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva);
- b) esta norma é de ser aplicada imediatamente – os particulares devem cumpri-la; o Estado tem o dever de torná-la prontamente exequível, impondo o seu cumprimento – razão pela qual, se a tanto acionado, o Poder Judiciário estará compelido a conferir-lhe efetividade jurídica ou formal;
- c) além desse momento colocam-se os da efetividade material (que corresponde ao da eficácia social, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva) e da eficácia (no sentido que ao vocábulo é atribuído pela doutrina mais recente).²³⁴

A auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos, contudo, significa a impossibilidade de furtarem-se as funções do Estado à sua aplicação pela mera inexistência de norma regulamentadora.

Nestes termos, Dirley da Cunha Júnior:

[...] firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.²³⁵

Ora, se no âmbito da Teoria Geral do Direito o princípio da vedação ao *non liquet* impõe ao julgador o dever de julgar, ainda que não haja norma específica acerca do direito vindicado, com muito mais razão não se pode admitir que o Judiciário deixe de aplicar a norma de direito fundamental sob a alegação de que não há legislação própria acerca do assunto.

234. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 325.

235. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 268.

A solução da questão, portanto, como acentua Luis Roberto Barroso, se expressa pelo art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a impor a utilização da analogia, costumes e princípios gerais do direito.²³⁶

Além de tal instrumento, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais contam ainda com relevante meio de concretização em face das omissões inconstitucionais da função legislativa: o mandado de injunção.

Sem dúvida, o tratamento dado até bem pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal a esta ação constitucional desencorajou sua utilização, minorando sua importância, chegando parte da doutrina a defender sua extinção.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso defende a insuficiência do instituto na medida em que representaria meio excessivamente complexo para a defesa de um direito subjetivo das partes envolvidas, preferindo-se a integração da ordem jurídica pelo juiz de primeiro grau.²³⁷

Ocorre, no entanto, que, com o atual entendimento acerca do tema expresso pela corte suprema no Mandado de Injunção 670/ES, o instituto passa a ter alcance indeterminado na medida em que orienta a ação integradora não apenas no caso concreto, mas em todos os semelhantes que sejam opostos ao Poder Judiciário.²³⁸

236. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 145.

237. *Idem*, *ibidem*, p. 270.

238. Neste julgado, apesar do posicionamento inicial do relator, Ministro Maurício Correia, pela mera declaração da mora legislativa, a posição da Egrégia Corte foi decisivamente alterada. Em seu voto de vista, o Ministro Gilmar Mendes, após digressão sobre a evolução do entendimento do tribunal acerca do instituto, ressalta que, apesar de comungar com “as preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um *protagonismo legislativo*. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’. Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte, constata que ‘...uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5.º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1.º)’. Em função de tais ponderações, aqui resumidamente enunciadas, conclui o Ministro pelo acolhimento da pretensão de utilização analógica da Lei 7.783/1989 a fim de regulamentar o direito de greve dos servidores civis enquanto não for elaborada legislação própria.

A posição, no entanto, foi objeto de severas discussões, cabendo a menção ao posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem, além de não ser possível a aplicação de efeitos *erga omnes* ao mandado

Fortalecido, portanto, o entendimento ora exposto uma vez que cabe ao Judiciário, na hipótese de ser necessária complementação normativa à satisfação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, recorrer às regras gerais de integração do ordenamento jurídico, possível ainda o tratamento do tema em nível *erga omnes* por meio do mandado de injunção.

Cabe registrar ainda que a auto-aplicabilidade, referente à possibilidade de ser exequível, não se confunde com a sua efetiva aplicação em determinado caso concreto.

De fato, ainda que configurado o suporte fático da norma, ou seja, que seu âmbito de proteção seja atingido por omissão ou ação ilegal, é possível a inexistência de sua consequência jurídica em decorrência de uma restrição fundada legalmente ou por sopesamento.²³⁹⁻²⁴⁰

Sendo assim, dizer que todas as normas definidoras de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis reflete o fato de que, no plano jurídico, geram direitos subjetivos aos indivíduos,²⁴¹ que devem ser assegurados pelo Judiciário sem que se possa opor à sua execução a ausência de legislação regulamentadora.

de injunção, a Lei própria dos trabalhadores da iniciativa privada não seria apta ao caso dos servidores públicos, vedando-se a pretendida aplicação analógica.

Após tais discussões, vencedora a posição expressa pelo Ministro Gilmar Mendes, à qual aliaram-se os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso. Contrários à extensão dos efeitos do julgado, além das partes envolvidas no litígio, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Restringindo-se à declaração da mora legislativa, o Ministro Maurício Correia. Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5.º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) (MI 670, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, *DJe*-206 Divulg 30.10.2008 Public 31.10.2008 Ement 02339-01, p. 00001).

239. Raciocínio diverso ao apresentado representaria, inclusive, a atribuição de caráter absoluto aos direitos fundamentais, conclusão vedada pela melhor doutrina.

240. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 308.

241. Lembrando-se que, conforme dito, este conceito não remete necessariamente ao de pretensão.

Conclui-se, portanto, que a norma inscrita no art. 5.º, § 1.º, corrobora o entendimento pelo qual se vislumbra a eficácia, no plano jurídico, semelhante dos direitos fundamentais como um todo, quer sejam sociais, políticos ou individuais.

3.5.8.2 *Conclusões quanto aos diversos critérios classificatórios*

Conforme o exposto, pode-se concluir que a atribuição de diversos graus de eficácia às normas definidoras de liberdades públicas em relação àquelas que estabelecem direitos sociais decorre muito mais de elementos conjunturais, políticos, históricos e ideológicos, do que da natureza própria de tais normas.

De certo modo, tal assertiva não invalida a classificação tripartite de José Afonso da Silva, visto que nem todas as normas constitucionais são definidoras de direitos, o que permitiria concluir pela manutenção da tese quanto às demais normas constitucionais.²⁴²

Apesar disto, as críticas opostas, principalmente as indicadas por Virgílio Afonso da Silva, se tomadas por verdadeiras exigiriam a inclusão de todos os direitos fundamentais em um único grupo de eficácia, mobilidade para a qual, a nosso ver, não há espaço na tese clássica.

Não bastassem tais questões, o próprio objetivo da presente exposição impõe a adoção de critério classificatório diverso, tendo em conta o interesse no estudo das posições subjetivas decorrentes dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, as normas de eficácia plena têm o condão de gerar “tanto a posição jurídica mais forte para o cidadão quanto

242. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, advertindo que, “Em primeiro lugar, a classificação de José Afonso da Silva diz respeito a toda e qualquer norma constitucional e não apenas às normas de direitos fundamentais, às quais, salvo melhor juízo, se refere Virgílio Afonso da Silva”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 270.

a posição jurídica mais fraca”,²⁴³ a exemplo do que ocorre com as normas definidoras de competências legislativas em comparação com a disposta no art. 206, IV, da Carta Magna ao impor a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais.

Oportuna, pois, a classificação proposta por Luis Roberto Barroso nos termos anteriormente delineados, ao que se opõem críticas pontuais.

Como visto, o autor considera incluídas entre as normas definidoras de direitos aquelas que estabelecem direitos políticos, individuais, sociais e difusos, classificando em grupo apartado as normas programáticas.

Assim, na visão do autor, as normas programáticas seriam aquelas responsáveis pelo estabelecimento de princípios e fixação de programas de ação ao poder público.

A divisão marcada dos conceitos acarreta o inconveniente, no entanto, de excluir o caráter programático das normas definidoras de direitos sociais, opção com a qual não se concorda.

Conforme exposto, não nos resta nenhuma dúvida quanto ao caráter programático do enunciado disposto pelo art. 6.º da Carta Magna. De fato, conforme indica Robert Alexy:

Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos.²⁴⁴

De fato, o caráter programático do enunciado que expressa os direitos sociais é elemento de extrema relevância na medida em que, além de normatizar a conduta atual do ente público, impõe-lhe o dever de orientar sua atuação futura de acordo com tais preceitos.

243. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*, p. 18.

244. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 444.

Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior critica acertadamente a posição do autor, indicando que

[...] Muito embora seu objetivo seja louvável, no sentido de proporcionar aos direitos sociais uma maior efetividade, não podemos ignorar a circunstância histórica de que as normas programáticas estabelecem fins vinculativos ao Estado, entre os quais se encontram aqueles destinados a proporcionar ao cidadão meios materiais necessários ao desfrute desses direitos (educação, saúde, assistência e previdência sociais, e etc.). e isso, a meu ver, não enfraquece a disposição eficaz dessas normas. O que temos de distinguir são as normas programáticas atributivas de direitos sociais e econômicos das normas programáticas fixadoras de objetivos e metas puramente políticas que, como se sabe, não conferem direitos imediatos, pelo menos na sua dimensão positiva.²⁴⁵

Em vista de tal questão, cumpre assinalar que a classificação das normas como programáticas não tem um reflexo único e necessário sobre as posições jurídicas delas dedutíveis. Neste sentido vale resgatar as lições de Pontes de Miranda:

Uma das classificações mais importantes, sobretudo quando se atende ao caráter social das Constituições contemporâneas, bem como ao regime de rigidez das Constituições, é a que distingue as regras jurídicas em regras jurídicas bastantes em si, regras jurídicas não bastantes em si e regras jurídicas programáticas. *Rigorosamente, o que se deve ter em vista é a dicotomia das regras jurídicas em bastantes em si e não-bastantes em si; porque tanto umas quanto as outras podem ser simplesmente programáticas.*

Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-acting, self-enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não-bastantes em si²⁴⁶ (grifos nossos).

Em que pese tratar das “normas bastantes em si”, a lição do autor ressalta o fato de que é possível diferenciar, dentro do conceito de normas programáticas, enunciados com eficácia diversa, raciocínio fundamental quando o objetivo é orientar a classificação das normas constitucionais de acordo com as posições subjetivas delas decorrentes.

245. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*, p. 101.

246. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. p. 126.

Oportuna para a caracterização desta diversidade a classificação das normas programáticas indicada por Paulo Roberto Lyrio Pimenta, já abordada, segundo a qual estas se classificam em: normas programáticas em sentido estrito, normas programáticas meramente definidoras de programas, normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.

Por todo o exposto, parece-nos inegável estarem incluídas na segunda classe indicada por Luis Roberto Barroso, normas definidoras de direitos, as normas programáticas declaratórias de direitos.

Por seu turno, a terceira classe de normas indicadas pelo autor simplesmente como programáticas incluiria apenas as normas programáticas em sentido estrito, normas programáticas meramente definidoras de programas e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.

Dado o caráter normativo das diretrizes programáticas de direitos sociais e a possibilidade de gerarem situações subjetivas de vantagem aos indivíduos, há que questionar, portanto, quais as repercussões jurídicas das normas definidoras de direitos a prestações positivas extraíveis destes enunciados.

4

**EFICÁCIA SUBJETIVA DAS NORMAS
DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Na esteira da evolução histórica mencionada anteriormente, verifica-se que a positividade dos direitos fundamentais não foi acompanhada por novas estruturas jurídicas aptas a comportarem suas peculiaridades.

Em que pesem todas as características decorrentes principalmente da presença do ente público em relação a tais direitos, foram utilizadas inicialmente as clássicas teorias hermenêuticas de Savigny.

Não se quer dizer que as estruturas clássicas da Teoria Geral do Direito não sirvam ao estudo dos direitos em face do Estado, mas apenas que devem ser tidas como ponto de partida para a análise específica do tema.

Neste diapasão, fundamental ao estudo da eficácia subjetiva de qualquer norma jurídica o conceito de direito subjetivo.

4.1 O direito subjetivo: teorias explicativas

O conceito de direito subjetivo surge em oposição ao de direito objetivo, entendido como a norma propriamente dita. Neste sentido, os direitos subjetivos têm a missão de outorgar à norma um “caráter operacional”,²⁴⁷ vinculando-a àquele que é atingido positivamente pelos seus efeitos.

247. Conforme indica Alf Ross apud por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 150.

Sob tal ótica, Carbonnier, citado por Michael Mialle, menciona que a distinção entre ambos se faz inconscientemente de modo que o direito objetivo permite que se faça algo, ao passo que o subjetivo é, do viés do titular, a possibilidade de fazê-lo.²⁴⁸

Apesar do caráter aparentemente intuitivo do instituto, seu conceito é objeto de inúmeras divergências na doutrina, dividida em correntes clássicas: a teoria da vontade, a do interesse e as teses ecléticas.

4.1.1 *A teoria da vontade*

Segundo os partidários desta corrente, os direitos subjetivos são tidos como o domínio da vontade de uma pessoa outorgado pelo ordenamento jurídico. Entre seus defensores podem-se indicar Savigny e Windscheid.

Uma questão inicial quanto à tese se verifica pela possibilidade de, identificando-se os direitos subjetivos com a vontade individual, superar os limites impostos pelo direito objetivo a esta vontade.

Conforme expressa Jean Dabin, no entanto, não é esta a questão.²⁴⁹ Em verdade, segundo a tese de Savigny, a regra jurídica teria o efeito, no plano subjetivo, de determinar, sempre nos limites apresentados pelo direito objetivo, o império da vontade de um sujeito, independentemente da vontade alheia.²⁵⁰

Conforme indica Windscheid, o poder da vontade do indivíduo se expressaria tanto na faculdade outorgada ao seu titular de mover o aparato judicial no sentido de garantir os efeitos

248. MIALLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979. p. 134.

249. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Tradução de Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 70.

250. “el derecho [subjetivo] [...] se nos aparece como un poder de voluntad. En los limites de ese pode, la voluntad del individuo reina, y reina por el consentimiento de todos”. Idem, *ibidem*, p. 71.

previstos pela norma objetiva, corrigindo uma omissão ou ação ilegal do devedor, quanto na constituição de novas relações jurídicas.²⁵¹

Esta dualidade mostra as inconsistências da tese na medida em que, em várias hipóteses, o direito está dissociado da vontade do titular. Neste aspecto, contundentes as críticas mencionadas por Eduardo García Maynez citando Hans Kelsen.²⁵²

Segundo o autor, determinados fatos jurídicos vinculam positivamente o indivíduo à norma objetiva, sem que, no entanto, este sequer tenha conhecimento, como a invasão de uma propriedade privada. Evidente, portanto, que o direito não nasce apenas quando a vontade do indivíduo se move neste sentido.

Por outro lado, situações há em que não se pode falar na vontade do titular em conformar a conduta de outrem à previsão normativa. É possível, por exemplo, que, mesmo havendo um crédito em favor do titular, este simplesmente não queira cobrá-lo. Assim, a existência do direito não exige a vontade do titular em fazê-lo valer.

Por fim, há hipóteses em que mesmo a ausência superveniente da vontade não obsta a manutenção do direito; é o caso daqueles considerados irrenunciáveis.

Lançando argumento certo acerca do assunto, apresenta Jean Dabin a situação do direito à vida, indicando que

[...] o direito à vida existe, como direito subjetivo, desde o instante em que o indivíduo nasce e enquanto segue vivendo, só por este fato, sem nenhuma manifestação explícita de vontade de reivindicar o direito à vida.²⁵³

251. MAYNÉZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*, p. 180.

252. Citação da obra *Problemas capitales de la teoría jurídica*, publicada em 1911. Apud Idem, *ibidem*, p. 180-181.

253. Segue a versão original para conferência: “[...] el derecho a la vida existe, como derecho subjetivo, desde en instante en que nasce el individuo y en tanto que siegue viviendo, por el solo hecho de esa vida, sin ninguna manifestación explícita de una voluntad de reivindicar el derecho a la vida”. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 77.

Em resumo das objeções enfrentadas pela tese, indica Werner Goldschmidt o fato de confundir a titularidade do direito com seu exercício, pois a vontade muitas vezes é necessária apenas para este e a possibilidade de titularidade de direitos por aqueles que não têm discernimento, vontade própria.²⁵⁴⁻²⁵⁵⁻²⁵⁶

4.1.2 A teoria do interesse

Como alternativa à tese, Ihering buscou estabelecer um conceito realista de direitos subjetivos, marcado pelo interesse. Assim, na concepção do autor,

[...] dois elementos constituem o princípio do direito, um substancial, que reside no fim prático do direito, que é a utilidade, a vantagem, a ambição assegurada pelo direito; o outro formal, que se refere esse fim unicamente como meio, a saber a proteção do direito, a ação judicial.²⁵⁷

Desta forma, o titular do direito não seria o da vontade crítica que envolve a representação na teoria voluntarista, mas sim aquele a quem comete o interesse protegido,

-
254. A crítica é refutada pela possibilidade de representação; assim menciona Crome, apud Vicente Ráo que, “com a expressão poder (Match), quer-se indicar aquilo que é lícito fazer-se na prática das relações reconhecidas pela ordem jurídica, isto é, na realização dos fins jurídicos reconhecidos. É irrelevante que os destinatários estejam, ou não, em condições de exercer o poder que lhes é conferido; os impedimentos de fato não eliminam o conceito. Para os incapazes de querer o impedimento é suprido pela própria ordem jurídica, por meio do instituto da representação”. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 536.
255. GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. La teoría triáfrica del mundo jurídico y sus horizontes. 5. ed. ampl. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 308.
256. Em face das críticas opostas, Windscheid chegou a alterar sensivelmente a tese, passando a defender a identificação do direito subjetivo não com a vontade do indivíduo, mas com a da norma jurídica objetiva. A tese, no entanto, não se sustenta. Conforme menciona Aftalión, a alteração representa a identificação entre o direito subjetivo e o objetivo, na medida em que o critério utilizado é estritamente normativo. Por outro lado, a expressão “vontade da norma” seria metáfora sem conteúdo próprio na medida em que “En el plano de las normas no hay nada parecido a La voluntad; hay solamente imputación”. AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 234.
257. Segue o original para conferência: “[...] dos elementos constituyen el principio del derecho, uno substancial, en el que reside el fin práctico del derecho y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber la protección del derecho, la acción judicial”. Apud DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 81.

que seria, por sua vez, o benefício previsto pela norma em favor do titular do direito subjetivo.

A tese, da mesma forma que a anterior, recebeu críticas, a exemplo de permitir o despotismo, na medida em que a vontade do indivíduo de nada vale em face dos interesses que o Estado arbitrariamente visa defender.

Seguindo as lições de Jean Dabin, no entanto, necessário perceber que a vinculação em última instância dos direitos subjetivos à atividade de reconhecimento pelo Estado não é característica exclusiva da tese de Ihering. Mesmo a tese voluntarista, conforme dito, não liga diretamente a vontade individual ao direito subjetivo, exigindo sua conformação ao direito objetivo, controlado pelo Estado.²⁵⁸

Com propriedade, critica Hans Kelsen a tese em análise sob o argumento de que por interesse se entende algo que é considerado útil pelo seu titular. Seria possível, portanto, que ao credor, por questões de ordem moral, por exemplo, fosse indiferente o pagamento da obrigação pelo devedor, sem que se possa falar, apesar disto, da inexistência de direito.²⁵⁹

Conclui-se, por fim, que toma a presente tese como elemento caracterizador não a essência do direito, mas sua finalidade.²⁶⁰

Logo, a tese expõe a mesma crítica oposta a todos os conceitos finalistas. Definir um instituto pela sua finalidade cria o inconveniente de não haver elemento seguro que exclua outros institutos que eventualmente cumpram o mesmo objetivo. Necessário, portanto, um elemento característico do próprio direito que lhe identifique.

258. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 85.

259. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: 2005. p. 115.

260. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 96.

Segundo Jean Dabin, este elemento não seria a proteção, na medida em que é *pós-jurídica*, ou seja, presume a existência de um direito o qual visa proteger.²⁶¹

4.1.3 As teorias mistas

Diante dos impasses verificados, ergueram-se teses com o intuito de combinar tais conceitos.²⁶² Neste sentido, Georg Jellinek indica serem os direitos subjetivos “a potestade da vontade humana reconhecida e protegida pela ordem jurídica, que tem por objeto um interesse”.²⁶³⁻²⁶⁴

Da mesma forma que se constata no conceito de Georg Jellinek, a maioria das teses mistas opta pela valorização do elemento volitivo, indicando-se apenas o fato de estar voltado à satisfação de um interesse protegido pelo direito.

Pode-se considerar que, embora não sejam insuscetíveis de críticas, estas concepções são as que atualmente prevalecem na doutrina, havendo, no entanto, razoável divergência em questões como a inclusão da pretensão no conceito de direito subjetivo.

A abordagem do tema, no entanto, não prescinde da apresentação das situações jurídicas, conceito que permite organizar as diversas possibilidades de reflexos subjetivos dos direitos objetivamente previstos.

261. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 89.

262. Enumerando conceitos mistos: RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 544.

263. Segue o original para conferência: “la potestad de la voluntad humana, reconocida y protegida por el orden jurídico, que tiene por objeto un bien o un interés”. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 93.

264. Vários autores adotam esta tese na atualidade, entre os quais, Ruggiero: “il potere della volontà dell’uomo di agire pel soddisfacimento dei propri interessi in conformità della norma giuridica”. RUGGIERO, Roberto de; MARONI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. 8 ed. Milano: Casa editrice Giuseppe Principato. 1951. v. 1, p. 73. “El derecho es el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de los intereses humanos.” ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Parte general. Barcelona, 1943. p. 291.

4.2 A situação jurídica

O estudo das situações jurídicas tem suas primeiras referências nas obras de Josef Kohler e León Duguit, encontrando nestes autores conceitos de tal forma divergentes que demonstram, desde seu início, a ausência de uma definição uniforme quanto ao instituto.²⁶⁵

Segundo o primeiro, as situações jurídicas representariam um estágio anterior aos direitos subjetivos. Assim, a capacidade de agir, de dispor e o poder de representação, muito embora não configurassem direitos subjetivos propriamente ditos, representariam situações jurídicas.²⁶⁶

Já na concepção de León Duguit todo o ordenamento jurídico não passaria da expressão escrita da regra fundamental da interdependência social.

De acordo com a tese, as normas apenas individualizariam as condutas necessárias, tanto ao Estado quanto ao indivíduo, para a convivência social, não constituindo estes, portanto, em direitos, mas em meras situações jurídicas.²⁶⁷

Melhor sistematização do conceito, mais próxima inclusive do presente estudo, é a de Gastón Jéze.

265. Esboçando as diversas compreensões acerca das situações subjetivas, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia 1.ª parte. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

266. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 54.

267. Fundamenta o autor sua tese em uma posição solidarista, oposto ao individualismo representado pelos direitos subjetivos, assim, enquanto segundo a doutrina do individualismo “si l’Etat ne peut pas faire certains lois, c’est parce que l’individu a des droits subjectifs contre lui, et quand des lois interviennent limitant les droits de chacun pour protéger les droits de tous, chacun conserve ses droits subjectifs contre l’Etat qui les reconnaît, a tese solidarista defende que em tal situação «l’individu n’a aucun droit, il n’a que des devoirs sociaux ; l’Etat a le devoir de ne rien faire qui empêche l’individu d’accomplir ses devoirs sociaux et notamment de développer librement son activité”. DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Bourdeaux: Fontemoing, 1911. t. 2, p. 4.

O autor identifica as situações jurídicas sob a perspectiva da eficácia da norma objetiva em relação ao indivíduo, gerando para este uma série de “poderes” ou “deveres”.²⁶⁸

As situações jurídicas são poderes ou deveres jurídicos. Todo poder e todo dever jurídico constituem uma situação jurídica que deve examinar-se em si [...] Sucede, de fato, comumente, que em consequência de um ato jurídico, um indivíduo seja investido em vários direitos e alguns deveres. Não se pode dizer que se fale em uma situação jurídica: é preciso dizer-se que a consequência deste fato seja a criação de várias situações jurídicas [...]²⁶⁹

Em conceituação próxima, Francesco Carnelutti indica serem as situações jurídicas os poderes e os deveres decorrentes da norma objetiva, não se confundindo, pois, com as eventuais relações jurídicas no bojo das quais eventualmente se constituam.²⁷⁰

Conceito semelhante ao sentido lato adotado por Marcos Bernardes de Mello, para quem a conceituação das situações jurídicas admitiria um sentido amplo e outro restrito.

Lato sensu, seria toda a consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de um fato jurídico, colocando o sujeito deste em uma determinada posição. Identifica-se, portanto, com o conceito de eficácia jurídica.

Stricto sensu, situação jurídica seria um conceito voltado a abarcar as posições tuteladas pelo direito não redutíveis ao esquema da relação jurídica, caracterizando-se, portanto,

268. Em sua obra, estabelece as diferenças entre as situações jurídicas objetivas, permanentes, gerais, alteráveis pela lei e irrenunciáveis, e as subjetivas, temporárias, individuais, não alteráveis pela lei e renunciáveis.

269. Segue o original para conferência: “Las situaciones jurídicas son poderes o deberes jurídicos. Todo poder, todo deber jurídico, constituye una situación jurídica que debe examinarse en sí. [...] Sucede, en efecto, muy a menudo, que a consecuencia de un acto jurídico, un individuo queda investido de varios derechos y aun de deberes. No puede decirse que se halle en una situación jurídica: es preciso decirse que a consecuencia de este acto se halla colocado en varias situaciones jurídicas...”. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. I la técnica jurídica del derecho público francés. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948. p. 15.

270. “Situação jurídica é menos o conjunto dos dois interesses, opostos regulados pelo direito, do que cada um desses interesses convertido, pela combinação da relação econômica com a relação psicológica, em um poder ou um dever, seja desta, seja daquela espécie”. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 297.

apenas como reflexo dos fatos jurídicos no sujeito que não ocasionassem uma nova relação jurídica.²⁷¹

Sob esta conceituação de situações jurídicas, seriam incluídas tanto aquelas cujos efeitos atingem a esfera de direitos de apenas um indivíduo, denominadas por Torquato Castro como uniposicionais,²⁷² como as em que a natureza do objeto da norma impõe o envolvimento de outrem, gerando as situações relacionais.²⁷³

Sob esta última perspectiva, a tese das situações jurídicas, que anteriormente chegaram a negar o direito subjetivo, passa a englobá-lo na condição de situação jurídica relacional ativa.

As situações relacionais são objeto de classificação em razão do efeito subjetivo causado; de um lado, as que atribuem vantagem ao sujeito de direito, entre as quais as mais relevantes ao presente estudo, são, além do direito subjetivo, o direito potestativo, o poder jurídico, o interesse legítimo e a pretensão.²⁷⁴

Por outro lado, entre as situações jurídicas passivas, estariam o dever jurídico, o estado de sujeição, o ônus e a resistência.

4.3 O direito subjetivo como situação jurídica

A partir do quanto exposto, é possível verificar que as situações jurídicas, como elemento de concatenação das diversas possibilidades de eficácia subjetiva, auxiliam a exata caracterização dos direitos subjetivos na medida em que os aparta de situações diversas.

271. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 80.

272. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, p. 70.

273. Idem, *ibidem*, p. 75-85.

274. A enumeração das situações jurídicas positivas não é consensual na doutrina. Conforme indica André Fontes, as discussões atingem notadamente a expectativa, a faculdade e a pretensão. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 73.

Neste sentido, menciona Alf Ross a necessidade de identificação do direito subjetivo não como um elemento substancial, existente em si, mas sim como a representação de um plexo de possibilidades determinadas pela norma jurídica.²⁷⁵

Ao encontro de tal posição, o conceito de situações jurídicas favorece a distinção destas várias hipóteses, excluindo do conceito de direito subjetivo os casos em que os efeitos gerados são de natureza diversa.

De fato, conforme indica Tércio Sampaio Ferraz Jr., não se podem opor os direitos objetivos a uma figura uniforme de conteúdo tão estreito quanto os direitos subjetivos.

O que se observa, diante do esforço teórico da dogmática, é que a dicotomia (direito objetivo/subjetivo) tem antes um caráter tópico (isto é, é um lugar-comum retórico). A expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum. [...] Dada essa diversidade de casos, é possível opor, assim, a noção de direito objetivo as diferentes situações subjetivas, entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas em seu agir.²⁷⁶

Desta forma, pode-se concluir que o direito subjetivo é apenas uma das situações jurídicas relacionais ativas em tudo diferente das demais. Sua conceituação, portanto, é facilitada pela diferenciação em relação a outras também importantes ao presente estudo.

Assim, o interesse legítimo é conceituado como a situação jurídica em que a norma não atribui ao indivíduo um direito de forma direta, favorecendo-lhe apenas indiretamente.

Neste sentido, Alfonso Tesauro menciona que o interesse legítimo se verifica quando “O direito assegura, indiretamente, a tutela do interesse mediante uma proteção ocasional que um interesse recebe pelo fato de coincidir com outro interesse diretamente tutelado”.²⁷⁷

275. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Revisão de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000. p. 212 e ss.

276. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 149.

277. Segue o original para conferência: “Il diritto assicura, indiretamente, la tutela degli interessi mediante una protezione occasionale che un interesse riceve per il fatto che coincide con altri interessi direttamente tutelati”. TESAURO, Alfonso. *Istituzioni di diritto pubblico*. Torino: Torinese, 1960. t. I, p. 56.

A título de exemplo, cita André Fontes a situação jurídica do vizinho quanto à obra construída, ao lado de sua residência, fora do gabarito municipal,²⁷⁸ muito embora não lhe assista nenhum direito subjetivo, tendo em vista a inexistência de norma que diretamente lhe atribua, há um interesse legitimado pelo ordenamento jurídico em função do direito subjetivo atribuído a outrem, no caso, o Município.

Por seu turno, o direito potestativo reflete as hipóteses em que o interesse protegido pela norma jurídica não se opõe a uma obrigação de outrem, podendo ser exercido pela mera vontade do próprio sujeito.

Neste sentido, observa Orlando Gomes haver um nítido traço diferencial entre esta situação jurídica e o direito subjetivo, qual seja a existência, apenas quanto a este, de obrigação por parte de terceiro.²⁷⁹

Em que pese não haver obrigação correlata, não se pode imaginar que o direito potestativo influa apenas em uma esfera jurídica, pois, do contrário, não seria classificado como situação jurídica relacional. De fato, tais direitos, apesar de não dependerem do cumprimento de uma obrigação por terceiro, interferem em sua esfera jurídica diretamente, alterando de forma unilateral suas situações jurídicas.

Diversa ainda é a hipótese em que a norma cria para o indivíduo um poder jurídico. Nestes casos, o titular da situação tem sua esfera de direitos ampliada, não para satisfazer um interesse seu, e sim para cumprir seu dever de diligência em prol do interesse de outrem. São os chamados poderes-deveres, hipótese que encontra várias referências no direito administrativo e de família.

278. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 105.

279. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 107.

Apresentadas tais figuras, cumpre, portanto, buscar o conceito dos direitos subjetivos, apartando-o não só destas, mas também do conceito de pretensão.

Neste sentido, conforme mencionado, Windscheid vinculava a existência do direito subjetivo à possibilidade de seu titular fazer valer a outrem a sua vontade por meio da mobilização do aparato jurídico.

Por sua vez, Ihering é claro ao defender que “A ação é pois a verdadeira pedra de toque dos direitos privados. Se não há lugar para ela, o direito civil deixa de proteger os interesses, e a administração toma seu lugar”.²⁸⁰

No mesmo sentido Hans Kelsen, que, mesmo divergindo de ambos quanto à existência de um elemento material ao conceito, por considerar não existir o direito subjetivo em si, mas como mera relação entre a norma jurídica e o sujeito, conclui que: “[...] uma norma jurídica em sua relação com o indivíduo que, para que a sanção seja executada, deve expressar uma vontade nesse sentido”.²⁸¹

Tais teses, contudo, a nosso ver, pecam ao incluírem no conceito de direito subjetivo elemento estranho à sua substância, que representa situação jurídica própria, a pretensão.

De fato, a existência do direito subjetivo prescinde de que se disponha ao titular a possibilidade de exigir de outrem o cumprimento de seu interesse, pretensão, bem como de mover o aparato jurisdicional em prol de seu interesse, a ação.

280. Segue o original para conferência: “La acción es pues la verdadera piedra de toque de los derechos privados. Si no hay sitio para ella, el derecho civil deja de proteger los intereses, y la administración toma su lugar”. Apud MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*, p. 182.

281. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 118

A exigibilidade em face de outrem é representada pelo conceito de pretensão, que conforme definição de Pontes de Miranda “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.²⁸²

Avança o autor indicando a necessária diversificação entre os institutos:

Vai longe o tempo em que J. Biermann (*Bürgerliches Recht*, I, 18) tomava direito (de obrigação) e pretensão como equivalentes, êrro (*sic*) que os juristas, fora da Alemanha, continuaram de cometer. Aliás a expressão “*Recht*” (direito) no Código Civil alemão, § 194, embora de inconvenientes afastáveis, deveria ter sido evitada; porque permite falar-se de direito (direito subjetivo), de direito (exigir) e de direito à ação. Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação separáveis...²⁸³

Exemplo claro da “confusão” mencionada por este autor é a definição utilizada por Luis Recaséns Siches, segundo o qual

[...] O segundo tipo, ou segunda espécie de direito subjetivo, é o direito subjetivo como pretensão. Consiste em uma situação que, em função de uma norma, coloca uma pessoa em uma relação jurídica tendo à sua disposição a faculdade de exigir de outra pessoa, ou de outras pessoas determinadas, o cumprimento de um dever jurídico, valendo-se do aparato coercitivo do direito.²⁸⁴

Neste sentido Eduardo García Maynez demonstra a possibilidade de existirem autênticos direitos subjetivos sem que se possa falar de pretensão, por exemplo, as obrigações naturais, reconhecidas pelo direito civil como casos em que existe obrigação jurídica, não meramente moral, sem que se possa falar, no entanto, de pretensão exercitável pelo titular em face do devedor.²⁸⁵

282. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V, p. 451.

283. *Idem*, *ibidem*, na mesma página.

284. Segue o original para conferência: “El segundo tipo o segunda figura del derecho subjetivo es el del derecho subjetivo como pretensión. Consiste en la situación que, por virtud de la norma ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona o de otras personas determinadas el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del derecho”. Pondera ainda o autor que só há o direito subjetivo à construção de uma escola pelo Estado, quando esta depende unicamente do ato de vontade dos cidadãos no sentido de impor seu interesse. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970. p. 142-143.

285. MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*, p. 188. Contrariamente, Dabin afirma que a obrigação natural seria uma obrigação jurídica imperfeita, já que não criaria qualquer obrigação jurídica,

Por outro lado, discute-se doutrinariamente o momento do nascimento da pretensão. Segundo Eneccerus, que conceitua a pretensão como “o direito a um ato ou omissão dirigido contra uma pessoa determinada”,²⁸⁶ sendo identificáveis titular, direito e devedor, desde o nascimento do direito dá-se, concomitantemente, o nascimento da pretensão.²⁸⁷

Outra, no entanto, é a posição de Von Thur que, fazendo referência ao debate, adota uma visão restrita de pretensão, identificando-a com a exigibilidade imediata da prestação.

Assim, segundo o autor, “a pretensão nasce no mesmo momento em que se pode exigir a prestação”.²⁸⁸

De fato, parece ser a melhor opção identificar o nascimento da pretensão a partir do descumprimento de um dever jurídico, na medida em que não se pode considerar haver para o credor de dívida condicional a pretensão à percepção do bem estipulado, que pode inclusive jamais ser efetivamente devido.

Neste diapasão, evidente a distinção entre o direito subjetivo e a pretensão na medida em que o nascimento deste não implica a existência daquela, obrigações sujeitas a termo ou condição. Por outro lado, o fim daquela não implica o encerramento deste, como demonstra o caso das obrigações naturais decorrentes da dívida prescrita.

Sendo assim, conclui-se que o direito subjetivo em seu conteúdo próprio expressa não um poder de exigir, e sim uma posição legalmente legitimada ao cumprimento de uma obrigação por terceiro.

mesmo quanto à vedação de restituição em caso de pagamento. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 122-123. Em que pese tal argumento, no entanto, parece ser inescusável concluir haver neste caso uma situação de fato regulada pelo direito, gerando uma posição de vantagem para o credor, decorrendo daí a existência de um direito subjetivo.

286. Para conferência: “Pretensión es el derecho a un acto o a una omisión dirigido contra una persona determinada”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*, p. 457.

287. Idem, ibidem, p. 458.

288. Segue o original para conferência: “La pretensión nace en el momento mismo en que se puede exigir la prestación”. VON THUR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Tradução de Tito Ravá. Buenos aires: Depalma, 1946. v. 1, p. 327.

Esta legitimação outorga ao direito subjetivo a pretensão não como uma necessidade, mas como mera possibilidade.

Importante a conclusão para o presente estudo na medida em que os direitos fundamentais sociais, a partir tão-somente desta assertiva, mostram-se, inescapavelmente, como direitos subjetivos, com a nota diferencial de terem em seu pólo passivo um ente público.²⁸⁹

A tais direitos convencionou chamar a doutrina alemã de “direitos públicos subjetivos”.

4.4 Os direitos públicos subjetivos

Não há dúvidas quanto à maior evidência na doutrina, ao menos inicialmente, dos direitos do Estado em face do indivíduo do que do contrário.

Em que pese tal fato, o surgimento dos direitos fundamentais impôs o reconhecimento de direitos do indivíduo em face do ente público, apesar das sérias divergências quanto à possibilidade de obrigar-se juridicamente aquele que responde pelo monopólio do direito objetivo.²⁹⁰

Somando-se a tais dificuldades, os direitos fundamentais, à época de seu inicial reconhecimento positivo, padeceram da inexistência de um sistema teórico que lhes fosse próprio, sendo vistos sob a perspectiva clássica do direito privado.

289. Importa observar que não se defende no presente estudo a ausência de pretensão em relação aos direitos subjetivos, pelo contrário, conforme será visto, considera-se inafastável sua exigibilidade. O que se quer dizer, no entanto, é que, mesmo para aqueles que a refutam, não há como negar a existência dos direitos subjetivos relacionados aos direitos sociais.

290. Narrando tais dificuldades, Dabin: “¿de qué modo podrían los ciudadanos reivindicar, frente al Estado, algún derecho subjetivo público cuando esos derechos subjetivos derivan de la propia voluntad del Estado y están garantizados únicamente por la fuerza de éste? En una palabra, ¿Cómo puede ligarse el Estado y obligarse respecto a quienes son sus miembros, sin duda, pero también sus súditos?”. *El derecho subjetivo*, p. 265.

Pode-se considerar, entretanto, como marco dos estudos específicos acerca dos reflexos subjetivos dos direitos fundamentais a teoria dos *status* de Georg Jellinek, sendo relevante ao presente estudo ainda a análise empreendida por Robert Alexy acerca do tema.

4.4.1 A teoria dos *status* de Georg Jellinek

Entre os mais importantes estudos acerca do direito público subjetivo encontra-se a obra de Georg Jellinek desenvolvendo a teoria dos *status*.

Em sua obra, o autor identifica duas correntes acerca da existência do direito público subjetivo: uma primeira a negar sua existência, atribuindo os efeitos subjetivos ao mero reflexo da norma de direito público; e uma segunda tese, apesar de considerá-lo existente, identifica sua estrutura com o modelo próprio do direito privado.²⁹¹

O autor afasta ambas as teses, considerando que, de um lado, “o direito somente é possível entre sujeitos de direito, e que sujeito de direito é aquele que pode pôr em movimento a ordem jurídica em seu próprio interesse”,²⁹² e, por outro, que há diferenças estruturais entre o direito público subjetivo e os direitos privados.

Assim, desenvolve tese segundo a qual as relações entre Estado e sujeito são identificadas pelas diversas posições que podem ser ocupadas por estes, os chamados *status*.²⁹³

Em virtude de suas possíveis características, subdivide tais relações em: *status* passivo ou *status subjectionis*, o *status* negativo ou *status libertatis*, o *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa.

291. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de Los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 312.

292. Segue o original para conferência: “[...] el Derecho solamente es posible entre sujetos de derecho, y que sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio”. Idem, *ibidem*. p. 313.

293. Segundo Georg Jellinek, seriam “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 255.

O *status subjectionis* se identificaria com as situações em que há um dever do indivíduo de obediência em relação ao Estado, quer seja por uma proibição ou pela imputação de uma obrigação objetiva.

O *status libertatis* representaria a posição do particular em que lhe é resguardada a esfera de liberdade natural. Assim, a liberdade do indivíduo representa limite à atuação estatal na medida em que só é possível quando fundada juridicamente.

Robert Alexy ressalta o fato de que, segundo a tese em análise, o *status* negativo é estabelecido em oposição ao *status* passivo. Ou seja, se neste caso há a submissão da vontade individual aos desígnios do ente público, naquele veda-se qualquer interferência do Estado na atividade individual.

Importante ao estudo da tese a verificação da localização das liberdades asseguradas juridicamente ao indivíduo. Nesta hipótese, tratar-se-ia de uma obrigação à não-intervenção, reclamável juridicamente e, por isto, integrada ao *status* positivo.

Portanto, sob o conceito ora estudado, incluem-se apenas as faculdades jurídicas, liberdades não protegidas juridicamente pela sua irrelevância em face do ente público.²⁹⁴

Por outro lado, o *status civitatis* representaria as hipóteses em que as normas de caráter público dispõem sobre a ação do estado na defesa de interesses individuais.

Neste caso, existe “capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, [se] garante ao indivíduo pretensões positivas”.²⁹⁵

294. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 258-262.

295. Ressalta o autor que o uso da expressão “pretensões positivas” pode levar à conclusão de não estarem incluídas neste *status* as situações em que há uma liberdade juridicamente protegida. Todavia, a impossibilidade de incluir tal conceito no *status libertatis* evitaria qualquer outra opção. Idem, *ibidem*, p. 263-264.

Apesar de identificar esta posição do cidadão, Georg Jellinek não considera assistir-lhe um efetivo direito à prestação indicada, indicando que:

[...] Exigências em relação ao Estado, mas não poder sobre o Estado. O poder, ou seja, o poder de comando, o tem o Estado sobre os indivíduos, e o poder jurídico destes, o revés, só pode consistir em sua relação com a comunidade [...] sendo impossível o poder de autoridade sobre o Estado porque duas pessoas não podem dominar-se mutuamente.²⁹⁶

[...]

O cuidado dos pobres, igualmente, é um benefício público que, ordinariamente, não dá direito a ser exigido pela parte dos que são objeto do socorro.²⁹⁷

Por seu turno, o *status activae civitatis* refere-se à posição ocupada pelo titular em que é chamado a participar da formação da vontade do Estado. Neste caso, não se prevê uma abstenção ou ação do Estado, mas a permissão para uma atividade do indivíduo.

4.4.2 *As posições jurídicas em Robert Alexy*

O autor inicia sua abordagem acerca do tema tratando das incertezas que permeiam o conceito de direito subjetivo.

Neste sentido, considera um dos pontos nodais da problemática a possibilidade de extração de direitos subjetivos das normas que são expressas mediante esquemas diversos de “a” tem direito a “b”.

A fim de solver a questão, diferencia o autor os enunciados que expressam as razões dos direitos subjetivos, os que definem tais direitos propriamente e os que indicam sua exigibilidade jurídica.

296. Segue o original para conferência: “Exigencias respecto del Estado, pero no poder sobre el Estado [...] El poder, es decir, el poder de mando, lo tiene el Estado sobre los individuos, y el poder jurídico de éstos, por lo contrario, sólo puede consistir, en su relación con la comunidad [...] de aquí que sea imposible el poder de autoridad sobre el Estado, porque dos personalidades no pueden dominarse mutuamente”. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*, p. 314.

297. Segue o original para conferência: “El cuidado de los pobres igualmente es un beneficio público, que, por lo común, no da derecho a ser exigido por parte de los que son objeto de socorro”. Idem, *ibidem*, p. 315.

A partir desta diferenciação, o autor critica a tese de Georg Jellinek segundo a qual o direito se constitui da sua finalidade prática, vantagem efetivamente garantida, acrescida do meio de proteção jurídica, a ação judicial.²⁹⁸

Considera, portanto, que tanto os enunciados sobre as finalidades e razões do direito, quanto aqueles que lhe atribuem mecanismos de proteção são alheios ao enunciado sobre o direito em si mesmo.

Logo, da mesma forma que os enunciados sobre as razões dos direitos não passam de fundamentação, aqueles que estabelecem mecanismos protetivos, como uma ação judicial, representam outro direito autônomo, qual seja a competência para constituir uma nova situação jurídica.

Em função de tal conclusão, refuta a tese segundo a qual o direito subjetivo incluiria em si a sua exigibilidade, circunstância redutível à relação poder jurídico e dever.²⁹⁹

Sendo assim, propõe a restrição do uso da expressão “direito subjetivo” a um supra-conceito a abarcar diversas situações jurídicas subjetivas positivas, que classifica como direitos a algo, liberdades e competências.³⁰⁰

4.4.3 *Os direitos a algo*

Sob esta classificação indica o autor as posições jurídicas subjetivas triádicas relacionais em que o objeto é uma conduta do destinatário.

298. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 186.

299. Conforme tese exposta no item 4.3.

300. Neste sentido, indica o autor que “A diversidade daquilo que é designado como ‘direito (subjetivo)’ cria um problema terminológico. Deve a expressão ‘direito (subjetivo)’, de plurivocidade e vagueza insuperáveis, ser reservada apenas para algumas posições, ou deve ser ela utilizada em um sentido mais amplo possível? A primeira alternativa traz consigo o perigo de polêmicas estéreis sobre o que pode ser designado corretamente como ‘direito(subjetivos)’. Mais importante que essa questão é conhecer as estruturas das diferentes posições. Por isso é recomendável que a expressão ‘direito (subjetivo)’ seja utilizada, seguindo seu uso corrente, como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 192-193.

Sendo assim, sua estrutura é composta por um sujeito, titular, a quem é atribuído um direito, objeto, expresso por ação ou omissão em face do obrigado, destinatário.

Estariam incluídas nesta estrutura mesmo as normas dedutíveis dos enunciados que não indicassem expressamente seus elementos, como o do direito à vida.

Neste caso, considera o autor, fundamentando-se na interpretação dada pelo Tribunal Constitucional alemão, exprimir-se, de um lado, uma norma atributiva de um direito a que o Estado não elimine a vida do titular, e, de outro, a que tome atitudes no sentido de proteger sua vida das ações de terceiros.

No âmbito estatal, portanto, os direitos a algo se subdividiriam em direitos de defesa, em que se exige um não-fazer estatal, e direitos a prestações, em que lhe é exigida uma atuação positiva.

Inclusos nos direitos de defesa estariam aqueles relativos a que o Estado não embaraçe³⁰¹ determinadas ações do titular, suas características ou situações jurídicas ou mesmo elimine posições jurídicas suas.

Por outro lado, nos direitos a ações positivas, espera-se do Estado uma conduta positiva, que pode ser fática ou normativa.

Pela sua importância para a tese sustentada no presente trabalho, necessária a avaliação individualizada desta última categoria.

4.4.3.1 Direitos a ações estatais positivas

A concepção do autor dos direitos a prestações é ampla no sentido de que neles se incluem não apenas as prestações de natureza fática, mas também aquelas de cunho normativo.

301. Conforme a concepção do autor, “embaraço” é termo que congrega tanto o impedimento quanto a dificuldade. Estabelecendo tal distinção, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 197.

A opção se justificaria inicialmente pelo fato de que, entre o feixe de posições decorrentes dos direitos fundamentais estariam tanto prestações fáticas quanto normativas igualmente necessárias à sua fruição.

Por outro lado, uma das principais notas distintivas dos direitos prestacionais, qual seja a possibilidade de orientar objetivos para o Estado como programas, impõe que neles se englobem tanto as prestações fáticas quanto as normativas.

Sendo assim, estariam abarcados pelos direitos a prestações em sentido amplo aquelas referentes ao dever de proteção do Estado aos indivíduos, os direitos de organização e procedimento, além dos direitos a prestações em sentido estrito.

Tratando-se de direitos subjetivos, seriam estruturados por uma relação triádica entre o titular, o Estado e a ação estatal esperada.

Justifica o autor a extração de deveres a prestações das normas constitucionais pela conjunção de uma “concepção básica, ampla e formal”, acompanhada de uma “concepção ampla básica e material”.

O enunciado que define que “a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”, por exemplo, redundaria imediatamente em uma proibição às ações estatais.

No entanto, o direito enunciado estaria entre aqueles que, “do ponto de vista do direito constitucional, [são] tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”³⁰² (concepção básica ampla e formal).

302. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 446.

Por outro lado, o referido direito seria uma expressão da dignidade humana³⁰³ (concepção básica ampla material).

Da conjugação de tais fatores decorreria a necessidade de extrair do referido enunciado normas de direito fundamental atribuídas, entre as quais o dever de promoção do Estado da liberdade científica por meios pessoais, financeiros e organizacionais.³⁰⁴

4.4.3.1.1 *Direitos a proteção*

Compreendem-se por direitos à proteção aqueles em que se exige do Estado, por meio de uma prestação fática ou normativa, a defesa do indivíduo contra as intervenções de terceiros que violem seus direitos.

Discute-se a possibilidade de este dever de defesa estatal ser determinado por uma obrigação imediatamente dedutível do direito objetivo, sem relação com um direito subjetivo contraposto.

Robert Alexy refuta a tese sob o argumento de que o dever de que se trata é de natureza relacional, conforme o esquema geral dos direitos a algo, de tal forma que ao dever do Estado, acerca do qual não há controvérsia, se oporia, necessariamente, o direito subjetivo do titular.³⁰⁵

Poe sua vez, o caráter principiológico dos direitos fundamentais exigiria a busca pela sua maior efetivação, apenas garantida pela subjetivação de tais direitos.³⁰⁶

303. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 449.

304. Idem, *ibidem*, p. 69-71.

305. Neste sentido, idem, p. 452.

306. Utiliza o autor inclusive o argumento contratualista, afirmando que a renúncia pelo indivíduo de parte de sua esfera de liberdades da fase pré-estatal exigiria que o ente público protegesse efetivamente a esfera mantida.

Outro problema apontado pelo autor quanto à exata compreensão dos direitos de proteção é sua diferenciação em relação aos direitos de defesa. As figuras seriam, no entanto, em tudo distintas na medida em que aqueles se referem a uma necessária intervenção do Estado, enquanto estes a uma abstenção, tratando-se, contudo, de formas diversas de salvaguarda de um “direito fundamental completo”.³⁰⁷

4.4.3.1.2 Direitos a organização e procedimento

Nesta classe se encontram os direitos a prestações positivas em que se espera do Estado a elaboração das normas necessárias à criação dos procedimentos de efetivação de direitos fundamentais, como a correta interpretação e aplicação das já existentes.

A natureza subjetiva dos direitos a organização e procedimentos é fundamentada inicialmente no caráter subjetivo dos direitos materiais que visam instrumentalizar.

Apresenta Robert Alexy classificação destas normas tendo por critério o objetivo do procedimento criado. Assim, existiriam aquelas que definem competências de direito privado, as que instituem procedimentos judiciais e administrativos, as que organizam os elementos necessários à concretização dos direitos fundamentais (de organização em sentido estrito) e as voltadas à definição dos meios de participação do indivíduo na formação da vontade estatal.³⁰⁸

Na primeira espécie, portanto, incluem-se as normas que definem a forma pela qual exercerá o indivíduo as competências que lhe são outorgadas para a criação de novas situações jurídicas. Neste sentido, aquelas que definem o matrimônio e as que estabelecem as formas de aquisição e alienação da propriedade.

307. Conceito que será explicitado a seguir.

308. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 447-448.

O caráter subjetivo do direito à elaboração e correta interpretação e aplicação de tais normas decorreria do fato de que os institutos jurídicos por eles previstos seriam garantidos por normas de direitos fundamentais, que exigiriam, além do respeito pelo Estado das posições existentes, a possibilidade de constituição de novas.

Evidente, por sua vez, o direito subjetivo do indivíduo a que os procedimentos administrativos e judiciais sejam pautados por normas conformes aos direitos fundamentais, garantia necessária à proteção de tais direitos em face do Estado e de terceiros.

Ganha maior relevância a discussão acerca dos direitos subjetivos relativos à exigência de criação pelo legislador de normas de organização conformes aos direitos fundamentais. Tal direito abriga o interesse do indivíduo a que o Estado organize suas ações, em todas as suas esferas, para a persecução dos direitos fundamentais positivamente assegurados.

Por fim, indubitável o direito subjetivo dos indivíduos ao estabelecimento pelo Estado das normas necessárias à sua participação política. Por esta razão, inclui-se este direito no *status ativo*, tendo em vista que trata de circunstância anterior ao direito de votar, incluído do *status positivo*.

4.4.3.1.3 *Direitos a prestações em sentido estrito*

Concluindo o conceito de direitos a algo, os direitos a prestações em sentido estrito seriam aqueles cujo objeto é algo que, “se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.³⁰⁹

Tais direitos corresponderiam aos direitos sociais na medida em que visam garantir ao indivíduo a liberdade fática indispensável à liberdade jurídica.

309. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 499.

De fato, a presença dos elementos indispensáveis à existência digna do titular da liberdade jurídica é pressuposto para que dela goze em plenitude. Por sua vez, caberia ao Estado garantir tais elementos por meio de prestações positivas a eles necessárias.

Como mencionado, a característica determinante das normas de direitos fundamentais seria a sua importância a justificar que não se deixe ao alvedrio do legislador a sua satisfação, tendo em conta sua vinculação à dignidade humana.³¹⁰

A liberdade fática preencheria tais requisitos tendo em conta sua importância para o indivíduo no desenvolvimento pleno de sua personalidade.

4.4.4 *As liberdades*

Ao tratar das liberdades, Robert Alexy não se dedica à sua conceituação filosófica, mas sim à definição da estrutura das situações que as envolvem, compostas de um titular, um obstáculo à liberdade e aquilo que é obstaculizado.

Evidente que tal estrutura admite de imediato duas situações claramente destacáveis, na medida em que não se identificam as condutas possíveis ao titular, ou seja, a existência de uma alternativa viável.

Neste sentido, a liberdade para a realização de uma ação necessária é considerada positiva, já aquela em que, retirados os obstáculos, restam ao titular alternativas a escolher é chamada de negativa, sendo que apenas esta caracteriza a liberdade jurídica.³¹¹

Portanto, a liberdade jurídica é caracterizada pela inexistência de proibição (obstáculo) a que alguém (titular) faça, ou deixa de fazer (alternativa), algo (conduta obstaculizada).

310. Item 2.2.1.2.

311. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 222.

Esta liberdade jurídica pode decorrer da inexistência de normas reguladoras do tema, hipótese em que não são objeto da proteção estatal, ou pode ser associada a um direito, passando a ser protegida pelo Estado. No primeiro caso fala-se de liberdades não protegidas, já no segundo, das liberdades protegidas.

As liberdades protegidas, portanto, constituem o titular não só em uma posição de permissão de fazer e permissão de não fazer algo, mas também no direito de exigir do Estado a garantia desta alternativa.

A partir disto, conclui Robert Alexy que tais liberdades se estruturam pela soma de duas posições diversas: a liberdade não-protegida e o direito a algo na sua concepção defensiva.³¹²

4.4.5 *As competências*

As competências se individualizam por não atribuírem ao titular nem o direito a uma ação de quem quer que seja, tampouco proteger uma esfera de liberdades. Sua atuação na esfera jurídica do indivíduo constitui a possibilidade de realizar algo que, sem a norma, não seria possível: a constituição de situações jurídicas.³¹³

Como é cediço, todavia, a mera subsunção de uma ação ao suporte fático da norma pode gerar situações jurídicas, sem que, no entanto, se possa falar do exercício de uma competência.

Com o objetivo de apartar tais situações, e tomando como exemplo o exercício de conduta delituosa, adverte o autor que o exercício de uma competência ocorreria apenas na

312. O autor menciona expressamente o direito ao não-embaraço de ações, referindo-se, portanto, a ações negativas. No entanto, tendo em conta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esta liberdade envolveria ainda o direito a uma ação positiva de impedir atitudes de outros particulares violadores do direito fundamental.

313. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 236.

hipótese de prática de uma “ação institucional”, assim entendida aquela cuja realização seria impossível sem a existência de normas definidoras.³¹⁴

Sob sua visão, portanto, as normas de competência possibilitariam a realização de atos jurídicos, por meio dos quais pode o titular alterar posições jurídicas; por seu turno, as meras normas de conduta não criam alternativas, mas apenas qualificam ações.³¹⁵

4.4.6 *Os direitos fundamentais completos*

Após a apresentação de sua classificação das posições jurídicas, Robert Alexy conclui que os direitos fundamentais só podem ser plenamente compreendidos a partir da concepção de que reúnem, em um só enunciado, normas constitutivas de um feixe de posições diversas, que interagem por relações de especificação, de “meio-fim” e de sopesamento.³¹⁶

Neste sentido, o direito a uma liberdade protegida, por exemplo, englobaria não apenas a liberdade não protegida e o direito a algo, conforme dito, mas também uma competência em favor do titular de questionar judicialmente sua violação.

Assim, a identificação das posições jurídicas extraíveis da norma em determinado caso concreto não se dá de maneira fixa, mas pelas inter-relações entre tais elementos por critérios: de especificação, na identificação do direito violado no caso concreto; finalísticos, na medida em que determinadas posições podem ser criadas não como consequência direta do direito, mas como medida necessária à sua defesa; e de sopesamento, por meio da qual será possível sair das posições *prima facie*, abstratamente previstas, rumo às posições definitivas, verificáveis no caso concreto.

314. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p.239.

315. Idem, *ibidem*, p. 240.

316. Idem, p. 251.

4.4.7 *As normas programáticas de direitos sociais do art. 6.º da Constituição Federal e os direitos subjetivos delas decorrentes*

Expresso tal quadro em relação aos direitos públicos subjetivos, cabe definir, em conclusão, qual a eficácia subjetiva das normas de direitos sociais previstas no art. 6.º da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

De início, necessário lembrar que, conforme anteriormente exposto, de um dado dispositivo constitucional pode-se deduzir, em relação a cada direito nele previsto, um feixe de normas jurídicas das quais decorrem situações subjetivas correspondentes a direitos de defesa ou direitos a ações positivas, entre as quais a proteção, a organização e procedimento e a prestação em sentido estrito.

4.4.7.1 *Direitos de defesa*

Sendo assim, e na esteira do posicionamento de Robert Alexy, verifica-se haver para o cidadão o direito subjetivo a que o ente público não embarace ações suas destinadas ao alcance destes bens jurídicos, que não afete certas características e situações que se encontrem no âmbito de proteção de tais direitos, bem como que não elimine posições jurídicas suas.³¹⁷

Logo, exemplo do primeiro caso seria a atuação regulamentadora do ente público no sentido de impor excessivas condições ao exercício de determinadas profissões, embaraçando, assim, o direito ao trabalho.³¹⁸

Na mesma situação estaria o ato estatal como o que restringisse o acesso aos serviços de saúde apenas àqueles que não tivessem condições de pagar por atendimento particular.

317. Evidente que se trata de casos de restrições a direitos fundamentais, pelo que a existência de uma razão proporcional e fundamentada pode ensejar a validade do ato público.

318. Hipótese mencionada por Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 196.

Por seu turno, a não-afetação de características ou situações do indivíduo é, de igual forma, direito que decorre do enunciado sob análise. Neste sentido, expressa Ana Cristina Costa Meirelles:

Assim, referindo-se à saúde de uma pessoa, esta tem o direito a que o Estado não afete a sua condição de estar saudável; em outras palavras, alguém tem o direito a que o Estado não pratique qualquer ato que, de alguma forma, afete a sua saúde [...]³¹⁹

Nesta situação, se enquadraria, por exemplo, o despejo de dejetos no manancial de água potável de determinado Município, ou a determinação, pelo simples fato de terem sido construídas sem alvará prévio, da demolição de casas populares.

Por fim, sob a ótica ora apontada, a vedação à eliminação de posições jurídicas reflete a impossibilidade causada pelo ente público à prática de ato jurídico voltado à consecução dos direitos encartados no dispositivo em análise, ou a retirada de toda a sua eficácia.

Neste sentido, mostrar-se-ia absurda eventual norma que simplesmente vedasse a determinado grupo, por exemplo, aos estrangeiros residentes no País, o direito à constituição de contrato de trabalho.

Em tais hipóteses, a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos é razoavelmente aceita pela doutrina e jurisprudência na medida em que a satisfação do direito depende da declaração de nulidade de um ato estatal determinado e conseqüente extinção de seus efeitos.

Sendo assim, por não se expor aos óbices levantados em face dos direitos à prestação, a face defensiva dos direitos fundamentais tem eficácia judicial aceita plenamente.

319. MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*, p. 386.

4.4.7.2 *Direitos a prestações positivas*

Em vista do caráter razoavelmente pacífico de aceitação da exigibilidade dos direitos de defesa, boa parte da doutrina entende restringirem-se a tais hipóteses os direitos subjetivos originados das normas programáticas de direitos sociais, ocorrendo no âmbito dos direitos a prestações positivas meras situações de interesse protegido juridicamente. Neste sentido, Paolo Di Ruffia:

Nota-se, por outro lado, que particularmente no âmbito dos direitos públicos de prestação gozados pelos cidadãos, não se tem, às vezes, verdadeiros e próprios direitos públicos subjetivos, mas tão somente interesses legítimos (inclusive simples interesses incapazes de serem tutelados jurisdicionalmente: como os atinentes ao bom funcionamento de alguns serviços públicos, como Correios e Comunicações, etc.). Nesta categoria podem ser incluídos os direitos sociais, que se traduzem em pretensões do cidadão diante do Estado na esfera econômico-social: âmbito no qual também os Estados democráticos contemporâneos costumam, com frequência, intervir para uma melhor realização do princípio da igualdade.³²⁰

Analisando tal entendimento, observa J.J. Gomes Canotilho que “tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um ‘grau zero de garantia’”.³²¹

Como se pode verificar, a eficácia positiva das normas de direitos sociais, como geradoras de direitos subjetivos desfrutáveis e exigíveis ao cidadão, é tese que permeia várias passagens do presente estudo. Na esteira das questões já suscitadas, portanto, esta conclusão torna-se inescapável.

De início, e conforme anteriormente exposto, os interesses jurídicos protegidos se caracterizam por haver uma tutela indireta de determinada posição jurídica favorável ao titular.³²²

320. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional, instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984. p. 132.

321. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 467-468.

322. Item 4.3.

Portanto, perfeita a observação de Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

Ora, a norma jurídica, impropriamente designada de programática, não tutela a situação jurídica “por via reflexa”, mas o faz diretamente. [...] Ademais, inexistente proteção diferenciada dos sujeitos, como nos interesses legítimos, em face da generalidade da norma jurídica, abrangendo, pois, todos os administrados. Logo, ousamos divergir, neste particular, do grande Crisafulli.³²³

Evidente não se tratar, portanto, as situações jurídicas positivas dedutíveis das normas programáticas de direitos sociais de meros interesses protegidos, havendo verdadeiro direito subjetivo público também nestes casos. Inclusive porque, do contrário, ininteligível seria a existência de qualquer dever em relação ao ente público.

De fato, se é reconhecido o caráter normativo da disposição que estatui os direitos sociais, há que se admitir a existência de uma obrigação jurídica em relação ao Estado.³²⁴

Assumida a existência deste dever do Estado, inescapável a admissão da existência de um direito correspondente por parte do cidadão.

Por outro lado, inadmissível o argumento segundo o qual a inexigibilidade dos direitos de que se trata afastaria seu caráter de direito subjetivo, posto que, conforme já dito,³²⁵ o conceito de direito subjetivo não inclui em si o de pretensão, em que se abriga a exigibilidade da posição favorável tida por um titular em relação a terceiro.

Assim, reafirma-se a posição neste estudo adotada da identificação, *a priori*, da eficácia das normas fundamentais definidoras de direitos, sejam eles individuais ou sociais na medida em que entre elas não se verificaria nenhuma diferença estrutural, mas apenas de cunho político, histórico e cultural.³²⁶

323. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, p. 173.

324. De fato, não nos parece razoável a idéia de fundamentarem-se os deveres estatais em relação aos direitos sociais no mero conteúdo objetivo das normas deles definidoras pela incongruência inafastável ao admitir a existência de deveres sem os direitos a ele correlatos. Acerca do tema a tese da ressubjetivização dos direitos fundamentais, item 2.4.

325. Item 4.3.

326. Item 3.5.8.2.

Afirmada, portanto a possibilidade de deduzirem-se das normas programáticas de direitos sociais verdadeiros direitos subjetivos, cabe-nos avaliar as formas pelas quais eles podem se apresentar, para o que valemo-nos, novamente, das lições de Robert Alexy.

Assim, da norma do enunciado do art. 6.º verifica-se a existência de direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado orientadas no sentido de proteger tais direitos da atuação de outros particulares, direitos à proteção; de organizar os procedimentos necessários à sua satisfação, direito à organização e procedimento; além de empreender as atitudes necessárias a, diretamente, satisfazê-los, direito à prestação em sentido estrito.

Na primeira hipótese classifica-se uma extensa gama de situações em que o ente público, por ações materiais e legislativas, orienta a conduta dos particulares em favor do direito à saúde, educação, trabalho, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

Neste âmbito, encontra-se desde a proibição da venda de bebidas alcoólicas a menores de idade até a criminalização do homicídio.

Por seu turno, clara a importância da organização dos diversos procedimentos na medida em que é por meio destes que se permite a constituição de situações jurídicas necessárias à satisfação de direitos fundamentais.

Sem dúvida, tanto a definição de competências de direito privado quanto a regulamentação dos procedimentos judiciais e administrativos e a organização da prestação efetiva de tais direitos são de fundamental importância.

Quanto à organização das competências privadas, conforme dito, enquadra-se no dever de proteção do Estado a obrigação sua de evitar que os particulares violem os direitos

fundamentais de terceiros. Entretanto, ao menos ordinariamente, não se pode exigir destes que ajam no sentido de promover a satisfação de tais direitos.³²⁷

Por meio do dever de organização, pode-se fazer com que o ente público organize a prestação de tais direitos por si mesmo, bem como que crie os elementos necessários à atuação individual na concretização dos direitos fundamentais de outros particulares.

Neste sentido, a título de exemplo, pode-se mencionar a necessidade de que o ente público regule a prestação por particulares dos serviços privados de determinados direitos sociais, como a saúde e a educação.

Por outro lado, indispensável que o ente público conforme seus procedimentos, tanto administrativos quanto judiciais, aos direitos fundamentais a que é obrigado constitucionalmente. É em observância de tal preceito que se prevê a necessidade de intimação do Ministério Público em processos que envolvam o interesse de menores, protegendo-se, portanto, a infância, de acordo com a norma transcrita.

De igual forma, indispensável a organização da prestação direta pelo Estado dos direitos fundamentais sociais, instituindo-se um sistema público de saúde eficiente, uma rede de escolas capaz de prestar educação a todos os cidadãos com qualidade suficiente a permitir o seu desenvolvimento pleno, entre outras tarefas.

Por fim, têm-se os direitos a prestações em sentido estrito, questão em que se assentam as maiores controvérsias.

Dada a caracterização de tais direitos, anteriormente abordada, questiona-se: em que medida o Estado está obrigado a efetivar, no plano fático, portanto, as normas de direitos sociais

327. A questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é de profunda complexidade e controvérsia, cuja abordagem foge aos objetivos do presente estudo, pelo que não será diretamente abordada, muito embora se reconheça sua importância no estudo dos direitos fundamentais.

inscritas no dispositivo transcrito, satisfazendo em grau ótimo, a todos, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados?

Em resposta a tal questão, reiteradamente têm se posicionado a doutrina e a jurisprudência pela impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na atuação administrativa voltada à satisfação de tais direitos, tendo em vista uma série de argumentos.

Defende-se neste sentido que, dada a indisponibilidade de recursos para a satisfação, em um só jato, de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, necessário que se realizem “escolhas trágicas” por meio das quais se priorize determinado direito em detrimento de outro, é a tese da reserva do possível.

Ainda na esteira de tal posicionamento, dado o caráter disjuntivo das escolhas a cargo do ente público, a ensejar a necessidade de escolher prioridades, graus e meios de satisfação dos direitos, tal função seria restrita ao Poder Executivo, de um lado, por ser tal função estatal legitimada democraticamente para tal tarefa, além do que pensamento diverso resultaria na indevida usurpação de função alheia ao Poder Judiciário, prejudicando a Separação dos Poderes constituídos.

Muito embora a atual constituição tenha positivado imensa gama de direitos atribuídos aos indivíduos perante o Estado, já alcançados 20 anos de existência, porém não se pode dizer que a sociedade brasileira evoluiu satisfatoriamente nos objetivos indicados pela Carta Magna.

Ao que parece, no entanto, e conforme será demonstrado, a razão de tal fato não reside na insuficiência de recursos orçamentários, mas na omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo no implemento de suas atribuições, e do Poder Judiciário na fiscalização desta atividade, ocasionando a existência de “Uma constituição rica em direitos (individuais,

coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos”.³²⁸

É necessário observar que a resposta do Poder Judiciário a tais questões exige que se amplie a sua perspectiva de ação para além das questões individuais, inclusive porque a satisfação de tais direitos se dá, primordialmente, na esfera coletiva, conforme menciona Fábio Konder Comparato:

[...] uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. [...] Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.³²⁹

Sendo assim, evidente a necessidade de, a fim de defender o direito individual de cada cidadão à satisfação dos direitos sociais encartados na Constituição Federal, correlato ao dever do Estado de prover tais vantagens, buscar o Poder Judiciário o controle da implementação inconstitucional de políticas públicas, bem como da omissão do ente público em efetivá-las.

328. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 15.

329. COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249.

5

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O atual estágio da doutrina constitucionalista coloca os estudiosos do direito em face de novos desafios e limites ainda não transpostos. De fato, tendo em conta tudo o quanto foi exposto até então, não há como negar a responsabilidade do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais definidos constitucionalmente.

O raciocínio inverso, sem dúvida, foi um dos fatores decisivos para a reduzida efetividade das normas de direitos sociais até os vinte primeiros anos da Carta Política brasileira.

O papel ativo do Poder Judiciário neste cenário é condição necessária para a definição dos contornos que os direitos fundamentais na sociedade brasileira terão nos próximos vinte anos.

Esta exigência, no entanto, vem acompanhada de problemas teóricos cujo enfrentamento é inescusável.

É a tripartição de poderes um impedimento à atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos sociais? Uma tal intervenção pode minorar as funções administrativas e legislativas na medida em que atacaria a discricionariedade do administrador e o espaço de livre conformação garantido ao legislador? A efetividade destes direitos é condicionada pelos limites do financeiramente possível em que medida?

Enfim, por mais que se entenda necessária a atuação judicial na implementação de tais direitos, inegável a pertinência das questões colocadas em doutrina.

A análise de tais objeções, no entanto, exige o estudo e o esclarecimento de um conceito fundamental à implementação dos direitos sociais, qual seja o de políticas públicas.

De fato, os direitos sociais, indicados no art. 6.º da Constituição Federal – trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados – podem vir a ser invocados em demandas individuais pelos cidadãos, como é o caso das ações para oferta de medicamentos.

Há que observar, no entanto, que a pedra de toque para a implementação de tais direitos não está nestas situações, mas sim nas políticas públicas que organizam a atuação estatal na consecução de tais finalidades em nível coletivo.

Conforme expresso na primeira parte deste estudo, foi-se o tempo em que o ente público era tido como mero expectador das relações particulares, cabendo-lhe tão-somente permitir que todos fossem livres para buscar sua “felicidade e segurança”.³³⁰

Hoje, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a quem incumbe ainda “garantir o bem de todos...”.³³¹

Assim, o ente público deixa de legitimar-se pela tarefa de defender o gênero humano da maldade ínsita aos seus iguais, conforme a visão clássica do século XVII, a exemplo de Thomas Hobbes, passando a ter, além desta, a de promover o bem comum de forma ativa.

330. Nestes termos a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”. Disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>.

331. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 3.º, IV.

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais, incluídos os prestacionais, são o elemento legitimador do Estado, ultrapassando-se o *government by law*, que dá lugar ao *government by policies*.³³²

O poder do ente estatal não se legitima, pois, pela sua força, mas na exata medida em que cumpre o seu papel de, por meio da organização política da coletividade, garantir melhorias para a vida de todos os que a compõem.

Neste contexto, as políticas públicas emergem como meio primordial de legitimação do ente público em face dos administrados em razão de serem o principal veículo de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Sendo assim, o estudo da participação do Poder Judiciário na efetivação de tais direitos não prescinde da análise do conceito de políticas públicas, a partir do que será possível enfrentar as principais objeções impostas ao seu controle.

5.1 As políticas públicas: conceito e principais características

Apesar de sua notável importância na atualidade, o estudo do conceito jurídico de políticas públicas é relativamente recente, encontrando maiores referências no âmbito da ciência política.

Evidente, no entanto, a necessidade de suprir tal deficiência, para o que alguns relevantes trabalhos na seara jurídica contribuem significativamente.

Em uma primeira abordagem acerca do tema, pode-se mencionar o estudo de Ronald Dworkin, já apresentado anteriormente,³³³ segundo o qual por política, *policies*, entende-se um

332. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22.

333. Item 1.2.1.

padrão normativo que expressa um objetivo perquirido pelo Estado, que pode fundamentar a decisão judicial.

Muito embora voltado à defesa da idéia de que tal padrão representaria espécie de norma jurídica diversa dos princípios e regras, sentido diverso do ora abordado, o conceito é útil ao identificar o termo com a busca de determinada finalidade.

Neste sentido, Nelson de Souza Sampaio, para quem, entre as suas várias acepções, o termo política expressa “o conjunto de receitas ou fórmulas técnicas para que se colimem certos objetivos na vida política”.³³⁴

Na linha destes raciocínios, considera Eros Roberto Grau serem as políticas públicas “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.³³⁵

Tendo em vista a amplitude do conceito adotado por este autor, necessário buscar outras circunstâncias que melhor identifiquem e particularizem o objeto de estudo em pauta.

Um primeiro elemento cuja importância pode ser verificada pelo quanto já dito é o caráter finalístico do conceito, refletindo um determinado objetivo colimado pelo ente público.

Os objetivos do Estado são apresentados constitucionalmente em vários dispositivos, destacando-se o art. 3.º da Carta política, que elenca o objetivo estatal de criar uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza e reduzir desigualdades, além de promover o bem de todos.

334. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à teoria do Estado: ideologia e ciência política*. 2. ed. Bahia: Forense, 1960. p.300.

335. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 22.

Evidente, no entanto, que não se esgotam em tais preceitos os objetivos traçados pela Carta Magna à organização política do Estado na medida em que vários de seus dispositivos impõem-lhe outras metas a orientar sua atividade.

Neste diapasão, e conforme a acepção anteriormente mencionada, é comum a referência ao termo política nas passagens em que a Carta Magna orienta a forma pela qual o Estado organizará a consecução dos objetivos nela determinados, a exemplo do que ocorre no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulos II e III, “Da Política Urbana” e “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”.

Válida a análise do quanto disposto no art. 182 da Constituição Federal acerca do tema:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A partir de tais elementos, pode-se avançar um pouco mais naquilo que se entende por política pública.

Assim, não é a mera busca de uma finalidade pelo Estado que determina este conceito, mas a organização legal dos meios necessários a tal objetivo, orientando a ação estratégica do ente público durante um certo lapso de tempo por meio de esforços conjuntos do Legislativo e Executivo na organização e execução destes programas.

Em sentido semelhante expressa Maria Paula Dallari Bucci:

[...] a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar, a máquina do governo, no

sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.³³⁶

O elemento estratégico é indispensável ao conceito de política pública. De fato, a atuação do ente público, notadamente em face dos princípios fundamentais da atividade administrativa como o da efetividade, deverá ser necessariamente a melhor possível para o atingimento do objetivo pretendido. Neste sentido, válida a lição de Duran, citado por Patrícia Helena Massa-Arzabe: “uma política é a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios onde a utilização razoável deve produzir conseqüências positivas”.³³⁷

Há que observar, no entanto, que a utilização do termo pela Constituição não se dá de forma sistemática, na medida em que em várias outras passagens a técnica legal utilizada é diversa, como é o caso do título seguinte ao anteriormente referido, o Título VIII, “Da Ordem Social”, que, em vez de enumerar políticas setoriais, identifica os direitos sociais nele tratados.³³⁸

Apesar de tal circunstância, conforme o conceito que se delineia, inescapável entender a organização da prestação pelo Estado dos direitos sociais como processo de elaboração de políticas públicas.

Em verdade, são as políticas públicas de direitos sociais o tema de maior interesse ao presente estudo pela sua importância na efetivação direta das normas programáticas extraíveis do art. 6.º da Carta Política.

Não se pode negar, no entanto, que as demais políticas públicas empreendidas pelo Estado tenham reflexos importantes na consecução das metas sociais constitucionalmente de-

336. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: ——— (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

337. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

338. Ressaltando a circunstância, BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 16-17.

terminadas. É o caso da política urbana, ou econômica, cujos efeitos na condição de vida dos cidadãos são evidentes.

5.1.1 *A natureza jurídica das políticas públicas*

Tão difícil quanto precisar um conceito acerca das políticas públicas no Estado Constitucional é identificar a natureza deste instituto. Os desafios são semelhantes, a exemplo dos poucos estudos doutrinários acerca do tema e da ainda tímida intervenção judicial em tais práticas estatais.

Assim, cabe advertir inicialmente que não se pretende identificar as políticas públicas com um padrão normativo específico, apartado das normas-regra e princípios.

Acerca dos conceitos, Reinhold Zippelius:

Qual a relação entre planos e normas gerais? Encarados como tipos ideais, parecem fundamentalmente distintos. O plano, uma vez cumprido o seu programa, atingido seu objetivo, construída a estrada, lançado o desenvolvimento industrial, parece tender a se tornar supérfluo a si próprio. Normas gerais, pelo contrário, pretendem vigorar como meios permanentes de regulação da acção, não perdendo a sua importância no momento da sua concretização. [...] Contudo, não é possível diferenciar entre plano e norma geral dum modo tão rigoroso como esta contraposição o sugere. Quando se concebe o ideal de um estado social, p. ex., de uma distribuição equilibrada da riqueza ou de um trânsito rodoviário fluido e seguro, pode conceber-se o modelo deste estado como “objetivo do plano”, que, primeiro, deve ser atingido e, depois, conservado continuamente [...].³³⁹

Em que pese o espaço de incerteza mencionado pelo autor, parece de difícil distinção o conceito de política como padrão normativo dos princípios, na medida em que a política é coordenada para a concretização de um princípio, conforme reconhece Ronald Dworkin:

339. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 476.

A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social [...] ou interpretarmos uma política como expressando um princípio [...] ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos [...]. Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem quando ela desmorona dessa maneira.³⁴⁰

Parece ser este o caso do estudo das políticas públicas como programas de ação do Estado, posto que a sua análise sob o ponto de vista normativo não se apresenta tão sustentável. Neste sentido, indica Maria Paula Dallari Bucci:

Nesse debate, delinea-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.³⁴¹

Em sentido semelhante, Fábio Konder Comparato:

Ela [a política] não é uma norma ou um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da ordem jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia romana*.³⁴²

Na esteira destes posicionamentos, podemos concluir que a noção finalística de políticas públicas ora exposta apresenta maior identificação com a idéia de processo.

É digna de nota a tendência do direito civil pátrio, notadamente pela influência do atual código, de ver a obrigação jurídica como um processo, entendendo-a como uma seqüencial organizada de atos conexos destinados a um fim específico.³⁴³

340. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

341. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 14

342. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, p. 18, mar. 1997.

343. Neste sentido, SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976; e MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

Este ponto de vista supera a estática anterior que fundamentava a análise de cada ato da relação obrigacional em si mesmo, desconectado de sua finalidade última, o cumprimento da obrigação.

A partir de tal constatação, não só a interpretação dos atos que compõem a relação obrigacional se altera, como também se torna possível a identificação de obrigações anexas ao ajuste orientadas ao cumprimento de sua finalidade última, tais como os deveres de informação, lealdade e proteção, relacionados à boa-fé objetiva.

Mutatis mutandi, o entendimento das políticas públicas como processo é necessário à percepção de cada um de seus atos como elemento concatenado com o atingimento de determinadas finalidades públicas, conforme alerta Fábio Konder Comparato:

A política, como conjunto de atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio. De onde segue que o juízo de validade de uma política não se confunde com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que o regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.³⁴⁴⁻³⁴⁵

Desta forma, tal como o processo se identifica com um conjunto organizado de atos destinados a um fim específico, as políticas públicas são um conjunto de atos e normas organizados sob parâmetros previamente determinados com o objetivo final de implementar certa meta.

344. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 18-19.

345. A conclusão do autor, no entanto, diverge da ora exposta, concluindo tratar-se a política pública de uma “atividade”. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 19.

Por outro lado, e ainda à semelhança da relação obrigacional, a visão das políticas públicas como um processo permite a valorização da participação em suas várias fases de todos aqueles envolvidos no objetivo final por elas pretendido, privilegiando-se a participação popular direta na formulação, execução e avaliação de tais políticas, em muito fortalecida pela abertura do Poder Judiciário como meio de interlocução com o poder público.

Neste sentido, Alcindo Gonçalves:

Ao abordar o tema sob a ótica do processo, privilegia-se ainda a dimensão participativa na produção das políticas. Resgata-se a noção do contraditório na sociedade, evitando-se assim as definições simplistas de “boas” ou “más” políticas.³⁴⁶

No âmbito das políticas públicas de implementação dos direitos sociais, a participação dos cidadãos é ainda mais relevante na medida em que, em vários casos, trata-se de imposição constitucional.

É o caso do art. 198, III, ao indicar como diretriz do sistema único de saúde a participação da comunidade.

Com maior precisão o art. 204, II, ao tratar das ações governamentais na área da assistência social, dispendo como diretriz “a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

Não é diversa a situação das políticas públicas voltadas à satisfação do direito à educação, em relação às quais dispõe o art. 205 que serão incentivadas com colaboração da sociedade, além do art. 206, VI, a tratar da gestão democrática o ensino público.

346. GONÇALVES, Alcindo. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 94.

Conclui-se, portanto, que a expressão “política pública” não exclui a participação ativa dos agentes privados em todas as suas etapas. Entre estes podem-se citar ainda, além dos cidadãos interessados na implementação da política, outros particulares a quem incumba papel decisivo, como é o caso das instituições particulares de prestação de saúde.³⁴⁷

Por fim, o conceito de políticas públicas como processo notabiliza sua dimensão organizada, racional e estratégica, elementos indispensáveis a qualquer espécie digna de tal qualificação.

Fixadas tais balizas, é possível identificar as fases que se destacam, sem, no entanto, se caracterizarem como segmentos apartados do instituto, como a formulação, avaliação e execução.³⁴⁸

5.1.2 *Etapas relativas às políticas públicas*

Admitidas como processo racional e estratégico orientado para a satisfação de determinados objetivos do ente público, evidente que o primeiro passo a ser efetivado é a formulação da política pública.

Inicialmente, cumpre observar que, ao revés do que possa parecer à primeira vista, a formulação das políticas públicas, elemento inicial de sua existência, nem sempre se dá no plano legislativo, podendo orientar-se por medidas do Poder Executivo.

347. Ressaltando a necessidade de não identificar o termo “público” com “estatal”: SANTOS, Maria Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 81.

348. Apesar de ser possível destacar a existência destas fases de implementação das políticas públicas, válida a advertência de Patrícia Helena Massar-Arzabe, a indicar que “Desde logo é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo”. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, p. 70.

O alerta é feito por Patrícia Helena Massa-Arzabe, indicando que “políticas são estruturadas a partir de atos normativos, portarias ou resoluções e, posteriormente, decretos e mesmo leis são editadas como parte da estrutura da política”.³⁴⁹

Exemplo de tal situação seria o programa “Comunidade Solidária”, implementado por Fernando Henrique Cardoso inicialmente por Decreto n.º 1.366, de 12.01.1995, e somente após tratado em lei.³⁵⁰

Tomada tal advertência, cumpre concluir que a formulação das políticas públicas de satisfação dos direitos sociais é tarefa que incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo, que, auxiliados pelos seus corpos técnicos, devem identificar as exatas circunstâncias fáticas dadas e, a partir delas, selecionar os meios ótimos de intervenção estatal em cada setor.

Em um segundo momento se dá a implementação das políticas orientadoras da atividade estatal. Nesta hipótese, ganha relevância a atividade administrativa do Poder Executivo. Tem-se o delineamento de como se deve portar o ente público, e por vezes os particulares, em relação a determinada questão, cabendo ao administrador tomar as medidas necessárias ao cumprimento das metas preestabelecidas.

Por fim, a avaliação da política pública é tarefa que cabe ao ente público a fim de verificar o cumprimento dos resultados previstos pela política formulada, constatando-se, assim, a adequação dos meios utilizados aos fins pretendidos.

A referência a estas etapas de constituição das políticas públicas não tem outro objetivo senão a avaliação do papel do Poder Judiciário em cada um destes momentos, e os desafios impostos ao controle judicial de tais políticas.

349. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas, p. 68.

350. Idem, *ibidem*, mesma página.

5.2 A intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas

A partir das características atribuídas às políticas públicas conforme anteriormente apontado, é possível verificar a sua extrema importância para a realização dos direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Não obstante tal fato, não são poucas as objeções levantadas pela doutrina quanto à possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle de tais atividades estatais em suas diversas fases, algumas das quais já mencionadas no corpo do presente texto.

Tais dificuldades alcançam tanto a fase de formulação quanto de implementação das políticas públicas.

Evidente, no entanto, que a força de cada uma destas objeções variará em função da forma em que se dê a análise judicial de determinada política pública.

Neste sentido, a conduta do ente público, comissiva ou omissiva, quanto à formulação ou implementação de uma determinada política pública, pode atingir direitos fundamentais à prestação ou de defesa.

Necessário perceber, no entanto, que não há consenso quando o que se pretende é o suprimento de uma omissão estatal quanto à implementação ou formulação de determinada política.

Alega-se contrariamente à tal possibilidade que, conforme dito anteriormente, a formulação e a implementação de políticas públicas são tarefas postas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Seriam tais poderes aptos a realizar estas funções na medida em que aparelhados de corpo técnico especificamente voltado a tal tarefa, além de terem sido eleitos pelo voto popular com o objetivo de traçar os destinos da nação em áreas em que a discricionariedade da atuação estatal prepondera.³⁵¹

Assim, a legitimação democrática dos Poderes Executivo e Legislativo, com a qual não conta o Judiciário, fundamentariam a insindicabilidade, quanto àquele do “poder” discricionário, e quanto a este do “poder” de conformação na elaboração da legislação.

Por outro lado, a inexistência de recursos suficientes à satisfação de todos os direitos sociais em um só momento seria fundamento para que a realização de tais metas se desse na medida do possível.

Portanto, não haveria um real compromisso do Poder Público para com a realização completa de tais direitos, mas apenas para a sua realização na medida das possibilidades monetárias.

5.2.1 A separação de funções como óbice ao controle judicial de políticas públicas

Percebe-se haver em parte da doutrina o receio de que o controle judicial de políticas públicas resulte na instituição de um superpoder. Neste sentido, Eduardo Appio, referindo-se à possibilidade de determinação da destinação de receitas pelo Poder Judiciário, indica que:

Este postulado implicaria grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verda-

351. Acerca da questão, manifesta-se Reinhold Zippelius: “Sob o ponto de vista do tipo ideal, a seleção de objetivos, a ponderação e delimitação de um objectivo em relação aos outros, bem como a sua formulação programática são tarefas das instâncias políticas. As burocracias dos partidos e dos ministérios devem contribuir com os seus conhecimentos técnicos coordenados. Devem disponibilizar as bases de informação materiais e objetivas, sobre as quais assentará a selecção dos objetivos políticos. Além disso, devem elaborar os instrumentos jurídicos e administrativos mais econômicos e eficazes para atingir os objetivos...”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, p. 478.

deira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1.º, parágrafo único). Esta postura conduz a uma superposição de esferas, critérios e lógicas decisórias, a uma erosão de valores precípuos de cada um dos Poderes da República e a uma sobrecarga no *policy making* do país.³⁵²

Expressando preocupação semelhante, Karl Lowenstein, citado por Américo Bedê Freire Júnior:

[...] a intervenção dos tribunais pode destruir as fronteiras entre a administração da justiça e a política. Os detentores do poder politicamente responsáveis – governo e parlamento –, estão expostos à tentação de levar aos tribunais conflitos políticos. Os juízes, por sua vez, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis detentores do poder por seus juízos políticos, camuflados em forma de sentença judicial. Colocar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder – e este é o núcleo da (judicialização da política) – transformaria, em última instância, o sistema governamental em um domínio dos juízes em uma (judiciocracia).³⁵³

Apesar das respeitáveis posições, com as quais se alinham vários outros autores, não consideramos necessária ao controle judicial das políticas públicas, quanto à sua omissão ou realização indevida, a superposição de funções mencionadas nos excertos transcritos.

O exercício de tal atividade pelo Poder Judiciário é possível sem que resulte, necessariamente, em uma crise institucional quanto às funções constitucionalmente determinadas aos órgãos estatais.

Em verdade, o cumprimento desta tarefa se encontra englobado pelas atribuições definidas pela Carta Política a este Poder constituído, conforme impõe um dos princípios constitucionais fundamentais à atuação judicial, qual seja o da inafastabilidade da jurisdição, disposto

352. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 156.

353. Segue o original para conferência: “[...] la intervención de los tribunales puede conducir a borra las fronteras entre la administración de justicia y la política. Los detentores del poder políticamente responsables – gobierno y parlamento –, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a substituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder – y este es el núcleo de la (judicialización de la política) – transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una (judiciocracia)”. FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 52.

no art. 5.º da Carta Constitucional, pelo qual “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

A partir da simples leitura do dispositivo, verifica-se ser tarefa imposta ao Poder Judiciário pela Constituição da República a proteção aos direitos dos cidadãos.

Veja-se que o dispositivo constitucional em nenhum momento excluiu do âmbito de proteção deste Poder qualquer dos direitos enunciados na Carta Constitucional.

Sendo assim, o posicionamento pelo qual a atividade do Poder Judiciário no controle das políticas públicas seria possível apenas quando estas prejudicassem direito de defesa de determinado cidadão implica distinção que não foi feita pela norma constitucional.

De fato, conforme referido nos capítulos antecedentes, não há nenhuma diferença estrutural entre os direitos sociais em relação aos direitos individuais que determine, de forma apriorística, a interpretação restritiva deste dispositivo constitucional. Ambas as hipóteses tratam de normas definidoras de direitos subjetivos dos cidadãos a cuja realização se obriga o Estado constitucional.

Não se pode olvidar, no entanto, a necessidade de interpretarem-se as normas constitucionais em seu conjunto, a fim de delas extrair o significado que se coadune com o sistema constitucional como um todo.

Neste sentido, é evidente a necessidade de restrição da atividade judicial a fim de não se sobrepor aos demais poderes, conforme posicionamentos doutrinários citados.

O que se deve observar, no entanto, é que o respeito à atuação executiva ou legislativa, não pode significar uma exclusão *a priori* da análise pelo Poder Judiciário da violação a qualquer direito.

Neste sentido, Jürgen Habermas, citado por Cristian Courtis e Victor Abramovich:

[...] a discussão acerca do ativismo ou da auto-restrição do tribunal constitucional não pode efetuar-se no âmbito abstrato. Se a constituição for entendida como interpretação e configuração de um sistema de direitos mediante o qual se faz valer a conexão interna da autonomia pública e privada, uma jurisprudência constitucional ofensiva não só não resultará prejudicial nos casos em que se trata de fazer valer o procedimento democrático e a forma deliberativa de formação da opinião e vontade política, como também é normativamente exigida.³⁵⁴

Desta forma, em seu caráter *prima facie*, todas as normas definidoras de direitos, quer sejam individuais, sociais, econômicos, culturais ou difusos, permitem a atuação do Poder Judiciário em caso de violação, cabendo a tal Poder constituído, no entanto, avaliar, em cada caso concreto, a necessidade de resguardar a esfera de atuação de outro Poder.

Necessário, pois, avaliarem-se os exatos contornos admitidos pelo princípio da separação das funções estatais na atualidade a fim de verificarem-se os elementos que permitem ao julgador, em cada caso concreto, avaliar a possibilidade de sua ação.

5.2.1.1 *Antecedentes históricos da separação das funções estatais*³⁵⁵

No primeiro capítulo do presente estudo traçamos um resumido panorama histórico da evolução dos direitos fundamentais, contextualizada com a história da limitação e racionalização do Poder do Estado.

354. Segue o original para conferência: “[...] la discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del tribunal constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultará prejudicial en los casos en que se trata de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida”. Apud COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía*, p. 145.

355. Muito embora seja corrente a utilização da expressão “separação de poderes”, em verdade o Poder do Estado Democrático de Direito é um só, sendo distribuídos aos órgãos estatais aos quais incumbem determinadas funções. A observação é reiterada na doutrina, podendo-se citar CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 513.

Viu-se que, muito embora supostamente criado para livrar o ser humano da atividade autodestrutiva de sua espécie, o Estado teria se consubstanciado em um instrumento de opressão e subjugação dos cidadãos, vilipendiando seus, inicialmente considerados, direitos naturais.

A limitação do poder estatal, de indubitável relevância aos direitos fundamentais, assumiu papel notável na evolução da Teoria do Estado, sendo corporificada, entre outros meios, pelas teses que defenderam a distribuição das atribuições públicas como forma de evitar o arbítrio.

Na evolução das idéias de repartição de poder do Estado, ressaltam-se as teses aristotélicas inscritas em sua obra *A política*, em que orienta a elaboração de Constituições que tratem das partes necessárias à formação do Estado:

A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ser a autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos: por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário.³⁵⁶

A primeira função teria como atribuição deliberar sobre a declaração de guerra ou paz, a formação ou dissolução de alianças, sobre as sentenças de morte, exílio, confisco e prestação de contas dos magistrados.³⁵⁷

Por seu turno, aos magistrados seriam incumbidas as tarefas de cunho deliberativo em relação a matérias previamente determinadas e distribuídas entre estes de acordo com as necessidades e características específicas de cada cidade.³⁵⁸

Por fim, a atividade judiciária seria organizada por intermédio de tribunais especificados por matéria, entre os quais os de contas, de ofensas à Constituição, de danos contra a cidade, de penas, de contratos entre particulares e de pequenas causas.³⁵⁹

356. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 170.

357. Idem, ibidem, p. 171.

358. Idem, p. 173-176.

359. Idem, p. 177.

Apesar de poder ser verificada já sob estas lições a distribuição de funções do Estado, a sua justificação como método de limitação de poder foi melhor sistematizada por Políbio, segundo o qual seria necessário dividir os fatores de poder a fim de que eles se contrabalançassem reciprocamente

[...] de modo a que nenhum deles adquirisse preponderância, tornando-se o fator decisivo, mas que todos permanecessem em equilíbrio, tal como numa balança; que as forças antagônicas se compensassem mutuamente e que assim se conservasse duradouramente a situação constitucional.³⁶⁰

Com a retomada da cultura helênica operada pelo renascimento cultural, e influenciado pela necessidade de controle do arbítrio do Estado Absoluto, John Locke influenciou o pensamento político do século XVII defendendo a necessidade de divisão das funções estatais.

Neste contexto histórico, a limitação do Poder do Estado se apresentou viável mediante a valorização do Poder Legislativo como representação democrática da vontade popular, alçado, portanto, à condição de Poder supremo da estrutura estatal.³⁶¹

Assim, a função principal deste poder seria, por meio das Leis por ele elaboradas, “utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros”.³⁶²

Em outro plano, o Poder Executivo atuaria mediante a execução das leis em vigor, subordinando-se, pois, ao Poder Legislativo.³⁶³

Por fim, constituir-se-ia um terceiro Poder, denominado pelo autor de “federativo”, ao qual incumbiria a atuação externa à comunidade, gerindo sua segurança e interesses.³⁶⁴

360. Apud ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, p. 407.

361. “O poder legislativo não é pois, somente, o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a que a comunidade o confiou; nem pode um edito, seja de quem for, concebido de qualquer modo ou apoiado por qualquer poder, ter a força e a validade de lei se não tiver sanção do legislativo eleito pela comunidade.” LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 98.

362. Idem, *ibidem*, p. 106.

363. Idem, mesma página.

364. Apesar de defender a existência deste terceiro poder, John Locke reconhece a dificuldade de excluí-lo das mãos do Poder Executivo. Por tal razão, por efeitos práticos, boa parte da doutrina considera tratar-se de uma divisão bipartida. Idem, p. 107.

A tese de John Locke, portanto, busca, por meio da distribuição de funções estatais, garantir a limitação do poder do monarca, que se torna subordinado ao Poder Legislativo.

Mais próxima do atual contorno da separação de funções estatais é a distribuição orquestrada por Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu.

Em sua obra, *O espírito das leis*, o autor parte da necessidade de evitar a usurpação do Poder pelo arbítrio daqueles que o detenham, propondo sua distribuição entre órgãos diversos.

Conforme se percebe do próprio título, dedica-se o autor ao Estudo das leis. Embora se refira às leis como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”,³⁶⁵ o autor não se dedica ao estudo das leis naturais, ao menos não primordialmente, mas às leis positivas racionalmente estabelecidas e que “devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana”.³⁶⁶

Assim, pode-se dizer que em sua primeira parte o livro se destina ao estudo das relações da lei com os elementos como o clima, o solo, os costumes, o comércio, a natureza do governo, a força defensiva, ofensiva, a Constituição, entre outras.

Neste último aspecto, no entanto, a relação das leis positivas com a Constituição, o autor, a partir do estudo do modelo inglês, apresenta a sua mais afamada contribuição à teoria política, qual seja a tese acerca da distribuição das funções estatais.

Neste diapasão, Barão de Montesquieu sustenta a necessidade de garantir a liberdade política dos cidadãos, caracterizada pelo “direito de fazer tudo o que as leis permitem”,³⁶⁷ por meio da distribuição dos poderes estatais em diversos órgãos.

365. MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11.

366. Idem, *ibidem*, p. 16.

367. Idem, p. 166.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz teria a força de um opressor.³⁶⁸

Ocorre que a mera divisão das tarefas estatais entre órgãos distintos não seria apta a, por si só, garantir a liberdade dos indivíduos, sendo preciso, ainda sob as lições do autor, regular os casos de interação necessária entre os poderes componentes do Estado.

Neste sentido, cabe ressaltar que, segundo o autor, o Poder Judiciário seria um poder nulo, apenas “a boca que pronuncia as palavras da Lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.³⁶⁹

Assim, dedica-se primordialmente à intervenção pelo Executivo e Legislativo em funções que não lhe seriam próprias, como, no caso do primeiro, a possibilidade de prisão em situações de perigo institucional, sob autorização do Legislativo, ou a atribuição de convocação dos legisladores, cuja atividade seria temporária; quanto ao segundo, a fiscalização da execução das leis, o julgamento dos cidadãos nobres, dos casos em que houver a necessidade de diminuição do rigor da lei ou quando o Judiciário se omitisse indevidamente.³⁷⁰

Evidente que, em que pese sua importância, a tese não chegou aos nossos dias sem críticas, sendo objeto de análises e reformulações significativas, a exemplo do sistema de “checks and balances” adotado pela doutrina constitucional estadunidense à época da elaboração da Constituição de 1787.

368. MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*, p. 168.

369. Idem, *ibidem*, p. 175.

370. Idem, p. 167-178.

5.2.1.2 *A separação de funções sob a atual concepção do Estado de Direito*

A partir de tal cenário, é evidente a diversidade do atual estágio do Estado Democrático de Direito, bem como da Ciência Jurídica, em relação àquele em que Barão de Montesquieu elaborou a conformação clássica da separação de funções estatais.

Tal distinção assume relevância a partir da contextualização da tese clássica com o momento histórico em que foi elaborada. Como já mencionado na primeira parte deste estudo, o objetivo à época do iluminismo era garantir aos cidadãos uma esfera de atuação livre das ingerências do ente público.

Neste contexto, a conformação dos poderes imaginada por Barão de Montesquieu se caracteriza pela grande preocupação em evitar arbitrariedades pelas quais o detentor do poder violasse os direitos individuais dos cidadãos, assegurando sua liberdade.

Nestes termos, a tese tem por objetivo garantir a paralisação do Estado, indicando Barão de Montesquieu que “Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação”.³⁷¹

Tanto é assim que a função judiciária é tida como de menor importância, na medida em que, pelo simples cumprimento da lei, não poderia perpetrar atos que violassem direitos individuais dos cidadãos.

Não é este, no entanto, o atual cenário em que se encontra a doutrina jurídica.

Tendo em vista a emergência dos direitos sociais, as atuais concepções acerca da hermenêutica jurídica e a necessidade de estimular a participação do Estado na implementação de tais direitos, é evidente a importância de uma releitura no esquema clássico iluminista.

371. MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*, p. 176.

De fato, não será suficiente na atualidade um esquema de divisão de funções estatais que se volte para a imobilidade, que tenha por principal meta garantir que o Estado “não faça”, ao revés, necessário buscar os elementos teóricos que permitam a concatenação dos poderes constituídos na garantia da adoção das medidas essenciais à implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Em sentido semelhante manifesta-se Andreas Krell:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação de Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.³⁷²

Pode-se mencionar ainda a lição de Dirley da Cunha Júnior:

Relativamente à Constituição Brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais.³⁷³

Por todo o exposto, indispensável que o princípio da separação de poderes na sua atual conformação volte-se não apenas ao controle da ação estatal, mas também da omissão de quaisquer dos poderes constituídos no cumprimento de suas funções institucionais, além da verificação de sua ação ineficiente.

Desta forma, a distribuição das funções estatais entre os diversos poderes não se dá de forma absoluta, sendo vários os casos em que é possível o exercício de função atípica por determinado Poder.

372. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 88.

373. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle judicial das omissões do Poder Público*, p. 329.

Em certas situações, permite-se que um determinado poder exerça as funções próprias de outro, como é o caso da possibilidade de expedição de medidas provisórias, “com força de lei” pelo Executivo, as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, a iniciativa de lei distribuída ao Executivo e Judiciário.

Outros casos há em que a intervenção de um Poder nas atividades de outro visa controlar eventuais vícios verificados no cumprimento de suas funções. É o caso do controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário, do poder de veto do Executivo em relação às leis, resultado da atividade legislativa, ou ainda a atividade dos Tribunais de Contas, parte do Poder Legislativo, na fiscalização contábil do Poder Executivo.

Poucos são as circunstâncias, no entanto, em que o sistema constitucional brasileiro menciona expressamente a possibilidade de intervenção entre os Poderes a fim de coibir sua omissão inconstitucional, havendo, por outro lado, certa timidez nesta intervenção, nos casos em que é expressamente prevista, por exemplo, o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Este cenário, no entanto, felizmente, vem sendo alterado pela percepção da necessidade de orquestrar a divisão das funções estatais não só pela salvaguarda das liberdades, mas também pela garantia da ação estatal na promoção dos direitos fundamentais.³⁷⁴

Neste sentido, de insofismável importância o acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45. Neste processo, arguiu-se que o veto presidencial ao § 2.º do art. 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei n.º 10.707/2003 – levaria à diminuição inconstitucional da verba federal destinada à saúde, na forma da Emenda Constitucional n.º 29/2000.

374. Situação importante na indicação desta tendência é o julgamento do Mandado de Injunção n.º 670/ES, objeto de comentário no item 3.5.8.1.3 desta dissertação.

Conquanto não tenha sido julgada em seu mérito em razão de posterior reedição do dispositivo vetado por meio da Lei n.º 10.777/2003, importantes as indicações expostas no citado aresto, notadamente no que tange ao controle judicial das políticas públicas governamentais e aos principais óbices que se impõem a esta tarefa.

Enfrentou-se a questão da separação das funções estatais como óbice à atuação do Poder Judiciário na implementação destas políticas, concluindo o Excelentíssimo Ministro pela inafastabilidade do dever de atuar na defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais como decorrência do espectro político da jurisdição constitucional, esclarecendo ainda que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.³⁷⁵

Assim, da mesma forma que se permite a atuação dos poderes no controle de seus atos, há que considerar possível também o controle de suas omissões, pelo mesmo fundamento, em ambos os casos o objetivo último da jurisdição é garantir os direitos fundamentais em jogo.

Uma última observação é necessária no sentido de que não se pretende excluir a importância do princípio da separação de funções do Estado na realidade constitucional brasileira.

375. BRASIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Supremo Tribunal Federal, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, *DJ* 04.05.2004, p. 00012, *RTJ* 200-01/191.

São evidentes os inconvenientes de qualquer espécie de tirania, seja ela capitaneada por quaisquer dos poderes constituídos.

No entanto, segundo a visão ora defendida, a proteção do cidadão contra o arbítrio de um hipotético superpoder não pode mitigar a necessidade de protegê-lo em face de um perigo real e iminente: a omissão pública na garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

De qualquer forma, este “superpoder”, que tanta aflição gera em parte da doutrina, parece de existência improvável desde que sejam respeitados os limites ínsitos ao caráter supletivo em que a atuação judicial no controle ora pretendido se daria.

5.2.2 A discricionariedade como limite ao controle judicial da atividade administrativa

Por óbvio, a atuação judicial na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos não significa, como reiteradamente referido, a substituição desarrazoada da figura do administrador ou legislador pelo juiz.

Sendo assim, necessário identificar quais os pressupostos que permitiriam a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas sem violação do princípio constitucional da separação das funções estatais, e da discricionariedade legalmente outorgada ao gestor público.

A teor do quanto já referido,³⁷⁶ parte da doutrina posiciona-se contrariamente ao exercício de qualquer controle das políticas públicas de direitos sociais quando o fundamento utilizado atinja o juízo de discricionariedade do administrador.

376. Veja-se a transcrição do posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho no item 5.2.

Segundo tais autores, o posicionamento contrário importaria uma indevida supressão do Poder Executivo, democraticamente eleito para realizar as escolhas administrativas, pelo Poder Judiciário, que não se legitima democraticamente.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

Se o autor postula a paralisação da atividade sob a alegação de ofensa concreta e indiscutível algum direito individual ou coletivo, o pedido será juridicamente possível, cabendo ao julgador verificar, à luz das provas produzidas, se está provada a *causa petendi*, no caso a ofensa a direitos, e concluir pela procedência ou improcedência do pedido. Caso o autor, contudo, postule a cassação, não por haver qualquer tipo de vício, mas por não ter sido a melhor escolha por parte do administrador, o pedido será juridicamente impossível, e o juiz não poderá apreciar o mérito da ação.³⁷⁷

A posição é bem conhecida em doutrina, remetendo à impossibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos discricionários, definidos por José Cretella Júnior como

[...] manifestação concreta e unilateral de vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária.³⁷⁸

Em sentido semelhante, Miguel Seabra Fagundes, tratando do mérito dos atos administrativos:

Esses fatores, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. Os elementos que constituem são dependentes de critério político e meios téc-

377. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Org. Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.

378. CRETELLA JR., José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 150.

nicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.³⁷⁹

Não há dúvidas acerca da importância da discricionariedade administrativa na gestão da atividade pública.

De fato, a discricionariedade representa técnica legislativa cujo objetivo é permitir a análise fática pelo administrador a fim de satisfazer o conteúdo normativo da melhor forma possível. Outorga-se-lhe, então, o poder-dever de, conforme análise subjetiva, identificar o pressuposto de fato da norma e/ou avaliar a oportunidade da sua consequência, podendo adiá-la ou eventualmente não concretizá-la, adotando a medida que lhe pareça mais idônea ao cumprimento de sua finalidade.³⁸⁰

Ao largo da discussão acerca da possibilidade de resultar a discricionariedade do uso de conceitos indeterminados pela norma,³⁸¹ interessa-nos a análise da que decorre do caráter principiológico das normas extraíveis do art. 6.º da Carta Magna.

Evidente, pois, que todo o regramento acerca dos direitos expostos no referido dispositivo constitucional não visa senão o delineamento dos elementos fundamentais da ação estatal em tais âmbitos, não definindo explicitamente os atos a serem adotados para a sua satisfação.

Por certo, não poderiam os constituintes, abstratamente, indicar no texto da Carta Magna cada uma das ações a serem tomadas pelos gestores públicos para a satisfação destes direitos.

379. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 150.

380. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 19.

381. Acerca do debate, conferir Idem, ibidem, e GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo horizonte: Del Rey, 1995.

Tal fato, no entanto, não se deve a um eventual caráter meramente simbólico de tais normas, mas sim à impossibilidade de a criatividade constituinte alcançar as situações fáticas sobre as quais se daria a atuação administrativa, não se podendo, portanto, imaginar as melhores soluções possíveis abstratamente.

Assim, a abertura estrutural das normas definidoras de direitos fundamentais não tem outro objetivo senão permitir ao administrador, que, diante do caso concreto, avalie o melhor momento para efetuar determinada intervenção, oportunidade, atuando no sentido de adotar a melhor conduta para a satisfação das situações concretas dispostas na sociedade, conveniência.

Assim, a discricionariedade administrativa não é hipótese de exceção do princípio da legalidade, ao revés, é espécie típica de adequação da atividade administrativa ao conteúdo normativo, na medida em que é dever do gestor cumprir a finalidade da norma adotando a solução adequada ao caso concreto. Nas palavras de Fiorini, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a discricionariedade é a faculdade que adquire a administração para assegurar de forma eficaz os meios realizadores do fim”.³⁸²

Não se pode dissociar, portanto, a discricionariedade atribuída pela norma dos princípios vetores da atividade administrativa, entre os quais o da legalidade, moralidade, razoabilidade e eficiência, dado que a liberdade de escolha do administrador se dá nos limites das mais eficazes opções ao atingimento da finalidade disposta na norma.

Assim, a discricionariedade no plano normativo não é apta, por si só, à identificação das opções dispostas ao gestor no caso concreto, ou mesmo à aferição da pluralidade destas, visto que o a situação fática pode admitir, inclusive, apenas uma atitude viável.

382. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68.

Por tal razão, a conformidade de uma opção administrativa com a norma não depende apenas da discricionariedade atribuída por esta, mas também da verificação do caso concreto a fim de atestar a conformidade de tais opções com os princípios administrativos.

Seria exatamente neste espaço em que se daria a atuação do Judiciário no controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários,³⁸³ notadamente para os objetivos do presente estudo, quanto aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade e efetividade.

5.2.2.1 A vinculação do Estado à opção racional

A norma discricionária, conforme anteriormente mencionado, não exige do administrador simplesmente a adoção de uma escolha em face do caso concreto, não basta qualquer ato, necessário que seja racionalmente adequado à questão que lhe é posta, o que expõe a importância de sua subordinação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade.³⁸⁴

Felizmente, superou-se o período em que o direito do cidadão perante o Estado resumia-se à existência de um procedimento prévio sujeito à “law of the land”, conforme expresso no art. 39 da Magna Carta de 1215.

A insuficiência da proteção formal aos cidadãos se fez perceber com o passar dos séculos pela possibilidade, não rara, de que a lei previamente estabelecida fosse impregnada por absurdos e injustiças.

Tal circunstância exigiu a superação progressiva do devido processo legal em seu sentido formal rumo à afirmação de que não basta qualquer lei, mas uma lei justa, razoável, ideário expresso pela concepção substancial de tal cláusula, o que se deu progressivamente notadamen-

383. Além, obviamente, da análise dos elementos vinculados do ato, como a competência, finalidade e forma do ato quando prescrita em lei

384. Discordando do caráter principiológico da razoabilidade, Robert Alexy denomina-a de “máxima da proporcionalidade”, composta por três regras parciais. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 117.

te por meio de decisões da Suprema Corte estadunidense no controle de constitucionalidade de leis.³⁸⁵

É notório que a cláusula, que inicialmente se estabeleceu como garantia processual do indivíduo em face do Estado, logo se expandiu para o controle da atividade pública, normativa ou administrativa, originando o direito do indivíduo a repelir atos ou normas expedidas pelo ente público considerados irrazoáveis.³⁸⁶

A identificação da justiça com a razão não apresenta maiores dificuldades, aparentando ser até mesmo intuitiva. Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto à definição daquilo que, para o objeto da ciência do direito, pode ser considerado racional.

Acerca do tema, manifesta-se Robert Alexy, alertando para o fato de que a racionalidade da decisão administrativa será tanto mais questionável quanto mais diversas forem as opções postas à sua disposição:

A discricionariedade para escolher meios praticamente não suscita problemas se os diferentes meios forem aproximadamente adequados para realizar ou fomentar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo em outras finalidades ou princípios. Mas isso é diferente nos casos em que os diversos meios fomentarem a finalidade em graus distintos, ou se for incerto em que grau eles o fazem, ou se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nas outras finalidades ou em outros princípios ou, ainda, se for incerto em que grau isso ocorre. Nesses casos, a decisão depende de sopesamentos e da possibilidade de identificar os respectivos graus de fomento e de prejuízo em relação a outras finalidades e princípios.³⁸⁷

385. Tratando da evolução histórica do princípio, BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 336, p. 125-136, out.-nov.-dez. 1996.

386. SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 349, p. 34, jan.-fev.-mar. 2000.

387. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 587.

De fato, havendo diversidade na aptidão dos meios dispostos ao gestor para o cumprimento do fim normativo, a racionalidade da decisão estará submetida à escolha, entre estes, daquele que melhor cumpra seu objetivo.

Neste sentido, válida a lição de Linares Quintana, citado por Luis Roberto Barroso:

A razoabilidade consiste na adequação dos meios utilizados pelo legislador à obtenção dos fins que impõem a medida, a fim de que tais meios não se mostrem infundados ou arbitrários, ou seja, desproporcionais às circunstâncias que os motivam e aos fins que se procura alcançar com eles. Trata-se, pois, de uma correspondência entre os meios propostos e os fins que através deles devem ser alcançados.³⁸⁸

Assim, mediante o princípio da razoabilidade busca-se analisar a concatenação entre os motivos do ato, o meio utilizado e a finalidade perseguida.

A partir de tais elementos, a doutrina constitucional, notadamente por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, instrumentalizou a avaliação da proporcionalidade de determinado ato três parâmetros: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação reflete premissa básica da racionalidade de certa conduta, na medida em que determina sua orientação. Ou seja, só pode ser considerada racional a medida que utiliza meios pelos quais é possível atingir a finalidade pretendida.

Por certo, absurda e desconexa a medida que, a pretexto de cumprir uma determinada finalidade, se mostra, por qualquer razão, notoriamente inapta para tanto.

388. Segue o original para conferência: “(La razoabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos. [...] Trata-se, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzar-se”. BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional, p. 130.

Exemplo de aplicação do raciocínio é o caso do Agravo de Instrumento n.º 2005.01.00.009951-8/DF, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Nesta ação discutiu-se a restrição imposta pela Anvisa, por meio da Resolução n.º 46/2002, à comercialização de álcool etílico hidratado líquido, com fundamento na necessidade de diminuição de acidentes domésticos.

Em acórdão da lavra do Juiz Federal convocado, Leão Aparecido Alves, decidiu-se pela anulação da proibição com fundamento de que a forma pela qual é vendido o produto, em estado líquido ou gel, não é relevante para a diminuição de acidentes domésticos, pelo que a medida seria inadequada à finalidade supostamente colimada.³⁸⁹

Observando, no entanto, que, a mera adequação do meio à finalidade não é suficiente para atestar a racionalidade da conduta, necessário ainda que esta seja a menos gravosa possível aos cidadãos e aos demais interesses da coletividade.

Tão absurda quanto a conduta que busque por meios impróprios uma determinada finalidade é aquela que utiliza meio excessivamente gravoso quando outro estiver à disposição.

Acerca da questão, paradigmático o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo STF, n.º 855/PR, em que se questionou a constitucionalidade da Lei n.º 10.248/1993 do Estado do Paraná,³⁹⁰ que obrigava a pesagem dos botijões de gás na frente dos consumidores

389. Acerca da questão, expressa o julgado que, “Na espécie, a proibição de produção de álcool líquido não apresenta razoabilidade, mormente considerando o longo período de tempo em que essa produção foi admitida. Ademais, a ocorrência dos acidentes com o álcool líquido deve-se mais à imperícia, imprudência e negligência no seu manuseio, do que propriamente nesta sua característica”. Brasil. Proibição, pela resolução N.º 46/2002 da Anvisa, da produção e comercialização de álcool em estado líquido. Ofensa aos princípios da legalidade e da razoabilidade. TRF 1.ª Região, Agravo de instrumento n.º 2005.01.00.009951-8/DF, Rel. Juiz Fed. Leão Aparecido Alves, T 6, j. 05.09.2005, *DJ* 03.10.2005.

390. Brasil. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo – GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. ADI 855, Relator: Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 06.03.2008, *DJe*-059 Divulg 26-03-2009 Public 27-03-2009 Ement 02354-01, p. 00108.

no momento da venda a fim de verificar o volume de gás residual naquele que fosse devolvido com o abatimento proporcional do preço.

Muito embora o tribunal não tenha manifestado acordo quanto à questão do princípio da proporcionalidade, cuja ofensa foi constatada pelos Ministros Maurício Correia, Sepúlveda Pertence e Gilmar Ferreira Mendes, o debate acerca da questão foi profícuo, prevalecendo o posicionamento pela inconstitucionalidade da Lei.

De fato, no caso concreto, a medida de início mostrou-se inadequada, uma vez que se certificou, por parecer o Inmetro, a impossibilidade de manter a regulação das balanças na hipótese de serem transportadas por caminhão.

Violado ainda o princípio sob o prisma da necessidade da medida, posto que outro método se mostraria apto a evitar o locupletamento dos distribuidores de gás com os resíduos posteriores ao consumo, a pesagem por amostragem dos botijões devolvidos com identificação do volume médio de retorno e abatimento proporcional no preço da mercadoria.

Outra situação que bem reflete a máxima é o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial n.º 443.310/RS, em que decidiu-se pela irrazoabilidade da obrigatoriedade de transporte gratuito de fiscais do trabalho em linhas especiais de transporte público.

Sob o argumento de que seria possível cumprir a finalidade do transporte gratuito com o uso dos veículos coletivos comuns, concluiu o tribunal ser desnecessariamente lesivo às empresas do setor arcar com os custos do transporte de tais servidores em veículos especiais, que pelo maior conforto têm passagem de valor mais elevado.³⁹¹

391. Brasil. Administrativo. Ação ordinária. Impugnação de multa. Art. 630, § 5.º, da CLT. Transporte dos fiscais do trabalho. Passe livre. Linha seletiva. Discricionariedade do ato administrativo. Controle. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do ato. REsp 443310/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 21.10.2003, DJ 03.11.2003, p. 249.

Por fim, a racionalidade de determinado ato estaria subordinada a uma última avaliação. Ainda que determinada medida se amolde à finalidade pretendida, que não haja meio menos gravoso de garantir tal objetivo, os prejuízos causados pelo ato não podem ser superiores às vantagens por ele garantidas, sob pena de mostrar-se a opção irrazoável.

Apesar de envolver a violação de direitos fundamentais de forma direta, caso que denota a irrazoabilidade de que ora se trata é o da Resolução SSP – 444/2000 do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

A fim de coibir o uso de drogas por policiais do Estado, determinou o Secretário a realização de exames periódicos e por amostragem capazes de identificar os servidores que fizessem uso de substâncias ilícitas, inscrevendo em seus registros eventuais recusas ao teste.

Avaliando a constitucionalidade da medida na Apelação Cível n.º 235.137-5/2-00, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre outras ilegalidades, certificou que “a referida resolução não se mostra razoável e, pelo contrário, revela um atentado à própria cidadania, pois viola as garantias protetoras da dignidade humana”.³⁹²

Neste caso, verifica-se que a medida imposta pelo agente estadual se amolda à finalidade por ele pretendida, garantir a saúde dos oficiais e o bom exercício do serviço de segurança pública pela identificação e afastamento dos que forem usuários de drogas ilícitas.

A medida mostra-se ainda necessária a esta finalidade. Muito embora houvesse outras possibilidades de atuar em prol do objetivo desejado, por certo, nenhuma destas teria a eficácia do exame médico periódico aplicado a todos os policiais da ativa.

392. São Paulo. A resolução, ao instituir a exigência do exame antidroga com o fornecimento de material biológico, e contendo ameaça de registrar no prontuário a negativa do servidor em se submeter ao exame, invadiu reserva legal decorrente da natureza da relação jurídica entre a Administração e o servidor público, com violação do art. 5.º, II, III e X, da CF –, o que justifica a instauração do incidente de inconstitucionalidade. TJSP, Apelação Cível n.º 235.137-5/2-00, 3.ª Câ. de Dir. Público, Rel. Des. Laerte Sampaio, j. 23.08.2005.

Apesar disto, a opção mostra-se irrazoável na medida em que, a fim de satisfazer os objetivos referidos, agride violentamente os direitos fundamentais dos servidores estaduais, notadamente o de intimidade, do que decorre sua ilegalidade.

A partir do quanto exposto, mostra-se evidente a conexão entre o princípio da razoabilidade e o da eficiência, inclusive porque não se pode admitir como racional aquilo que não é eficiente.

Não há dúvidas de que a escolha entre as opções viáveis não se dá no plano meramente econômico, ou administrativo, envolvendo opções políticas e ideológicas.

Faz parte da democracia, por exemplo, que as posturas ideológicas dos candidatos aos cargos políticos reflitam-se na eleição não apenas de uma pessoa, mas de um projeto, de uma determinada visão de como deve se portar o Estado.

Por outro lado, há casos em que as opções adotadas pelo administrador não se justificam por questões ideológicas, representando simplesmente más escolhas, que, seja qual for sua motivação, representam grave prejuízo ao erário ou à sociedade que seria beneficiada no caso concreto.

Em tais situações, é evidente a inexistência de uma opção legítima do administrador, havendo, em verdade, a violação do seu dever de boa administração. O princípio, conforme enunciado por Guido Falzone,³⁹³ reflete, nas palavras de Manuel Maria Diez, o fato de que a atividade administrativa “deve desenvolver-se da forma mais adequada e oportuna para a obtenção do fim perseguido através da eleição dos meios que sejam mais idôneos”.³⁹⁴

393. FALZONE, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*, parte I. Milán, 1953.

394. Segue o original para conferência: “La actividad debe desarrollarse en la forma más adecuada y oportuna para La obtención del fin perseguido a través de la elección de los medios que resulten más idóneos”. DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Argentina, 1956. p.196.

No ordenamento jurídico pátrio a vinculação do gestor a tal meta é inescapável, tendo em vista a expressa referência constitucional ao princípio da eficiência administrativa, incluído no *caput* do art. 37 da Carta Maior pela Emenda Constitucional n.º 19 de 1998.

O princípio da eficiência, em verdade, decorre do objetivo próprio da discricionariedade, qual seja permitir ao gestor a possibilidade de escolher *a melhor* solução para o caso concreto em virtude da impossibilidade de optar abstratamente o legislador.

Neste sentido, vale trazer à colação as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se, pois, tem-se de depreender que a finalidade legal quer-se precisamente atendida tanto nos casos de vinculação quanto nos casos de discricção, se é impositivo concluir que a existência da discricção, como visto, funciona exatamente como prova demonstrativa de que a lei só admite a solução ótima, tem-se, então, que chegar a uma conclusão da qual não há fugir: A conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pela regra de Direito. Se não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e quando alguém atua em desconformidade com a finalidade legal, *o ato é inválido*.³⁹⁵

A partir de tais princípios, portanto, é evidente a possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos quando se mostrem em desacordo com tais desígnios, conforme expõe Manuel Maria Diez:

O princípio da equidade funciona ao lado da oportunidade como um dos princípios inspiradores para a obtenção do melhor conteúdo do ato, impondo que a autoridade administrativa eleja dentre as diversas soluções a mais equitativa, a que melhor respeite aos interesses da administração e dos administrados. Sua inobservância dá lugar a um vício de mérito. Somente será perfeito um ato quanto ao mérito quando seja, em seu conteúdo, oportuno e equitativo.³⁹⁶

395. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 35-36.

396. Segue o original para conferência: “El principio de La equidad funciona al lado del de la oportunidad como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la que mejor respete los intereses de la administración y de los administrados. Su inobservancia dará lugar a un vicio de mérito. Solamente será perfecto un acto en cuanto al mérito cuando sea, respecto a su contenido, oportuno y equitativo”. DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*, p. 198.

A razoabilidade mostra-se, portanto, como princípio orientador da avaliação da atuação discricionária administrativa pelo Poder Judiciário, tanto na avaliação da oportunidade da intervenção quanto da conveniência da opção adotada pelo gestor, conforme expressa Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Sob o padrão da oportunidade, a ação administrativa deverá ser considerada em termos do que seja razoável. Ainda que a administração goze de discricionariedade para escolher quando agir, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as mais elementares regras técnicas. A grave inoportunidade transparece, principalmente, pela avaliação de seus efeitos, como um vício capaz de levar à anulação do ato, surgindo como uma variedade de traição da intenção da lei; se ela confere ao administrador público alternativas de escolha do momento de agir, obviamente não será para que ele aja na ocasião notoriamente inadequada, levando, assim, a que seu ato atinja resultados atentatórios ou desviados da finalidade pública que devia norteá-los.

[...]

Sob o padrão da conveniência, a escolha do conteúdo da ação administrativa deverá se dar dentro do possível, de conformidade com o objeto que se deseja realizar, e com uma razoável certeza de que se trata da escolha mais eficiente.³⁹⁷

Ressalte-se ainda que, por meio de tal princípio, se permite o controle não só das ações administrativas, mas também das suas omissões, na medida em que é possível constatar em casos concretos a extrema inoportunidade da omissão administrativa na salvaguarda de determinado direito fundamental.

O mesmo se pode dizer, por óbvio, em relação às políticas públicas como um todo, na medida em que por vezes poderão se mostrar inaptas ao alcance da finalidade determinada pelas normas constitucionais, excessivamente gravosas, ou desproporcionais em relação aos prejuízos causados.

Assim, a atividade judicial em tais casos deve identificar estas hipóteses, verificando a adequação da escolha administrativa à finalidade da norma, os casos em que a ineficiência da

397. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 73.

opção administrativa se torne notoriamente evidente, bem como aqueles em que sua omissão é injustificável.

5.2.2.2 *A discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas*

Aproximando a discussão ao tema em estudo, inquestionável a discricionariedade administrativa na formulação e execução de políticas públicas sociais.

De fato, as normas definidoras de tais direitos são caracterizadas por determinarem finalidades atribuindo aos gestores a tarefa de especificação do momento em que caberá a intervenção necessária à concretização, além da escolha dos melhores meios pelos quais tal satisfação será garantida.

Ocorre que, conforme dito, a discricionariedade ínsita a tais fases não pode excluir a possibilidade de o Poder Judiciário, em casos extremos e mediante os princípios que regem a atividade administrativa, efetuar o controle de tais políticas em favor da garantia dos direitos que pretendem instrumentalizar.

Tome-se como exemplo o seguinte cenário, tirado inclusive da realidade: a crescente ampliação dos casos de contaminação de seres humanos pela gripe A “H1N1” no México com posterior avanço da doença nos Estados Unidos, o alcance do nível de pandemia mundial e a disseminação do vírus em países vizinhos, como a Argentina.

Dada tal hipótese, qual a atuação devida pelo ente público no bojo da política nacional de saúde e prevenção? Evidente serem várias as possibilidades de atuação em face de tal ameaça, condicionadas inclusive ao nível de disseminação e gravidade da doença.

Caberia, portanto, aos gestores públicos, por intermédio principalmente do Ministério e Secretarias de Saúde, identificar a situação fática detalhadamente, a fim de saber a gravidade

da moléstia, as formas de contágio e os métodos aptos à prevenção, especificando, a partir de tais dados, a forma pela qual se daria seu enfrentamento.

Neste sentido, dado um baixo índice de mortalidade e o contágio semelhante ao da gripe comum, em um primeiro momento, atitudes como a distribuição de panfletos em aeroportos, ou mesmo a verificação de temperatura dos passageiros, a recomendação de que os cidadãos brasileiros evitassem viagens aos países contaminados, a monitoração por determinado período de todos os que chegassem ao país originados de tais locais, se mostram, entre várias outras medidas, alternativas razoáveis à prevenção da moléstia.

Admitido o avanço da doença com a disseminação em países vizinhos, a adoção de tais medidas quanto aos passageiros que utilizassem vias terrestres seria, de igual forma, método razoável para o controle dos casos.

Imagine-se, no entanto, que, identificadas tais características da doença, a administração simplesmente se mantivesse inerte em face da ameaça, ou ainda adotam-se medidas claramente inaptas à sua prevenção, por exemplo, apenas disponibilizar um serviço de atendimento telefônico para esclarecimentos, ou a colocação de um número notoriamente insuficiente de pessoas nos aeroportos ou rodoviárias de Estados fronteiriços.³⁹⁸

Situação semelhante, e igualmente extraída da realidade, seria a das graves chuvas em determinada região metropolitana, deixando um elevado número de desabrigados. Dado o direito fundamental à moradia, qual a melhor atitude a ser adotada pelo ente público?

Várias são as opções aptas à satisfação de tal direito, desde a instalação das famílias desabrigadas em prédios públicos adaptados para conferir-lhes moradia digna por tempo deter-

398. Muito embora o exemplo tenha sido dado em caráter hipotético, recentes manifestações da Defensoria Pública da União no Estado do Rio de Janeiro denotam a intenção de interpor ação civil pública com a finalidade de questionar a atuação do Estado em face do novo vírus. Informação disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=504:defensoria-publica-vai-a-justica-por-indenizacoes-a-pacientes-da-nova-gripe-no-rio&catid=34:noticias&Itemid=87>

minado, até a construção de habitações populares passando pelo pagamento de mensalidades de aluguel de residências particulares.

Apesar da diversidade das medidas dispostas ao gestor, o que não se pode olvidar é que, conforme já dito no presente estudo, é inescapável a eficácia da norma que designa o direito fundamental à moradia, não apenas no sentido dito negativo, mas como geradora de obrigações positivas ao ente público.

Se é absurdo imaginar que, com base na norma, cada cidadão possa exigir do Estado uma moradia, muito mais supor que, em face de uma situação catastrófica como a ora narrada, a sua omissão fosse tutelada constitucionalmente.

Assim, ainda que a norma em tela não estabeleça a ação necessária do ente público em tal situação, não há dúvidas de que tem a eficácia de vedar sua omissão, impondo a busca da melhor solução possível.

Evidente, portanto, em tais casos, que a omissão administrativa não pode escudar-se na discricionariedade com que lhe é incumbida a gestão da saúde pública ou da sua política habitacional, sob pena de causar grave prejuízo a toda a sociedade.

Estas hipóteses afastam ainda o argumento de que a responsabilização do gestor público por crime de improbidade administrativa seria alternativa viável ao controle judicial das políticas públicas sem o suposto inconveniente de prejudicar a repartição de funções estatais. Muito embora tal medida realmente deva ser adotada, ela não tem o condão de salvaguardar o interesse público, atuando contra o administrador displicente, e não a favor da finalidade constitucional.

Evidente, no entanto, que as hipóteses em que se denota a necessidade de intervenção judicial na omissão administrativa não se resumem ao “plano das idéias”, encontrando vários exemplos que se apresentam na jurisprudência.

Interessante o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial em sede de Ação Civil Pública n.º 493.811-SP, em que o Ministério Público do Estado de São Paulo requeria a construção de casas de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos.

Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: nova visão.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.³⁹⁹

Posicionamento semelhante foi adotado pela corte ao analisar no Recurso Especial n.º575998/MG em que o Ministério Público deste Estado inquina de insuficiência o serviço de coleta de lixo prestado pela prefeitura do Município de Cambuquira, Minas Gerais, que efetuava o recolhimento apenas uma vez por semana.

Em face dos graves danos à saúde pública causados pelo acúmulo de resíduos em toda a cidade, o Tribunal superou o argumento de discricionariedade do gestor público para a determinação da forma de sua prestação atacando o mérito da atividade administrativa e enfrentando, ainda, a questão da separação das funções estatais em acórdão assim ementado.

Processual civil e administrativo. Coleta de lixo. Serviço essencial. Prestação descontinuada. Prejuízo à saúde pública. Direito fundamental. Norma de natureza programática. Auto-executoriedade. Proteção por via da ação civil

399. Brasil, REsp 493811/SP, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 11.11.2003, DJ 15.03.2004, p. 236.

pública. Possibilidade. Esfera de discricionariedade do administrador. Ingerência do Poder Judiciário.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou, ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. “A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.” Ademais, “A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo *princípio da continuidade*”. 11. Recurso especial provido.⁴⁰⁰

Em casos como estes, a intervenção do Poder Judiciário, regulamente acionado, é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O controle jurisdicional das políticas públicas em tais situações se caracterizaria, portanto, por um diálogo institucional no decorrer do processo em que incumbiria ao gestor não apenas indicar a discricionariedade que lhe cabe na satisfação da finalidade legal, mas também a adoção da melhor opção entre as possíveis no caso concreto.

5.2.3 *A teoria da reserva do possível*

Enquanto objeção à tese ora abordada, parte da doutrina levanta ainda outra questão que sem dúvida deve ser enfrentada: como podem ser considerados no esquema direito/dever os deveres sociais se os recursos públicos são insuficientes à sua satisfação?

Parte da jurisprudência constitucional alemã a constatação de que, sendo os recursos públicos insuficientes à satisfação de todos os direitos cujo adimplemento exige um fazer estatal, seria necessário deixar a cargo dos órgãos legitimados democraticamente a realização das escolhas alocativas dos recursos disponíveis.

Assim, os direitos de natureza prestacional “estão sujeitos à reserva do possível na medida do que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”.⁴⁰¹

400. REsp 575998/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 07.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 191.

401. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 52.

Com fundamento na isonomia que deve orientar a distribuição dos benefícios sociais, a tese conclui que, muito embora nenhuma ação individual seja capaz de, por si só, representar a falência dos cofres públicos, a extensão das vantagens porventura outorgadas por esta via a toda a coletividade seria inviável, o que impediria, em conseqüência, a sua satisfação. Nas palavras de Gustavo Amaral: “[...] a justiça no caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia”⁴⁰²⁻⁴⁰³.

Logo, o princípio da isonomia seria elemento impeditivo da atribuição da satisfação judicial dos direitos sociais, na medida em que esta não seria extensível a todos os cidadãos, conforme célebre decisão da Corte Constitucional alemã em ação que versava sobre o acesso ao ensino superior, mencionada por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal forma que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴⁰⁴

Em face de tais circunstâncias, conclui Ernest Wolfgang Böckenförde, citado por Gustavo Amaral, que:

[...] Devido à impossibilidade de resolver estes problemas pela via da aplicação judicial do direito, os direitos fundamentais se resumem a tarefas constitucionais (*Verfassungsaufträge*). Vinculam ao Legislador e ao Poder Executivo apenas objetivamente, como normas de princípio, mas não fundamentam

402. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca dos critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

403. Fundamenta o autor o argumento na teoria da justiça de John Rawls, o que não parece ser exato. De fato, este autor estabelece entre os princípios fundamentais de sua abordagem da justiça como equidade: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993. p. 68.

Ocorre, no entanto, que tal postulado não pode ser visto dissociado do conceito material de igualdade, a exigir a verificação das circunstâncias concretas em que se encontra cada indivíduo a fim de identificar a necessidade de possíveis diferenciações, absolutamente legítimas. Ressalte-se ainda que mesmo John Rawls não compreende o princípio como intransponível na medida em que as diferenciações eventualmente adotadas na distribuição das liberdades pode ser justificada por interesses maiores a serem alcançados. Neste sentido, Idem, ibidem, p. 197 e ss.

404. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* p. 306.

nenhuma pretensão reclamável diretamente em face dos tribunais, além da proteção de uma inatividade extremamente abusiva.⁴⁰⁵

A escassez de recursos, portanto, seria um fato que não poderia ser esquecido pelo julgador no momento de analisar um pleito contra o Estado, sendo a medida da possibilidade da efetivação de direitos.

Não poderia o intérprete, portanto, sob o fundamento de satisfazer uma necessidade individual, cumprir o infactível, aquilo que não passaria de orientação programática da ação estatal.

Contudente acerca da questão a posição expressa por Stephen Holmes e Cass Sustein, ao indicarem que a mera expressão “direito” não teria o condão de determinar a exigibilidade da vantagem, posto que a escassez dos recursos é questão primordial à definição da medida de sua satisfação.

Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas estes são floreios superficiais e retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cujo cumprimento pressuponha gastos seletivos ou verbas dos contribuintes pode, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo judiciário sem atentar para as conseqüências orçamentárias em cada uma das outras responsabilidades impostas ao Estado. [...] Direitos serão regularmente restringidos quando os recursos públicos diminuïrem, assim como serão suscetíveis de ampliação sempre que os recursos públicos se expandam.⁴⁰⁶

405. Segue o original para conferência: “La problemática interpretativa se agudiza aún más porque los derechos fundamentales, interpretados conforme el Estado social, no contienen en si mismo ningún criterio acerca de la extensión de la garantía de los presupuestos sociales de la libertad de derechos fundamentales. ¿Se garantiza solo un grado mínimo, uno medio o el máximo de tales presupuestos? U, ¿Cómo se relaciona con las propias prestaciones del titular del derecho fundamental? Aun menos cabe derivar de los derechos fundamentales mismos un sistema de su rango (social) superior o inferior, cuyo establecimiento seria inevitables para los Tribunales. Debido a la imposibilidad de resolver estos problemas por la vía de la aplicación judicial del Derecho, los derechos fundamentales se reducen así a cometidos constitucionales (*Verfassungsgaufträge*). Vinculan al Legislador y l Poder ejecutivo sólo objetivamente, como normas de principio, pero no fundamentan ninguna pretensión reclamadle directamente ante los tribunales fera de la defensa ante un inactividad abusiva en extremo”. Apud AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*, p. 63-65.

406. Segue o original para conferência: “Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure or taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. [...] Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand”.

Em conclusão, não sendo possível a satisfação pelo Estado de todas as suas obrigações, seria necessária a realização de escolhas disjuntivas, ou seja, optar por um gasto significará prejudicar outro, em relação às quais não seria possível a análise judicial.

5.2.3.1 *Posição pessoal acerca dos limites impostos pela reserva do possível*

De início cumpre acompanhar boa parte da melhor doutrina na necessária advertência em relação aos riscos envolvidos no traslado de teses alienígenas, de forma acrítica, para o direito pátrio.

De fato, conforme dito, a tese em questão encontrou seus mais definidos balizamentos na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e na doutrina deste país.

Observem-se, portanto, as evidentes diferenças sociais, econômicas e culturais que distanciam a Alemanha do Brasil, na medida em que, enquanto aquele país é caracterizado pelos excelentes índices de desenvolvimento econômico, humano e notável eficiência administrativa, este é marcado pela extrema desigualdade social, péssimas condições de vida a que sujeita boa parte de sua população, além da má gestão das verbas públicas e corrupção.

Tais contradições mostram-se patentes ao avaliarem-se os direitos discutidos em cada caso. De fato, conforme mencionado, enquanto o Tribunal Constitucional alemão discute a necessidade ou não de ser garantido pelo Estado o acesso ao curso universitário por todos os cidadãos do país, no Brasil o que se discute é o acesso ao ensino fundamental e a luta contra o analfabetismo da população.⁴⁰⁷

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999. p. 97.

407. Nestes termos, decidiu o Supremo Tribunal, admitindo a possibilidade de fixação de políticas públicas pelo Poder Judiciário “Ementa: Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2.º). Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito

Talvez tais divergências tenham inclusive sido causa de diversidade digna de nota entre os dois sistemas jurídicos, o que deve ser analisado no contexto da emergência dos direitos sociais no Brasil: a clara opção da Carta Constitucional deste país ao assegurar a todos os direitos sociais de forma expressa, por meio de vários dispositivos constitucionais, o que não se verifica na Carta alemã.

Tais questões não podem ser desprezadas ao se analisar a forma de interlocução entre as funções estatais de determinado país na medida em que a jurisprudência constitucional de cada nação deve voltar-se às características específicas do ordenamento em que se insere e da realidade que a circunda.⁴⁰⁸

Exposta tal advertência, cabe passar à análise da teoria da reserva do possível em contexto com a realidade brasileira.

de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2.º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina” (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 00076, Ement 02219-08, p. 01529, RTJ 199-03/1219, RIP v. 7, n. 35, p. 291-300, 2006).

408. Neste sentido leciona Andreas Krell: “É questionável a transferência de teorias jurídicas que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado Primeiro Mundo com base em relações culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes”. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 51.

5.2.3.1.1 O mito da escassez dos recursos como legitimação da inércia estatal

Por mais engajada e progressista que seja a interpretação constitucional, não é possível atribuir-lhe o dever de, “qual toque de Midas”,⁴⁰⁹ criar os recursos necessários à satisfação de todos os direitos fundamentais.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais na sociedade brasileira não está, ao menos exclusivamente, na falta de recursos, mas sim na sua má gestão.

Infelizmente, muitos dos recursos públicos destinados à satisfação de metas sociais simplesmente não são utilizados pelos mais diversos motivos, entre os quais, sem dúvida, a mera incompetência administrativa.

Exemplos de tal situação podem ser verificados a partir das informações constantes do portal de transparência pública.⁴¹⁰

Conforme se vê, dos R\$ 152.157.503,00 previstos para os gastos da Secretaria Especial de Direitos Humanos no ano de 2008, apenas R\$ 81.904.931,96, ou seja, 53,83%, foram efetivamente utilizados. Em semelhante situação a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, que dos R\$ 58.076.437,00 inicialmente previstos para projetos relativos à prevenção da violência contra a mulher, utilizou apenas 58,05%.⁴¹¹

409. Manifestando-se pela inevitabilidade da escassez dos recursos, para concluir por uma divergência fundamental entre as espécies de direitos fundamentais, com o que não se concorda, pondera Ingo Wolfgang Sarlet que: “Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 370.

410. Disponível em: <<http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorProgGoverno.jsf?consulta2=1&CodigoOrgao=20000>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

411. Dados constantes do Anexo A.

Menores em termos relativos, porém muito superiores em valores absolutos, são os resíduos não utilizados em políticas públicas de habitação, urbanismo e saneamento. Conforme dados do Tribunal de Contas da União,⁴¹² gastos do governo federal nesta área foram de 79% do valor previsto, com um resíduo de mais de 222 milhões de reais.

No caso dos programas de atenção à saúde, o índice de utilização é melhor, 93,8%, porém a soma não utilizada é assustadora, mais de dois bilhões de reais!⁴¹³

Os casos mencionados, no entanto, representam apenas pequenas importâncias quando comparadas com o total do valor não gasto pela União em cada exercício financeiro.

Conforme o relatório completo das contas públicas da União Federal no exercício de 2008, o valor dos “restos a pagar” em cada exercício financeiro vem crescendo exponencialmente, partindo dos já absurdos R\$ 21,6 bilhões, no ano de 2004, para os estarrecedores R\$91,97 bilhões em 2008.⁴¹⁴

Outra situação denota a má gestão dos recursos públicos existentes pelos administradores brasileiros.

Os relatórios publicados pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal) são claros ao indicarem que no Brasil o gasto público social é menos eficaz que o de vários outros países da região.⁴¹⁵

412. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/hab_san_urb>. Acesso em: 20 jul. 2009.

413. Informações constantes do Anexo B.

414. Disponível em: Mhttp://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_08/Textos/CG_2008_Relatorio_Completo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

415. Cepal, Panorama Social de América Latina. 2006. Nações Unidas. Disponível em: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/0/27480/P27480.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>

Conforme os relatórios da Cepal,⁴¹⁶ o Brasil é um dos países que mais investe na satisfação dos direitos sociais *per capita* na América Latina, investindo no biênio de 2005/2006 U\$ 917,00 por pessoa, superando a maioria dos países latino-americanos, como o Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, Paraguai e Equador.⁴¹⁷ Tomada como parâmetro a porcentagem do produto interno bruto investida, o País supera todos os demais da região, com 23%.

Apesar disto, o anuário estatístico da América Latina e Caribe de 2008 demonstra que países com gastos inferiores aos brasileiros apresentam índices sociais melhores.

No que tange à educação, projeção constante do documento indica a porcentagem da população brasileira com mais de quinze anos analfabeta, que em 2000 era de 13,1% e chegará a 8,2% em 2015. O cenário é um dos piores de toda a América Latina, superando apenas El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Nicarágua e República Dominicana.

De igual forma, as projeções do índice de mortalidade infantil no país, 23,6 por cada mil crianças nascidas, são inferiores, entre os países da América do Sul, apenas aos da Bolívia, Paraguai e Suriname.

Em outras questões como taxa de mortalidade materna, partos atendidos por profissional qualificado, taxa de mortalidade infantil de menores de cinco anos e subnutrição, o Brasil tem índices inferiores em todos os tópicos aos do Chile, que gasta valor muito inferior, apenas U\$ 719 *per capita*.

Quanto à qualidade habitacional dos países analisados, conclui-se que Chile, Colômbia, México e Venezuela, muito embora invistam valor muito menor que o gasto pelo Brasil, têm melhor distribuição de água, energia elétrica e saneamento básico.

416. Anexo C.

417. O cálculo inclui gastos em educação, saúde e nutrição, seguridade social, trabalho e assistência social, habitação e saneamento básico.

Um resumo da situação que ora se vislumbra pode ser obtido pela análise do Índice de Desenvolvimento Humano,⁴¹⁸ a partir do qual é possível constatar que o Brasil ocupa o septuagésimo lugar entre os países pesquisados, atrás de países como Barbados, Baamas, Tonga, Trinidad e Tobago, Panamá, Bosnia e Herzegovina e Omã.⁴¹⁹

Em face de tais informações, conclui a Cepal que:

Os indicadores sociais brasileiros mostram que, inclusive com um nível inegavelmente alto de gasto social, que tenderia a aproximar o Brasil dos países mais desenvolvidos – 20,9% do PIB em 1995 –, se convive, no entanto, com situações de pobreza inaceitáveis para os níveis de investimento *per capita* já alcançados.⁴²⁰

Por tudo isto, conclui-se que, por mais que o Estado efetivamente não tenha recursos para, de uma só vez, satisfazer os direitos sociais dos cidadãos brasileiros, a sua efetivação na atualidade está muito abaixo do que seria possível. Assim, o argumento de que os gestores públicos brasileiros deixam de cumprir seu dever de efetivar tais direitos pela falta de recursos não passa de sofisma que esconde a sua falta de vontade política.

Evidente, portanto, o reducionismo da tese que identifica a omissão do Estado a uma suposta ausência de recursos, na medida em que, na atual situação do Estado brasileiro, tão relevante quanto a questão da escassez é a da má gestão dos recursos existentes.

418. O IDH, Índice de Desenvolvimento Humano, é medido pela ONU, sendo definido como “índice composto que mede a média de metas alcançadas num país em três dimensões básicas de desenvolvimento humano: uma vida longa e saudável, acesso à educação e condições de vida condignas. Estas dimensões básicas são medidas pela esperança de vida à nascença, a alfabetização entre os adultos e a escolarização bruta combinada nos níveis de ensino primário, secundário e superior, bem como o produto interno bruto per capita em Poder de Paridade de Compra (PPC) em dólares americanos (PPC US\$), respectivamente”. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008, p. 243. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh20072008/hdr_20072008_pt_complete.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

419. Por certo, a situação não é pior apenas em função do fato de que o índice tem em conta, além dos indicadores sociais, o fator de desenvolvimento econômico de cada país, critério em que o Brasil está entre os dez mais desenvolvidos do planeta.

420. “Los indicadores sociales brasileños muestran que incluso con un nivel innegablemente alto de gasto social, que tendería a aproximar a Brasil a los países más desarrollados –20,9% del PIB en 1995–, se convive todavía con situaciones de pobreza inaceptables para los niveles de ingreso per cápita ya alcanzados.” NERI, Marcelo Cortes et al. Brasil. Gasto Público en Servicios Sociales Básicos en América Latina y el Caribe. Santiago: Cepal, 1999, p. 7. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/4648/BRASIL.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2007.

É necessário, portanto, que se imponha ao Estado o cumprimento de tais direitos até os limites últimos de sua capacidade financeira, além de que se racionalizem os gastos públicos, tarefa para a qual é imprescindível o controle jurisdicional das decisões alocativas.

Por outro lado, ainda que se reconheça a impossibilidade de, com os recursos existentes, satisfazer o ente público, de uma só vez, todos os direitos fundamentais dos cidadãos em um grau ótimo sem grave prejuízo ao interesse público, não se pode concluir, no entanto, que a mera impossibilidade de cumprimento do devedor da obrigação a que está vinculado seja causa suficiente para que se considere inexistente a dívida.

O raciocínio contrário seria extremamente gravoso ao ordenamento jurídico na medida em que tal impossibilidade não é questão peculiar aos direitos fundamentais, mas a todas as situações em que o ente público se situa na condição devedor. Além disto, pode-se dizer ainda, sob certo aspecto, que tal circunstância se estende inclusive aos entes privados.⁴²¹

De fato, atualmente apresenta-se extremamente tormentosa a inadimplência do Estado não só em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos, mas também quanto às relações privadas de que é parte. Muito embora não haja cálculos precisos quanto ao valor total da dívida pública em precatórios, fala-se em ter ultrapassado a importância de 100 bilhões de reais.

Conforme se sabe, tais débitos representam em sua grande maioria a condenação da Fazenda Pública em função de sua responsabilidade civil ou contratual no âmbito de suas

421. Tome-se como exemplo a situação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 165 intentada pelas instituições bancárias com o objetivo de evitar as condenações decorrentes dos expurgos inflacionários, em que um dos argumentos fundamentais é a impossibilidade de pagamento dos valores devidos em sua totalidade sem a quebra de tais instituições com graves repercussões para a economia nacional notadamente em um cenário de crise global, arguindo-se em petição inicial que “O custo potencial das ações relativas aos planos econômicos monta a mais de R\$ 180 bilhões, dos quais R\$ 35 bilhões relativos à Caixa, valor que corresponde a cerca de três vezes o patrimônio líquido da instituição. A imposição de elevados prejuízos à Caixa em decorrência das ações judiciais obriga, portanto, o Tesouro Nacional a capitalizar a instituição, com custo fiscal extremamente elevado para a União”. Petição Inicial, ADPF n.º 165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=344597&tipo=TP&descricao=ADPF%2F165>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

relações privadas, executáveis, por determinação constitucional por meio do sistema de precatórios.

A primeira questão que se coloca é: as esferas públicas brasileiras estão preparadas para pagar este custo?

Aqui se pode fazer o mesmo raciocínio dos que defendem a tese da reserva do possível. Não seria impossível ao tesouro público o pagamento da quantia, já que a fazenda nacional, por exemplo, arrecadou em 2008 R\$ 675,3 bilhões.⁴²² Todavia, é evidente que tal ato inviabilizaria as atividades do Estado.

Não por outra razão, busca-se um método pelo qual seja possível ao ente público organizar-se no sentido de adimplir seus compromissos. Em função disto, o pagamento de tais valores se dá por meio dos referidos precatórios, dependendo, portanto, da inscrição no orçamento do exercício financeiro em que se dará o pagamento.

Surpreende, portanto, que, apesar da identidade das premissas – ou seja, a impossibilidade de disposição imediata dos recursos necessários ao adimplemento total das despesas a que se obriga o ente público – haja tamanha diversidade quanto às soluções dadas em cada caso, de um lado opta-se pela ineficácia total e do outro pelo planejamento da prestação.

Se as premissas são idênticas, por que as conclusões, quando se trata dos direitos “privados” e “públicos”, são diversas, com benefício inclusive para aqueles?

Não se quer aqui defender a limitação das obrigações estatais no âmbito de sua atuação privada, notadamente em um cenário de crescente desrespeito aos direitos individuais em tal

422. A teor do quanto informado pela recita federal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2008/Analismensaldez08.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

esfera pela longa espera a que se submetem os titulares de tais direitos,⁴²³ mas sim a valorização do planejamento estratégico na satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, se os recursos públicos estatais são insuficientes, eles o são para todas as obrigações dos entes públicos, o que não pode resultar na legitimação da inércia, mas no fortalecimento da obrigação de que o planejamento da satisfação das obrigações estatais se dê da melhor forma possível.

Se no âmbito da atuação privada do Estado fala-se do pagamento cronológico dos precatórios mediante inclusão no orçamento da entidade responsável, na esfera da satisfação das necessidades públicas é necessário que o Poder Judiciário atue no sentido de que os gestores públicos planejem de forma razoável e com grau máximo de eficiência a sua intervenção em favor de determinado direito.

Atenta a tais questões, conclui Ada Pellegrini Grinover que:

[...] o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e da falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao poder público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o § 5.º do art. 461 CPP [*sic*] servirá perfeitamente para atingir o objetivo almejado.

Desse modo, freqüentemente, a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão da obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.⁴²⁴

423. Apesar disto, parece ser seguido o caminho contrário. Ao revés de buscar a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais por meio do planejamento público, parte do Legislativo federal propôs a Emenda Constitucional n.º 12/2006 que limita os pagamentos anuais a título de precatórios a 3% “das despesas primárias líquidas do ano anterior para a União, os Estados e o Distrito Federal e um e meio por cento da despesa primária líquida do ano anterior para os Municípios”. Além disto, submete 70% deste valor a um absurdo leilão em que o credor que oferecer menor deságio receberia seu crédito inicialmente, sem questionar a cronologia dos precatórios. Evidente, portanto, buscar a expansão de um sistema de diminuição das obrigações estatais, que cada vez mais se transformam em mero *topos* argumentativo.

424. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, p. 20, maio-jun. 2009.

Ainda que se reconheça, portanto, a impossibilidade de o ente público satisfazer todos os direitos sociais de uma só vez, como se sabe tais direitos são de satisfação progressiva, ou seja, admitem satisfação que os leve a um grau cada vez mais elevado de generalidade.

A escassez dos recursos, portanto, não é argumento contrário à possibilidade de seu controle judicial; ao revés, tal controle mostra-se ainda mais exigível.

Ora, sendo os recursos escassos, ainda mais importante que sejam utilizados de forma ótima na satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Logo, é intuitivo que a importância do controle judicial ora defendido decorre exatamente da escassez, haja vista que, não fossem os recursos escassos, não haveria nenhuma necessidade de fiscalizar as opções alocativas dos gestores, nem estes estariam adstritos ao princípio da eficiência, visto que todos os direitos seriam satisfeitos de forma imediata.

Acerca de tal raciocínio, válido apresentar a posição de Ana Paula Barcellos:

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados, é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.⁴²⁵

Na esteira do quanto ora exposto, a jurisprudência brasileira já apresenta importantes julgados acerca da questão.

Válida, neste sentido, a referência ao julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo do Recurso de Apelação n.º 61.146-5/0, interposto pelo Estado e Prefeitura Municipal da capital

425. BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 91, abr.-jun. 2005.

contra sentença de primeiro grau que, em julgamento de ação civil pública movida pelo Ministério Público da entidade federativa, determinou que fosse providenciada pelos entes públicos a prestação de assistência social básica aos moradores de rua do Município em prazo não superior a seis meses.

Em face dos argumentos esgrimidos, notadamente quanto à discricionariedade administrativa na gestão das verbas públicas e separação das funções estatais, o Tribunal julgou improcedente o recurso, mantendo a sentença recorrida, conforme trechos do acórdão que seguem:

Sustenta a Municipalidade restar vulneradas as disposições dos artigos 195 e 204, ambos da Constituição da República. Sem razão também. É que a determinação para que se providencie uma estrutura adequada não afeta o orçamento na exata medida em que caberá ao Poder Executivo alocar os recursos suficientes para o atendimento à política de atendimento a população de rua a ser fixada. Desta forma, não está o Judiciário se imiscuindo na partição das verbas orçamentárias.

Tampouco se diga, como quer a Fazenda do Estado, estar o Poder Judiciário tornando-se co-gestor de recursos destinados ao atendimento social. A determinação para o fornecimento de estrutura adequada não caracteriza gestão de recursos públicos na exata medida em que tais recursos serão alocados de acordo com a política de atendimento implantada pelo Poder Executivo.

Vê-se, pois, não se estar violando a disposição constante do artigo 2.º da Constituição da República, mesmo porque cabe exclusivamente ao Poder Judiciário dizer o Direito. E na hipótese concreta outra coisa não se está fazendo senão o dizer o Direito, determinando-se seja cumprida a Constituição da República em sua inteireza. Se existindo norma constitucional determinando seja prestado o atendimento social não há que se falar em opção da Administração, pois a liberdade do administrador cessa ante o texto expresso de lei.⁴²⁶

A título de exemplo do controle de políticas públicas, mesmo sob os supostos limites da reserva do financeiramente possível, é o caso da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em que se pretendia a condenação da Funai e Funasa à implementação de modelo de assistência à saúde em comunidades indígenas.

426. TRF4, EAC 1999.04.01.014944-9, Segunda Seção, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon, *DJ* 11.05.2005.

O juízo de primeiro grau indeferiu a inicial sob o argumento de impossibilidade do pedido tendo em vista o princípio da Separação de Poderes, posto que, à sua vista, pretendia o autor que o Judiciário substituísse atividade tipicamente administrativa.

Em decisão final da apelação movida contra a sentença terminativa, o Tribunal de Regional Federal do Rio Grande do Sul decidiu pelo processamento do feito manifestando-se quanto à alegação de eficácia do direito fundamental à saúde nos limites das reservas financeiras no seguinte sentido:

Ementa: Administrativo. Constitucional. Direitos fundamentais. Direito à saúde. Arts. 6.º e 196 da CF/88. Eficácia imediata. Mínimo existencial. Reserva do possível. Inaplicabilidade.

1. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5.º da CF/88, o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5.º, § 2.º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico.

2. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.

4. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

5. A moderna doutrina, bem como autorizada jurisprudência, retirou força do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, deixando ao Judiciário a faculdade de examinar também a motivação, sob o aspecto da razoabilidade, tomando considerável espaço onde imperava a discricionariedade.

6. Dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, cassando a sentença que havia indeferido a inicial, determinando o retorno dos autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação.⁴²⁷

Em sentido semelhante manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento da já mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁴²⁸

427. REsp 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 314.

428. Brasil. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004, p. 00012, RTJ 200-01/191.

Portanto, a escassez dos recursos, ainda que real, não elide o dever do administrador de planejar a satisfação dos direitos fundamentais no máximo grau permitido pelos recursos existentes.

5.2.3.1.2 Acerca da capacidade técnica de intervenção do Poder Judiciário nas opções administrativas de alocação de recursos.

Contrariando a possibilidade de atuação judicial, no controle de tais escolhas, entende-se que não seria apto a verificar no caso concreto a eficiência da medida administrativa adotada em razão do melhor aparelhamento das instâncias de gestão para tal mister.

Conforme dito anteriormente, quando abordada a questão da formulação das políticas públicas,⁴²⁹ não há dúvidas de que o melhor espaço para a discussão e elaboração de tais projetos são as instâncias políticas.

Tal afirmação se justifica inicialmente porque, como não se pode olvidar, esta fase do procedimento de promoção das políticas públicas não se submete a motivações meramente econômicas, mas também ideológicas e de conveniência política.⁴³⁰

Em vista desta circunstância, a distribuição das funções públicas a órgãos específicos do Estado é oportuna para a especialização de cada um destes no sentido de melhor atender as necessidades de cada atividade.

Não há como negar, portanto, que o Poder constituído melhor estruturado para a tarefa jurisdicional é o Judiciário; para a elaboração das leis, o Legislativo; e para a gestão dos interesses públicos, o Executivo.

429. Item 5.1.2.

430. Neste sentido, manifesta-se Gilberto Bercovici, informando que “Os resultados das políticas econômicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua viabilidade política e das opções institucionais”. BERCOVICI, Gilberto. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144.

Apesar desta especificação, no entanto, pacificamente reconhecida e constitucionalmente determinada, há a possibilidade de que, em situações particulares, determinado órgão exerça funções que não lhe são típicas, circunstância prevista inclusive na obra de Barão de Montesquieu.

Assim, mesmo não sendo o mais apto ao exercício da função judicial, o Poder Legislativo se organiza da forma necessária para o exercício de tal tarefa em relação ao Presidente da República, aos Ministros do STF, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República por crimes de responsabilidade.

Igualmente, a função administrativa é exercida atipicamente por Poderes que não são voltados para tal atividade, na gestão do seus próprios funcionários, além de a atividade legislativa estar distribuída, em menor porção, por certo, também ao Poder Executivo e Judiciário, conquanto não seja sua função principal.

Em vista de tal cenário, não parece razoável que a falta de especialização possa ser tida como impedimento para o exercício atípico, em determinadas situações, de atividades caracterizadas como de responsabilidade de outro Poder Constituído.

Atingida tal conclusão, cabe frisar que a especificidade das circunstâncias em que a atuação judicial no controle das políticas públicas de realização dos direitos sociais parece viável é suficiente para afastar qualquer risco de que a atuação judicial seja mais prejudicial que a omissão ou que a ação supostamente ilegal dos gestores públicos.

De fato, o princípio da razoabilidade parece ser fundamento seguro para balizar o controle ora defendido, na medida em que a decisão judicial se embasaria em circunstância notoriamente absurda, em que não haja, mesmo aos mais leigos olhos, dúvida quanto ao equívoco do gestor público.

A evidência do equívoco, por óbvio, seria precedida ainda do regular processo legal, deixando-se espaço para a defesa do ato pelo administrador público no sentido de atestar a razoabilidade do ato, além da possibilidade de dispor-se da eventualmente necessária assistência pericial.

5.3 Notas acerca de um modelo viável de atuação judicial no controle das políticas públicas de direitos sociais

De tudo o quanto foi dito, percebem-se evidentes as premissas teóricas que permitem a apreciação da formulação e execução das políticas públicas pelo Poder Judiciário em favor da efetivação dos direitos sociais.

Conquanto cumprida a proposta inicial da pesquisa, há que analisar, ainda que em breves contornos, a metodologia hábil à efetivação do controle ora defendido.

De fato, necessária a superação das discussões acerca dos limites apontados à atividade do Poder Judiciário no controle das políticas públicas a fim de que se debrucem, doutrina e jurisprudência, sobre a metodologia necessária à instrumentalização desta tarefa, conforme menciona Maria Paula Dallari Bucci:

[...] Mais importante que é o estabelecimento de uma metodologia de análise jurídica. Essa metodologia se faz necessária não apenas para o aprofundamento teórico da noção e a construção do diálogo com a Ciência Política, a Ciência da Administração e a Economia, mas também para a construção das estruturas analíticas que serão demandadas como suporte para as abordagens práticas.⁴³¹

Assim, necessário verificar os meios pelos quais se daria a análise pelo Poder Judiciário, tendo em vista os princípios orientadores da atividade administrativa, tanto da adoção de

431. BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; SANTOS, Júlio César dos Esteves; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 226.

políticas públicas inidôneas ao cumprimento da finalidade legal quanto da omissão dos entes políticos na sua formulação.

5.3.1 A ação civil pública como meio processual de controle

Uma primeira questão que se coloca, sem dúvida, é a ação cabível para submeter-se ao Poder Judiciário a análise de determinada política pública ou omissão estatal.

Acerca do tema, Fábio Konder Comparato se manifesta pela necessidade de criação de uma nova ação que se amolde às características peculiares do controle judicial de políticas públicas.⁴³²

Não nos parece que tal tarefa seja necessária na medida em que, conforme oportuna conclusão de Ada Pellegrini Grinover, alertando para o fato de que “qualquer tipo de ação – coletiva individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas”.⁴³³

De fato, os direitos sociais, cuja realização é finalidade última das ações em tela, podem ser defendidos a título individual, coletivo ou mesmo difuso.

Esta circunstância não é específica de tais direitos, o que mereceu a atenção de Kazuo Watanabe, ressaltando o fato de que um mesmo direito pode ser defendido sob perspectivas diversas, ora individual, ora coletiva ou mesmo difusa.⁴³⁴

Sendo assim, não se pode dizer que a demanda trate de direito coletivo ou difuso tão-somente em razão do direito que nela se expressa, citando o autor como exemplo a propaganda

432. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 21.

433. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, p. 29.

434. Idem, ibidem, mesma página.

enganosa, que tanto pode ocasionar o ajuizamento de demanda difusa para a suspensão de sua divulgação como coletiva ou mesmo individual, caso se analisem as lesões específicas a consumidores determinados.⁴³⁵

Da mesma forma, se de um lado é possível o ajuizamento de ação que, com base no direito à saúde, requeira a construção de canais para retirada de esgoto a céu aberto, tratamento notadamente difuso, é possível que, com base no mesmo direito, se requeira que pacientes que necessitem de atendimento médico sejam internados em vagas particulares até a construção de vagas públicas, hipótese em que o direito de que se trata é coletivo pela determinabilidade dos seus sujeitos.

Há que observar, contudo, que tais direitos, ainda que possam ser defendidos em demandas individuais, são concretizados por meio de atividades estatais de cunho notadamente coletivo, pelo que seguramente será mais adequada à sua defesa a ação civil pública.

Voltada, entre outras circunstâncias especificamente tratadas, à defesa dos direitos de cunho coletivo e difuso, a ação civil pública se caracteriza como meio processual que permite a ampliação do diálogo entre a sociedade e o Poder Executivo, por meio do Poder Judiciário.

De fato, a legitimação para o ajuizamento da ação, atribuída, além de entidades públicas, às associações privadas constituídas há mais de um ano e que tenham por objetivo expresso a defesa de tais direitos, é instrumento que viabiliza o uso da ação como meio de participação da sociedade civil organizada na definição da atividade administrativa.

Neste sentido, a legitimação adequada do autor coletivo representa, além de estímulo à organização política dos cidadãos, meio de garantia do direito de acesso à justiça aos representados e legitimação da decisão judicial final.

435. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 802.

Acerca da questão, conclui Nagibe de Melo Jorge Neto:

Por tudo quanto já se expôs, parece claro que ao Poder Judiciário não caberá dar soluções prontas, mas deverá promover e construir as soluções juntamente com as partes, ou seja, juntamente com os poderes públicos e os representantes da sociedade e tornar obrigatória a efetivação da solução construída. O processo judicial funcionará, então como a arena onde se desenvolverá o discurso racional democrático, e, nesse espaço, estará inserido e não poderá desconsiderar uma esfera mais ampla, a esfera onde se desenrolam os discursos racionais de todas as demais decisões judiciais em todos os graus de jurisdição.⁴³⁶

A construção processual da melhor solução para o caso concreto em demandas de natureza eminentemente coletiva foi bem analisada por Márcio Flávio Mafra Leal, que, com fundamento na obra de Abraham Cheyes, indica um elemento diferencial do processo coletivo em face do individual: o fato de que apenas neste caso o pedido é decorrência lógica do direito violado.⁴³⁷

A teor do quanto expresso pelo autor, o exame do litígio na demanda individual é retrospectivo, voltado fundamentalmente à devolução do *status quo ante* da violação ao direito individual. Sendo assim, o pedido se orienta necessariamente neste sentido, sendo “um derivado mais ou menos lógico da violação de direitos substantivos”.⁴³⁸

Já no caso das ações coletivas o caráter do provimento judicial é prospectivo, ou seja, tem por objetivo regular a relação futura a ser travada entre autor e réu, admitindo, portanto, uma gama extraordinária de possíveis atuações.

Pode-se dizer ainda que, além do tipo de tutela que se presta nestes casos, também a natureza própria do direito o faz admitir uma série de medidas de satisfação.

436. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 167.

437. LEAL, Marcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 47.

438. Idem, ibidem, mesma página.

Neste sentido, parte da doutrina defende a inversão da regra geral de interpretação de pedidos no âmbito coletivo, que não mais seria restritiva, mas ampliativa.⁴³⁹

Realmente, a natureza do processo coletivo não deixa margem a outra opção. Conforme mencionam Márcio Flávio Mafra Leal⁴⁴⁰ e Rodolfo de Camargo Mancuso,⁴⁴¹ a posição do juiz neste caso exige que supere a inércia que caracteriza o processo individual, assumindo uma postura criativa na indicação da melhor solução à tutela do direito discutido em juízo.

No que tange ao controle de políticas públicas, a flexibilização do pedido inicial é decisiva para que o resultado do processo seja fruto da interlocução nele oportunizada.

Tratando-se da efetivação de direitos sociais, é clara a relevância social e política de garantir a melhor solução possível ao litígio, ainda que por vezes o autor coletivo não tenha condições objetivas de, no início da demanda, vislumbrar a melhor solução possível, inclusive por sua hipossuficiência técnica.

Não há dúvida de que, sendo a satisfação dos direitos sociais direitos fundamentais do cidadão, a eles está vinculado não só o Executivo, mas todas as esferas do Poder Público, no que se inclui o Judiciário, que deverá buscar identificar a melhor forma de satisfação do direito defendido na ação coletiva.

Por tais questões, aqui sucintamente abordadas, parece ser o meio mais adequado às peculiaridades da atividade de controle judicial da atuação administrativa na implementação de políticas públicas: a ação civil pública.

439. É a proposta do art. 10 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América elaborado por Antônio Gidi. “Art. 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. § 1.º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2.º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado”. *Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo iberoamericano*. Coord. Antônio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, 2008. p. 180.

440. LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*, p. 51-52.

441. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 218-223.

5.3.2 *Parâmetros da decisão judicial no controle das políticas públicas*

Apesar de sua relevância, não reside nos meios processuais de controle das políticas públicas a questão de maior controvérsia nesta seara, mas sim a definição dos parâmetros de controle e do conteúdo da decisão judicial em tal atividade.

Desafio maior é o lançado por Stephen Holmes e Cass Sustein:

[...] como pode um juiz mensurar a urgência comparada de cada um dos problemas que competem pela atenção governamental, sobre os quais não sabe praticamente nada? Como podem os juízes, na decisão de um único caso, avaliar os tetos anuais dos gastos governamentais? Ao contrário do parlamento, as cortes estão voltadas todo o tempo para um caso particular. Por não poderem enxergar uma visão completa das conflituosas necessidades sociais e a partir disto decidir quanto alocar em cada uma, os juízes estão institucionalmente impedidos de considerar as conseqüências potencialmente perigosas das decisões acerca da distribuição de recursos.⁴⁴²

Tendo em vista, no entanto, os elementos teóricos que permitem, ou mesmo impõem, a possibilidade de revisão judicial das políticas públicas administrativas, necessário, portanto, ampliar o debate doutrinário acerca dos meios pelos quais seria possível ao magistrado hierarquizar a prioridade dos gastos públicos a fim de identificar a presença, ou não, de um direito exigível a fundamentar a demanda.

Acerca do tema, manifesta-se Ana Paula Barcellos:

A construção de qualquer dogmática que pretenda viabilizar, do ponto de vista técnico-jurídico, o controle das políticas públicas depende, antes de qualquer outra coisa, da identificação dos parâmetros de controle aplicáveis. Com efeito, controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, e.g.,

442. Segue o original para conferência: “[...] how can a judge measure its urgency compared to that of other social problems competing for governmental attention, and about which he knows virtually nothing? How can judges, in deciding a single case, take account of annual ceilings on government spending? Unlike a legislature, a court is reverted at any one time to a particular case. Because they cannot survey a broad spectrum of conflicting social needs and then decide how much to allocate to each, judges are institutionally obstructed from considering the potentially serious distributive consequences of their decisions”. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights*, p. 95.

concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas.⁴⁴³

A questão é de extrema relevância na medida em que a determinação de prioridades a gastos públicos é questão que deve ser razoavelmente fundamentada sob pena de, aí sim, caracterizar-se violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, necessário verificar os elementos a partir dos quais seria possível ao magistrado ultrapassar o caráter *prima facie* do direito invocado, identificando seu caráter definitivo no caso concreto. Acerca do tema, defende Robert Alexy um modelo que:

[...] não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos fundamentais a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento), bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que digam respeito à liberdade jurídica de outrem), forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.⁴⁴⁴

Observa-se, portanto, que a decisão judicial pelo caráter definitivo ou não do direito invocado como fundamento da política pública pleiteada será determinada pela conjugação da emergência da medida em relação aos princípios contrapostos, entre os quais o da separação de poderes e o princípio democrático.

O sopesamento é, portanto, método indispensável à verificação da eventual procedência da ação a partir dos dados colhidos no caso concreto, sendo a discussão abstrata da questão acessória a este juízo.

443. BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 93.

444. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 512.

Algumas circunstâncias abstratamente consideráveis, no entanto, representam inescusável influência no peso dos princípios contrapostos à intervenção judicial.

De início, o caráter coletivo da ação tem impacto relevante no prejuízo supostamente causado ao princípio democrático e à separação de funções constitucionais.

De fato, a legitimação do Poder Judiciário na intervenção em determinado plano público será tanto maior quanto mais representativo e legítimo o autor coletivo que interpõe a ação. Nestes termos, por exemplo, entidades de cunho nacional, cuja legitimidade no tema em discussão seja assegurada, atuam na condição de representantes de parcela significativa da população a exigir determinado comportamento público.

Por outro lado, três situações devem ser de logo distinguidas, quais sejam: a ação cujo objeto seja o cumprimento de uma política pública assumida pelo Estado; a alteração de determinada política, tendo em vista sua insuficiência; ou ainda aquela cujo objetivo é repelir a omissão estatal.

De fato, no primeiro caso, tem-se que a efetivação do direito invocado não depende da elaboração de um plano pelo gestor, mas tão-somente de sua implementação. Neste caso, parece que somente uma alteração radical da situação fática pode justificar a omissão administrativa, que deverá, portanto, em regra, ser afastada.

Na segunda hipótese, a análise judicial encontra como principal barreira a alegada discricionariedade administrativa na definição da política pública adotada. Por tal razão, deverá incidir na verificação da adequação das opções administrativas aos princípios que regem sua função típica, notadamente, a razoabilidade e eficiência da política.

Neste sentido, a decisão judicial deve lastrar-se na análise técnica das medidas adotadas, que deverá ser repelida na hipótese de mostrar-se desarrazoada, ou ineficiente.

Situação diversa trata-se da supressão da omissão administrativa. Nesta hipótese, necessário verificar a existência do suporte fático que permita a aplicação da norma constitucional que define os direitos sociais.

Na análise de tal circunstância, além da discricionariedade na formulação da política a ser adotada, a jurisdição se depara com a alegada reserva da atividade administrativa de satisfação dos direitos sociais ao limite do financeiramente possível e, conseqüentemente, do caráter disjuntivo da alocação de recursos públicos, enfrentando-se aqui, mais agudamente, os limites indicados por Holmes e Sustain.

Conforme já visto, no entanto, tais argumentos não são hábeis a afastar o controle judicial da atividade administrativa, inclusive porque, por vezes, os recursos existem, sendo, contudo, subutilizados.

Assim, um primeiro parâmetro a ser utilizado na análise desta situação pelo magistrado deverá ser a existência ou não de recursos públicos destinados à satisfação do direito fundamental posto em juízo.

Os dados anteriormente apresentados acerca da execução orçamentária da União Federal são um exemplo claro de como a insuficiência de recursos pode ser uma falácia facilmente contornável. Nestes termos, o ônus da prova de tal circunstância é do ente público, a quem incumbirá, portanto, disponibilizar ao juízo os elementos de prova necessários a aferir a suposta inexistência de verbas.

É possível, no entanto, que os recursos públicos estejam sendo efetivamente vertidos em determinados setores, de forma que não haja meios financeiros disponíveis à satisfação do direito reclamado.

Neste caso, tendo em conta que as escolhas administrativas não podem ser calcadas na arbitrariedade, seria possível em casos extremos, determinar o magistrado a alteração da destinação determinada às verbas públicas. Hipóteses de flagrante má utilização de tais recursos são mencionadas por Dirley da Cunha Júnior, para quem:

Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviços da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.^{445, 446}

um parâmetro razoável de análise judicial deverá ser a inclusão ou não do direito invocado na esfera do chamado “mínimo existencial”.⁴⁴⁷

445. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 310.

446. Há inclusive posicionamentos jurisprudenciais quanto à possibilidade de alteração da destinação original de verbas públicas em casos graves. “Se o Estado-membro, confessadamente, não está honrando com a obrigação de pagar as diárias para os trajetos interestaduais, como lhe compete, na distribuição das incumbências entre os entes da Federação, em relação à saúde, e, particularmente, se ele se omitiu, deixando de expedir, como se lhe foi exigido, a regulamentação necessária à implementação adequada do programa TFD (apenas o fazendo quando a ação civil pública já havia sido ajuizada, transcorridos mais de sete anos desde a determinação de expedição de regulamento), deve ele ser impelido a cumprir suas atribuições [...]. 11. Diversamente do alegado, os valores envolvidos não têm o condão de colocar em risco o orçamento do Estado (a diária é orçada, na tabela de referência do SUS, em R\$30,00). Ainda que ele não tivesse o importe à disposição sob essa rubrica, a garantia da preservação da saúde dos cidadãos autoriza determinação judicial para que os recursos, inicialmente previstos para fins publicitários, sejam direcionados ao TFD, tudo em função do sopeso dos bens jurídicos a resguardar.” Processual civil, constitucional e administrativo. Ação civil pública. TFD – Tratamento Fora do Domicílio. SUS – Sistema Único de Saúde. Diárias. Portaria n.º 55/99, do Ministério da Saúde. Regulamentação. Omissão da entidade federada. Responsabilidade. Condenação. Não provimento dos recursos. TRF 5.ª Região, AC425249-RN, Des. Fed. Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, j. 08.11.2007, *DJU* 15.01.2008, p. 528-586.

12. A norma não exige a condição de “carência” do paciente para que ele possa gozar do benefício, apenas asseverando que “o TFD será concedido, exclusivamente, a pacientes atendidos na rede pública ou conveniada/contratada do SUS” (§ 2.º do art. 1.º da Portaria n. 55/99). 13. Ônus de sucumbência regularmente arbitrados. 14. Pelo não provimento da remessa oficial e da apelação. Acórdão: Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento. Recife, 8 de novembro de 2007 (data do julgamento).

447. A hipótese é defendida por Robert Alexy como circunstância em que seguramente a liberdade fática ultrapassa o peso dos princípios colidentes. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 517.

Da mesma forma que teorizou a limitação da efetividade dos direitos sociais à viabilidade econômica do Estado, a doutrina e jurisprudência constitucionais alemãs, por certo como meio inelutável de moderação desta tese, entendem majoritariamente ser possível a vinculação do ente público à satisfação de tais direitos na medida das necessidades essenciais dos seres humanos.⁴⁴⁸

Em meio à tragédia social provocada pela Segunda Guerra Mundial, a tese representou importante meio de responsabilização do Estado pela garantia dos direitos fundamentais do cidadão na exata medida que permitisse sua existência digna.

A dignidade da pessoa humana, portanto, constitui-se como elemento central a implicar a excepcionalidade da obrigação estatal em relação aos bens sem os quais seja impossível.⁴⁴⁹

A partir de tal análise, considerável parte da doutrina defende o chamado “mínimo existencial” como esfera de sindicabilidade necessária à omissão pública. Nestes termos, Ana Paula Barcellos:

[...] o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia positiva ou simétrica. Para além deste núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.⁴⁵⁰

Assim, ao Judiciário caberia tão-somente garantir a fruição pelos cidadãos dos direitos básicos para a sua sobrevivência, cabendo à deliberação política do Estado o avanço para além destas margens.

448. Ressaltando a convergência do raciocínio de Christian Stark, Rüdiger Breuer e Robert Alexy quanto à necessidade de garantia de um padrão mínimo de sobrevivência: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 367.

449. Exemplo de aplicação da tese citado por Andreas Krell é a determinação da Corte Constitucional alemã de aumento do valor referente à “ajuda social” paga pelo Estado alemão às famílias carentes. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 61.

450. BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

A tese tem inegável importância para a busca da eficácia dos direitos sociais no ordenamento pátrio. De fato, apenas o cumprimento pelo ente público das obrigações relativas ao mínimo necessário à vida digna dos cidadãos brasileiros seria uma revolução sem precedentes no País.

Apesar disto, necessária a atenção a duas circunstâncias que mostram a insuficiência da proposta, quais sejam a indeterminabilidade da esfera mínima e a possibilidade de violação da dignidade humana acabar por ser consentida pelo Poder Judiciário.

Conquanto seja possível estabelecer uma zona de certeza acerca daquilo que pode ser tido como fundamental à vida digna dos cidadãos, sem dúvida muito maior é a área de penumbra em que a identificação de tal esfera se torna incerta. Analisando o tema, alerta Robert Alexy para o fato de que é “praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a história e outros países demonstram, o mínimo existencial pode ser fixado em patamar extremamente baixo”.⁴⁵¹

Por outro lado, conforme dito no primeiro capítulo deste estudo, a razão última dos direitos fundamentais é garantir a dignidade humana. Toda a evolução de tais direitos reflete a necessidade de assegurar à pessoa as condições mínimas para que sua passagem pela terra seja digna e proveitosa.

Parece perigoso, portanto, que, após séculos de evolução da tese, contentem-se a doutrina e a jurisprudência com uma garantia limitada de tais direitos.

De fato, se a tese do mínimo existencial tem a vantagem de delimitar um espaço de legítima intervenção judicial, tem o inconveniente de permitir a existência de um círculo muito maior de circunstâncias em que a dignidade humana não seja respeitada, e, conseqüentemente,

451. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 427.

vilipendiam-se os direitos fundamentais dos cidadãos, sem que o Poder Judiciário possa sequer manifestar-se.

O caráter central que os direitos fundamentais adotam no ordenamento jurídico na atualidade não pode conviver com a exclusão de tamanho espaço de menosprezo da análise judicial, notadamente em razão da já mencionada indeterminabilidade de tais limites.

Assim, indispensável que se demarquem novas balizas para além do mínimo existencial em que o controle das políticas públicas de efetivação dos direitos sociais possa ser levado a cabo pelo Poder constituído legitimamente para tal fim.

Neste sentido, parece um início razoável a utilização como parâmetro de controle o cumprimento pelo ente público do compromisso pela progressividade de realização dos direitos fundamentais.

De fato, conforme anteriormente referido, a realização dos direitos sociais nos limites máximos que permitam o orçamento público não se trata de mera orientação do gestor público, sendo, em verdade, sua obrigação constitucional e legal, notadamente a teor do quanto determinado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, conforme o Decreto n.º 591/92 dispõe em seu art. 2.º:

Art. 2.º Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Logo, conquanto não tenha o administrador o dever de satisfazer a todos os direitos sociais de maneira imediata, há o dever de realizar uma boa administração,⁴⁵² o que, sem dúvida

452. Acerca do tema veja-se o item 5.2.4

engloba o de satisfazer de forma progressiva os direitos constitucionalmente determinados por meio do planejamento e competente execução das políticas públicas.

Idêntica a interpretação da Cepal, ao analisar o dispositivo:

Do ponto de vista da “justiça global”, os Estados que tenham ratificado o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão obrigados a proteger, respeitar e promover estes direitos. Mas, por outro lado, dadas as implicações financeiras que pode ter a realização plena dos direitos contidos no pacto, se introduz o conceito de progressividade, ou seja, se reconhece que se trata de um processo gradual e se obriga aos Estados a garantir estes direitos “até o máximo dos recursos de que disponha”, livrando então da vontade política e do jogo democrático a decisão sobre as prioridades e os montantes.

O conceito de obrigação progressiva compromete todos os Estados-partes, independentemente dos recursos do país, a tomar medidas desde o começo e da maneira mais rápida possível para fazer efetivos estes direitos. [...]. Desse ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, não se pode aceitar nenhuma interpretação que admite que o Estado prolongue indefinidamente a concretização da obrigação.⁴⁵³

Nestes termos, parâmetro razoável à decisão judicial no controle da omissão estatal na realização de políticas públicas em relação a determinado direito será não apenas o atendimento ao mínimo existencial dos envolvidos, mas também a verificação da atuação pretérita do gestor em relação ao direito perseguido, bem como a avaliação de seus planos futuros, atentando-se ao dever de progressividade de sua realização.

453. Segue o original para conferência: “Desde el punto de vista de la ‘justicia global’, los Estados que han ratificado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales están obligados a proteger, respetar y promover esos derechos. Pero, por otra parte, dadas las implicancias financieras que puede tener la realización plena de los derechos contenidos en el Pacto, se introduce el concepto de progresividad, es decir, se reconoce que se trata de un proceso gradual y se obliga a los Estados a garantizar esos derechos ‘hasta el máximo de los recursos de que se disponga’, librando entonces a la voluntad política y al juego democrático la decisión sobre las prioridades y los montos.

El concepto de obligación progresiva compromete a todos los Estados partes independientemente de los recursos del país, a tomar medidas desde un comienzo y de la manera más expedita posible para hacer efectivos esos derechos. [...] Desde el punto de vista del ordenamiento normativo internacional, no puede aceptarse ninguna interpretación que admita que el Estado prolongue indefinidamente la puesta en práctica de la obligación”. Cepal. La protección social de cara al futuro: acceso financiamiento y solidaridad. 2006. Coord. José Luis Machinea. Disponible em: <www.eclac.org/publicaciones/xml/9/24079/lcg2294e.pdf>. Acceso em: 16 jul. 2009.

A partir de todos estes elementos, portanto, sem embargo de outros que no sopesamento do caso concreto se apresentem, será possível ao magistrado avaliar o caráter definitivo ou meramente *prima facie* do direito julgando adequadamente o feito.

Este julgamento, todavia, definiria um primeiro momento do procedimento a ser complementado posteriormente. Tanto no caso da revisão de uma determinada política pública como na supressão da indevida omissão administrativa, após a demarcação do caráter definitivo do direito invocado, necessário delinear a política pública capaz de atendê-lo de maneira ótima.

Neste ponto, a divisão das funções estatais, que não poderia jamais ser simplesmente ignorada, exige que a definição das ações a serem tomadas constitua fruto de um diálogo entre o Poder Judiciário, o Executivo e a sociedade civil representada pelo autor coletivo devidamente legitimado.

A advertência é feita por Vitor Abramovich e Cristian Courtis, para quem:

[...] Em resumo, ao Poder Judiciário cabe estabelecer as orientações acerca da situação a fim de que se respeite os direitos e princípios em jogo. A administração deve articular a atividade destinada a superar a violação denunciada com o cumprimento de outros deveres que lhe incumbam.⁴⁵⁴

Desta forma, ao menos em um primeiro momento, razoável que seja dada ao ente público a possibilidade de formular e apresentar política capaz de adequar-se aos princípios reitores da atividade administrativa.

454. Segue o original para conferência: “En resumen, al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo”. COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía*, p. 151-152.

CONCLUSÃO

A abordagem histórica dos direitos fundamentais é meio indispensável ao alcance da sua atual conceituação, sendo necessário, no entanto, demarcar o elemento fundamental que caracteriza o instituto e orienta o estudo de sua evolução: a relação entre o Poder do Estado e os direitos do indivíduo.

Neste contexto, do ponto de vista filosófico, mostra-se fundamental ao estudo a análise do Jusnaturalismo medieval e da modernidade.

O direito natural apresenta-se como meio de limitação da vontade do soberano em favor das leis divinas, *Lex aeterna*, em relação às quais o Estado deve obediência. Apresentam-se como marcos de tal pensamento no período as obras de Santo Agostinho (354-430) e de São Tomás de Aquino (1225-1274).

Com o iluminismo, a fundamentação religiosa do direito natural cede espaço ao racionalismo. A partir de trabalhos como o de Pufendorf (1632-1694), busca-se a dedução racional dos elementos fundamentais do direito, em relação aos quais o reconhecimento estatal teria caráter meramente declaratório.

Ainda neste século, John Locke (1632-1704) busca a fundamentação racional da existência do Estado, atribuindo-a à outorga pelo indivíduo no Estado natural de uma parcela de sua liberdade com o objetivo de procurar garantir maior proteção e segurança para a fruição dos produtos de seu trabalho.

Tais idéias, aliadas ao contratualismo de Rousseau e à obra de Kant (1724-1804), em que se valoriza a liberdade como lei geral da organização social, colocam no cerne da discussão filosófica do período as idéias de liberdade e o individualismo.

O caráter meramente declaratório do direito posto pelo Estado, segundo a concepção jusnaturalista, que decorre de uma inescusável insegurança jurídica foi enfrentado pelo positivismo jurídico já no século XIX. De acordo com a tese, não haveria direito que não aquele posto pelo Estado, cujo cumprimento pelo cidadão se daria em caráter inescusável.

Em que pese a valorização da segurança jurídica, o ideário positivista peca, entre outras questões, pela ausência de qualquer limitação ao poder estatal. A relação entre o poder do Estado e os direitos do cidadão assume, neste momento, um controle meramente formal, expresso pela lei elaborada em conformidade com o ordenamento jurídico.

Aliado a este processo, o liberalismo, como modelo econômico, mostra no século XIX a incapacidade de aliviar as tensões sociais por ele mesmo geradas. A suposta “mão invisível” que coordenaria as atividades individuais em favor das necessidades coletivas mostrou-se, além de invisível, intangível, visto que os conflitos sociais foram intensificados no período.

O ambiente econômico e filosófico demonstrou a necessidade de reformulação do direito, bem como do papel do Estado em relação ao indivíduo.

No prisma jurídico, a necessária limitação da atividade estatal para além do critério meramente formal se dá pela inclusão no direito de um elemento decisivo à sua conformação século XX: o valor.

Desde os estudos de Ronald Dworkin acerca dos *hard cases* a doutrina jurídica, movida pela compreensão da impossibilidade de existência de um direito “puro”, aprofunda o estudo dos princípios como elementos de conformação do ordenamento jurídico. Tais “padrões” mostram-se fundamentais nos casos de lacuna das regras jurídicas, atuando como elementos de integração do direito, sem embargo de suas demais funções.

De igual forma, relevante e minuciosamente abordada neste estudo a concepção dos princípios exposta por Robert Alexy, segundo a qual tais normas se caracterizariam como “mandados de otimização” acerca do quanto nelas prescrito.

A conjunção de tais elementos históricos, filosóficos e sociológicos é fundamental para a compreensão da evolução da positivação dos direitos fundamentais, organizada pela doutrina constitucionalista nas “gerações” de direitos fundamentais.

A abordagem da tese, no entanto, não prescinde da advertência de tratar-se de enumeração de caráter principalmente didático acerca da evolução histórica dos direitos sociais na medida em que não seria possível entendê-los como uma marcha progressiva rumo ao momento histórico atual, visto que toda a análise histórica se caracteriza pela existência de avanços e recuos, submetidos ao jogo do enfrentamento dos fatores de poder de cada momento.

Mais útil para tal mister a utilização do termo “dimensões” em lugar da expressão “gerações”. Conforme defendido por Willis Santiago Guerra Filho, essa expressão valoriza o entendimento dos grupos destacados entre os direitos fundamentais a partir dos redimensionamentos dados ao papel do Estado na sociedade em cada momento histórico.

Assim, os primeiros direitos positivados surgem ainda no século XII, por meio de pactos como o de 1188 firmado por Alfonso IX, sendo notabilizados, no entanto, na *Magna Charta Libertatum* de 1215, firmada pelo Rei inglês João Sem-Terra. O reconhecimento por tal pacto dos direitos dos nobres ingleses representou momento importante na história da limitação da vontade estatal, muito embora seu caráter eminentemente político e restrito foi posteriormente seguido por outros atos que, cada vez mais, confirmaram a nova tendência antiabsolutista.

Outros marcos inescapáveis do processo de racionalização do poder estatal são as Declarações de Direitos do século XVIII, a do Bom Povo da Virgínia de 1776 e a Francesa de 1789.

Ambos os documentos concebem um plexo de direitos contra o Estado, ou seja, que exigem sua omissão, as chamadas “liberdades públicas”, protegendo uma esfera intangível de autonomia privada, entre os quais o direito à vida, sob a perspectiva de proibição da morte, liberdade, inclusive de expressão e crença, propriedade e igualdade perante a lei.

Elementos de diferenciação destes documentos digno de nota são o caráter universal da Carta Francesa, voltada ao “Homem e Cidadão”, e a supremacia normativa atribuída à Declaração Estadunidense, garantindo a justiciabilidade destes direitos. A soma de tais características é fundamental para a identificação dos direitos fundamentais em sua atual aparência.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais se caracteriza pela remodelação da relação entre Estado e indivíduo operada no século XX. Muito embora os direitos compreendidos nesta classificação remontem ao século XVIII, a sua positivação tem como marco a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar, em 1919.

O novo dimensionamento dos direitos fundamentais reflete o comprometimento do Estado social com a igualdade material, e não simplesmente com a igualdade formal do cidadão. Neste sentido, o Estado passa, por meio de tais direitos, a agir na sociedade no sentido de garantir a cada cidadão os meios aptos a uma existência digna. Institucionalizam-se direitos como a saúde, educação, o trabalho e a assistência social.

Estas dimensões dos direitos fundamentais são as principais aos objetivos deste estudo, fazendo-se referência à terceira dimensão, caracterizada pelos direitos de natureza difusa, e aos de quarta e quinta dimensões, de existência controversa.

Importa, quanto a tal classificação, perceber que não se trata de uma hierarquização dos direitos fundamentais, ou mesmo da evolução história do aparecimento de cada um deles.

Assim, não é correto considerar os direitos de segunda dimensão, sociais, econômicos e culturais, como direitos tardios, ou menos desenvolvidos teoricamente que os ditos de primeira dimensão. A segmentação de tais direitos não tem objetivo senão a identificação da diversidade do papel do ente estatal em relação a cada um destes.

Por outro lado, a proteção da liberdade individual, do lado dos direitos de primeira dimensão, em relação ao caráter comprometido da atuação estatal no caso dos direitos de segunda dimensão, não pode ser confundida com a mera omissão estatal, no primeiro caso, e ação, no segundo.

Conforme demonstrado pela análise dos direitos públicos subjetivos oriundos de tais normas, a questão é mais complexa na medida em que a garantia da liberdade individual do cidadão pode exigir a atuação do Estado, como a organização da força policial, de meios de fiscalização ou mesmo da jurisdição; ao passo que a promoção da igualdade material pode impor sua omissão, como é o caso do direito à greve e da liberdade sindical.

A partir de tais constatações, torna-se possível a conceituação dos direitos fundamentais, devendo-se notar a existência de um elemento formal do conceito, ligado à sua supremacia, e outro material, vinculado à sua universalidade.

Enquanto elemento formal, portanto, tem-se o fato de que tais direitos são caracterizados por estarem previstos no diploma legal fundamental de determinada ordem jurídica, de forma direta ou indireta. Com efeito, não fosse desta forma, impossível atribuir-lhe o caráter objetivo com a extensão devida.

Por outro lado, por certo, não basta a previsão constitucional para a identificação da existência de um direito fundamental. Necessário constar um elemento material inescapável: a sua vinculação com a dignidade humana.

A referência à dignidade humana como elemento unificador dos direitos fundamentais é inescusável na medida em que reflete a universalidade destes. Por mais indeterminado que seja o conceito de dignidade humana, nele se verificam os direitos decorrentes tão-somente da condição humana de determinado indivíduo.

Portanto, por mais que o conceito varie de acordo com a sociedade em que se contextualize, tem-se por dignidade humana a condição do homem como tal, e tão-somente por esta característica, que o diferencia dos demais seres do planeta, qualificando-o como fim, inclusive, da organização política da sociedade corporificada pelo Estado.

Por tal elemento, tanto o Estado quanto o próprio ordenamento jurídico se orientam no sentido de garantir a dignidade do homem, concepção que se espelha na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Se de um lado tais direitos refletem uma situação de vantagem do cidadão em relação ao ente público, perspectiva subjetiva, por outro, a perspectiva objetiva engloba a centralidade destes no ordenamento jurídico estatal, impondo conseqüências como sua eficácia irradiante, vinculação em relação ao Estado e aos demais indivíduos.

Necessário perceber, pois, o caráter cíclico de tais perspectivas, posto que se reforçam mutuamente. O dever de concretização gerado pelos direitos fundamentais ao ente público tem o condão de evidenciar o reflexo de tal circunstância, na esfera jurídica do sujeito, um direito subjetivo, sendo irrazoável considerar existente um dever sem o co-respectivo direito.

A obrigatoriedade dos direitos fundamentais em relação ao Estado é característica que torna evidente o caráter normativo das normas que prevêem tais direitos, inclusive aquelas de natureza dita programática.

Não se podem aceitar, pois, as teses que, a fim de reduzir a sua eficácia subjetiva, atribuem aos direitos fundamentais sociais a característica de normas meramente retóricas, desvinculadas de qualquer obrigatoriedade em face do ente público.

A eficácia subjetiva de tais padrões é inescusável, devendo-se, no entanto, orientar o seu estudo pela constatação de sua natureza eminentemente principiológica.

Admitindo-se tal circunstância, e sob as lições de Robert Alexy, é possível verificar nas normas programáticas definidoras de direitos sociais um caráter *prima facie*, refletindo o comando da norma abstratamente considerada, ao lado de seu conteúdo definitivo, resultado da sua aplicação ao caso concreto.

A variação do caráter definitivo destas normas não pode ser tida como elemento suficiente à negação dos direitos subjetivos delas decorrentes. Tal circunstância reflete apenas a necessidade de que a sua efetividade seja analisada em cada caso concreto, em cotejo com as demais circunstâncias nele apresentadas.

Neste cenário, notável a evolução do posicionamento atribuído às normas programáticas em relação às demais normas constitucionais no que tange à sua eficácia.

Parte-se de concepções clássicas, segundo as quais tais padrões simplesmente não seriam executáveis, para outras sensivelmente mais condizentes com suas reais características, como a tese de José Afonso da Silva, para quem seriam de eficácia limitada, por precisarem de conformação legislativa para a produção de seus efeitos principais, embora alguns possam logo ser verificados, como sua importância interpretativa, integradora e no controle de constitucionalidade das leis.

Ocorre que, mesmo esta tese, por limitar a eficácia subjetiva das normas de natureza programática, mantém a distinção quanto à efetividade das liberdades públicas em relação aos

direitos sociais, indicando que a abertura semântica e estrutural de suas normas definidoras seria característica verificável apenas neste caso.

O que se verifica, no entanto, é que a abertura semântica como espaço de incerteza próprio do caráter lingüístico do direito é característica da qual não se exige qualquer norma jurídica, cabendo ao magistrado, no caso concreto, interpretar a norma a fim de dela retirar seu alcance e sentido.

Por seu turno, a abertura estrutural, como indeterminação quanto aos meios de implementação, é característica atribuível às normas de direitos fundamentais independentemente de se tratar de direitos individuais ou sociais.

De fato, entre os exemplos citados, a simples previsão legal do direito político eleitoral não é suficiente para a sua efetividade, sendo imprescindível a adoção das medidas legais e administrativas necessárias para tanto, entre as quais a elaboração da legislação eleitoral e a organização das zonas de votação.

Desse modo, também os direitos sociais exigem que sejam adotadas as atitudes, materiais e legislativas, necessárias à sua fruição. A distinção entre tais direitos é, portanto, tão-somente na vontade política de implementá-los.

Por tal razão, conclui-se que as questões que distanciam a aplicabilidade das normas de direitos sociais, ditos de eficácia limitada, daquelas relativas aos direitos individuais, classificados como de eficácia plena ou contida, seriam, em verdade, de natureza histórica e ideológica.

Por outro lado, no que tange aos direitos fundamentais, cai por terra a tese da irrestringibilidade das normas ditas de eficácia plena, na medida em que tais direitos são caracterizados pela possibilidade de restrição em função dos conflitos verificados no caso concreto, adotando-se, portanto, a tese do suporte fático amplo de tais normas.

Em função de tais circunstâncias, conclui-se que o estudo da eficácia subjetiva das normas programáticas de direitos sociais é favorecido pela adoção de critério classificatório fundamentado neste elemento, como o adotado por Luis Roberto Barroso.

Tendo em conta, no entanto, a necessidade de salvaguardar o caráter programático das normas definidoras de direitos sociais, necessário concluir que as normas constitucionais, quanto aos reflexos subjetivos que possam causar, podem ser classificadas como aquelas que tratam da organização do Estado, gerando apenas obrigações aos agentes políticos; as definidoras de direitos, em que se incluem todas as normas definidoras de direitos fundamentais, inclusive as programáticas de direitos sociais, e, por fim, as demais normas programáticas.

A eficácia subjetiva das normas programáticas de direitos sociais é, portanto, inescusável em que pesem as divergências doutrinárias quanto à natureza das situações jurídicas constituídas.

Como é sabido, a dicotomia direito objetivo/direito subjetivo não consegue abarcar a complexidade das posições jurídicas subjetivas atribuídas àquele que tem sua esfera de direitos afetada pela norma jurídica. Por tal razão, devem-se destacar as diversas espécies que se incluem em tais posições, entre as quais os interesses, os direitos potestativos, os poderes-deveres, os direitos subjetivos e as pretensões.

Analisadas as características específicas de cada uma destas situações, é conclusão necessária a de que as normas programáticas de direitos sociais constituem os seus titulares em verdadeiros direitos públicos subjetivos.

De fato, não há que falar em meros interesses legítimos, tendo em vista que a proteção outorgada pela norma programática ao bem da vida pretendido pelo titular do direito é direta.

Por outro lado, a suposta inexigibilidade do direito daí decorrente não seria, ainda que eventualmente admitida, circunstância apta a afastar o conceito de direito subjetivo, na medida em que a pretensão é situação jurídica diversa e autônoma desta.

É possível falar, portanto, em direito subjetivo desconstituído de pretensão, inclusive porque é apenas a partir do momento em que se viola o direito que se pode falar na existência da pretensão de exigir judicialmente seu cumprimento.

Admitido, portanto, que a eficácia subjetiva das normas de direitos fundamentais, em todas as suas espécies, é semelhante, necessário verificar os direitos subjetivos públicos que delas decorrem, para o que se mostra útil a classificação de Robert Alexy.

Muito embora admita o autor um conceito lato de direito subjetivo, em que se incluem todas as situações jurídicas subjetivas, direitos a algo, competências e liberdades, é útil aos objetivos do estudo a análise da primeira categoria.

Os direitos a algo são caracterizados por representarem uma situação jurídica relacional entre o indivíduo e o Estado, em que este se obriga a determinada conduta, comissiva ou omissiva, em relação àquele.

O entendimento das normas de direitos fundamentais em sua eficácia subjetiva exige a compreensão dos chamados “direitos fundamentais completos” a refletir a possibilidade de uma determinada norma gerar diversas possibilidades de direitos subjetivos, como os direitos de defesa, em que se espera uma omissão estatal, ou mesmo os direitos prestacionais, em que este se obriga a uma ação.

Logo, as normas de direitos sociais podem gerar para o cidadão o direito a embargar uma intromissão estatal indevida, direito de defesa, ou mesmo a impor uma determinada ação.

A ação a que se obriga o ente público para o perfeito cumprimento da norma de direito fundamental pode ser de natureza protetiva, em que sua atuação visa proteger o indivíduo da ação danosa de outros membros da coletividade; de organização de procedimentos, em que cabe ao Estado promover os procedimentos necessários e conformes aos direitos tutelados; e de prestação em sentido estrito, em que se outorga ao indivíduo aquilo que, se estivessem em condições hábeis, poderia obter junto aos particulares.

Admitida a existência dos direitos sociais como direitos públicos subjetivos, cabe averiguar a importância do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário como um meio razoável de busca de sua máxima efetividade.

Neste sentido, importa observar serem as políticas públicas o principal meio de promoção destes direitos. O Estado Social da atualidade age não mais por meio exclusivamente das leis, mas também das políticas.

Enquanto elementos fundamentais à identificação do conceito de política pública, podem-se mencionar a busca de determinada finalidade pelo Estado e o caráter racional e estratégico de sua atuação neste sentido, a impor a articulação das medidas adotadas durante determinado lapso de tempo.

Pode-se concluir, portanto, que tais políticas assumem a natureza jurídica de processo, posto que, por meio das etapas de formulação, implementação e avaliação, nela se engloba uma série de atos e normas destinados a uma finalidade específica, da qual sua análise individual não pode ser apartada.

Sendo estas políticas o meio primordial de promoção dos direitos sociais, e observado o caráter fundamental destes, resta evidente a importância da atuação judicial no seu controle, tanto no que tange à omissão indevida quanto à sua formulação, como em face da sua implementação inconstitucional.

Inaceitável o temor de parcela da doutrina quanto à criação, a partir desta atuação, de um “superpoder”, resultando em uma ditadura judicial, inclusive porque muito mais grave que este suposto leviatã é a paralisia do Estado em um país marcado pelo caos social, como o Brasil.

De início, a atividade que se propõe é plenamente compatível com a função típica do Poder Judiciário, tendo em conta o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por outro lado, é plenamente possível compatibilizá-la com as funções próprias dos demais poderes estatais, desde que se entenda a separação de funções estatais em seus atuais contornos.

Mostra-se incompatível com a atual configuração do Estado Democrático a concepção da separação das funções estatais tal qual gestada pelo ideário liberal do século XVIII.

De fato, os principais defensores da tese neste período tinham como objetivo declarado a garantia da liberdade individual mediante a imposição de obstáculos à atuação do Estado.

Nestes termos, a tese busca garantir, conforme expresso por Barão de Montesquieu, a inatividade do Estado, de tal forma que, à distribuição de funções típicas seguem-se as atribuições atípicas, cujo objetivo é fazer de cada poder vigilante da atividade dos demais, a fim de que não prejudiquem a liberdade do indivíduo.

Evidente, portanto, que na atualidade as relações entre os poderes constituídos não podem mais limitar-se ao controle formal de suas ações. Em que pese não se poder mitigar a importância da separação de funções para o controle do arbítrio, necessário que a tese deixe de voltar-se para a paralisia do Estado, abarcando o seu atual caráter prestacional.

Neste sentido, o controle das políticas públicas, conforme se discute no presente estudo, mostra-se meio hábil de interação entre as funções do Estado, ultrapassando-se o ideário

liberal e orientando-se para a garantia de cumprimento por cada uma destas funções das incumbências que lhe são constitucionalmente impostas.

Não se pode confundir a atividade judicial ora discutida com a mera substituição do administrador pelo juiz; não é este o caso.

A discricionariedade administrativa na escolha, entre os meios aptos, daquele que se mostre mais eficaz ao cumprimento da finalidade normativa é atribuição que indubitavelmente não pode ser substituída pela opinião do julgador.

Apesar de tal fato, no entanto, deve-se observar que a finalidade da discricionariedade como técnica legislativa é permitir a adoção pelo administrador da melhor solução, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Assim, inegável a possibilidade de revisão judicial de tal atuação não só no que tange aos seus elementos vinculados, mas também ao chamado mérito administrativo, a fim de verificar sua conformidade com os princípios vetores da atividade administrativa, notadamente a razoabilidade/proporcionalidade e a eficiência.

Desta forma, pode-se dizer que o administrador estará eternamente vinculado à racionalidade. Não basta a adoção de qualquer opção; é indispensável para a validade da escolha que se fundamente na avaliação racional dos elementos dados pela realidade.

A importância da máxima da proporcionalidade é inegável, sendo necessário avaliar a racionalidade da atividade administrativa a partir da verificação de adequação entre os meios adotados e a finalidade pretendida.

Por outro lado, a diversidade de meios aptos à satisfação da finalidade faz com que a racionalidade da medida se vincule à menor gravosidade da opção escolhida a outros interesses da coletividade.

Por fim, a medida será razoável apenas quando, escolhido o meio adequado ao preenchimento da finalidade legal e inexistindo outra opção menos gravosa, os benefícios gerados sejam maiores que os prejuízos eventualmente dele decorrentes.

De igual forma, se mostra importante para a análise das opções administrativas no âmbito das políticas públicas o princípio da efetividade, segundo o qual tais opções devem buscar o maior benefício possível com o mínimo de custo.

Pode-se concluir, pois, que a avaliação do mérito da atividade administrativa no que concerne às políticas públicas de implementação de direitos sociais se dá por meio da análise da racionalidade da medida, que deve ser a melhor possível tendo em vista o dever de boa administração com que se compromete o administrador.

Neste contexto, não são poucos os exemplos jurisprudenciais admitindo a sindicabilidade do mérito dos atos administrativos discricionários. A exclusão *a priori* de tal possibilidade por certo redundaria na constituição de um espaço seguro para a arbitrariedade na atuação administrativa, o que não pode ser admitido.

Outra questão de abordagem necessária para a avaliação da hipótese apresentada é a teoria da reserva do possível. Segundo a tese, de origem alemã, os direitos prestacionais não poderiam ser expressos segundo o esquema direito/dever na medida em que sua garantia efetiva se dá necessariamente por meio e nos limites da capacidade financeira do Estado.

Logo, seria incumbência restrita às esferas políticas, Legislativo e Executivo a escolha da alocação dos recursos existentes para a satisfação das diversas necessidades sociais.

Em que pese a inegável importância da gestão financeira do Estado para a consecução das finalidades sociais expressas na Constituição Federal, o simples transporte da teoria da realidade constitucional alemã para a doutrina jurídica brasileira não se compatibiliza com as inúmeras diversidades entre os países, criando uma série de distorções.

As diferenças são gritantes, com destaque para a existência na realidade brasileira de variáveis importantes, tais como a ineficiência administrativa, a corrupção, os péssimos indicadores sociais e a constitucionalização expressa dos direitos sociais.

Segundo os dados expostos ao longo do estudo, é sofismática a afirmação de que o avanço dos direitos sociais no Brasil é impedido pela falta de recursos públicos.

O que se verifica é a incapacidade administrativa de utilizar os recursos existentes, gerando volumes cada vez maiores de “restos a pagar” nos orçamentos dos entes federativos.

Por outro lado, a ineficiência administrativa faz com que os recursos efetivamente despendidos não alcancem de forma eficaz a satisfação das finalidades a que se destinam, o que se denota pela avaliação comparativa dos indicadores sociais brasileiros com outros países latino-americanos, tomando por parâmetro o investimento social *per capita*.

Tais questões evidenciam tanto a possibilidade de imposição judicial da atuação administrativa, quando esta se afigure realmente necessária, quanto a necessidade de controle da eficiência administrativa, a fim de que, com os recursos existentes, seja alcançado um nível ótimo de realização dos direitos sociais.

A insuficiência dos recursos públicos para a satisfação imediata de todos os direitos fundamentais dos cidadãos é circunstância que não se resume aos direitos prestacionais. Como é sabido, toda a condenação sofrida pela Fazenda Pública é convertida em precatórios

exatamente com o objetivo de permitir o planejamento administrativo para a satisfação destes direitos.

Ora, tendo em vista a identidade das situações, não é razoável que as soluções adotadas sejam diversas; de um lado, o cumprimento planejado da obrigação, e do outro, a simples omissão estatal.

Por tal razão, mesmo que eventualmente a existência de recursos para a satisfação do direito invocado realmente não se verifique, não poderá o ente público simplesmente omitir-se, sendo obrigado ao planejamento da atuação que se mostre necessária.

Por seu turno, a suposta inaptidão técnica não elide a possibilidade de identificação pelo Poder Judiciário das situações fáticas em que a atividade administrativa seja necessária. Muito embora seja importante reconhecer o fato de que as instâncias políticas são mais bem aparelhadas a tal mister, a menor especialização de um dos Poderes Constituídos não pode ser causa para a exclusão do exercício das funções atípicas que lhe são constitucionalmente atribuídas.

Assim, dada a tarefa constitucional de atuação do Poder Judiciário no controle jurídico das políticas públicas, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição, necessário procurar os meios aptos ao exercício de tal tarefa pelo julgador.

Neste momento, cumpre assinalar que a superação das oposições lançadas à hipótese apresentada permite concluir pela sua correção. Efetivamente, o controle judicial da conduta estatal, comissiva e omissiva, em relação às políticas públicas, é tarefa constitucionalmente imposta ao Poder Judiciário, compatível com o ordenamento jurídico pátrio e necessária à implementação ótima dos direitos sociais.

No entanto, outros desafios se impõem para além de tal constatação, em que se destaca o questionamento acerca dos elementos metodológicos por meio dos quais pode dar-se a atividade em discussão.

Com a finalidade de contribuir com esta discussão, o estudo lança ponderações acerca dos meios processuais aptos à defesa dos direitos sociais mediante a revisão judicial de políticas públicas, além de contribuir para a identificação dos padrões pelos quais seria possível ao magistrado identificar o caráter definitivo da norma de direito fundamental, reconhecendo a existência em favor do indivíduo de direitos subjetivos públicos judicialmente exigíveis.

Quanto à primeira questão, muito embora seja possível a defesa dos direitos sociais pelos mais diversos meios processuais, a ação civil pública apresenta-se como instrumento hábil à busca da efetivação de tais direitos a partir de um diálogo entre a sociedade civil, representada pelo autor coletivo, e o Estado, por meio do Poder Judiciário.

Neste sentido, cumpre ressaltar a importância da adequação da legitimação do autor coletivo, bem como a possibilidade de alteração do pedido no decorrer do feito a fim de adequar-se às novas sínteses decorrentes do diálogo processual.

Por outro lado, a tarefa judicial que ora se discute tem como elemento decisivo o sopesamento das questões envolvidas no caso concreto, a partir do que será possível identificar em cada situação os direitos definitivos decorrentes da norma programática de direito fundamental.

Assim, as objeções opostas à tese defendida são importantes para a elaboração doutrinária dos métodos pelos quais, sopesados as variáveis envolvidas e os princípios formais postos em litígio, será possível conduzir o processo rumo à melhor solução no caso concreto.

Um primeiro elemento que contribui para a superação de tais objeções é, sem dúvida, o caráter coletivo da demanda. Certamente, quanto maior a legitimidade do autor coletivo e, conseqüentemente, sua representatividade, também o será a possibilidade de alcançar o provimento jurisdicional adequado, tendo em vista a preservação do princípio democrático.

A demanda submetida ao juízo, por seu turno, pode apresentar-se de três maneiras distintas, cada uma das quais com reflexos próprios quanto aos elementos envolvidos na ponderação judicial.

Em uma primeira hipótese, encontram-se os casos em que o autor busca a concretização de uma determinada política pública já prevista pelo gestor. Neste caso, resta evidente que os princípios formais opostos à atividade judicial têm menor força, na medida em que a atuação já foi objeto de formulação pelos órgãos competentes, dependendo apenas de sua implementação. A omissão administrativa parece ser justificável apenas por uma radical alteração da situação fática, que deverá ser comprovada em juízo.

Situação diversa é aquela em que, apesar de já ter sido elaborada a política pública, o autor lhe imputa vícios quanto à sua formulação ou implementação. Neste caso, a atuação judicial terá como principal barreira a discricionariedade administrativa, devendo pautar-se, portanto, pelos critérios de avaliação de tal atividade já deduzidos anteriormente.

Por fim, apresenta-se o cenário, sem dúvida mais desafiador, em que o gestor simplesmente omite-se quanto à formulação de políticas necessárias à satisfação de determinado direito. Esta hipótese tem a peculiaridade de mesclar as principais oposições ao controle judicial anteriormente expressas, assumindo especial relevância a tese da reserva do possível.

Seguindo o raciocínio exposto, no entanto, pelo qual a mera alegação de falta de recursos públicos não é suficiente a excluir o direito fundamental discutido, necessária a verificação das reais condições financeiras do ente público, cabendo a este a eventual prova de inexistência de recursos aptos a satisfazer o pedido deduzido em juízo.

Há que observar, no entanto que, mesmo que as verbas públicas destinadas a tal finalidade estejam efetivamente comprometidas, não se pode negar a possibilidade de distorções graves na destinação de tais verbas. A análise razoável de tal circunstância pode permitir ao magistrado a imposição do deslocamento dos gastos previstos em prol da satisfação do direito discutido.

Caso tal tarefa não se mostre possível, deve-se verificar a inclusão do direito vindicado entre aqueles considerados indispensáveis à garantia do “mínimo existencial” do indivíduo. Por meio desta análise, a urgência da medida requerida pode importar a determinação judicial de sua satisfação, cabendo ao gestor avaliar a melhor forma de fazê-lo.

Muito embora seja relevante para a demarcação da atuação judicial ora discutida, é necessário observar a insuficiência da tese da garantia do “mínimo existencial” à satisfação do dever constitucional do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais e, por via de consequência, da dignidade humana.

A idéia da existência de uma esfera interior aos direitos fundamentais em que a atuação judicial seja garantida, independentemente da análise orçamentária, é importante na defesa de tais direitos; no entanto, deixa à margem de tal análise um âmbito relevante de situações em que a violação de direitos fundamentais não corresponde ao chamado padrão mínimo, inclusive pela dificuldade de sua identificação.

Portanto, mostra-se urgente a busca de outros parâmetros que legitimem a imposição judicial de cumprimento de tais direitos, a exemplo do dever de progressividade do Estado em relação aos direitos fundamentais sociais.

Quanto a tal dever, o Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em que se impõe o dever de cada país em implementar tais direitos progressivamente segundo o máximo da sua capacidade orçamentária.

Logo, mostra-se razoável a decisão judicial que, mesmo em face de direito não englobado pelo chamado “mínimo existencial”, impõe ao ente público o dever de planejar a sua atuação no sentido de satisfazê-lo quando a omissão administrativa seja constante.

Sob tais parâmetros, portanto, aqui sucintamente delineados, será possível ao Poder Judicial assumir seu papel constitucionalmente determinado, atuando em conjunto com os demais poderes constituídos, visando não a paralisia, mas o incentivo mútuo em prol do cumprimento pelo Estado de seus deveres institucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca dos critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998
- . *Eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- . Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.

- BARRETO, Vicente Paulo. Antígona de Sófocles ou os fundamentos da ordem jurídica. In: KLEVEN HUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157-180.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 336, p. 125-136, out.-nov.-dez. 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144.
- BLOCH, Ernest. *Derecho natural y dignidad humana*. Tradução de Felipe Gonzales Vicen. Madrid: Aguilar, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- . *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Suddati. Bauru: Edipro, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- . ———. 15. ed. 2004.
- . *Do Estado liberal ao Estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 19.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; SANTOS, Júlio César dos Esteves; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-270.
- . O conceito de política pública em direito. In: ——— (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constitucionalismo dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- . *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Org. Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CEPAL. La protección social de cara al futuro: acceso financiamiento y solidaridad. 2006. Coord. José Luis Machinea. Disponível em: <www.eclac.org/publicaciones/xml/9/24079/lc-g2294e.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- . Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.
- . O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-260.
- COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Vitor. *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- CRETELLA JR., José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Tradução de Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>.

DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Argentina, 1956.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steveson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia*. São Paulo: Atlas, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional, instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Bourdeaux: Fontemoing, 1911.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Parte general. Barcelona, 1943.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALZONE, Guido. *Il Doveri di Buona Amministrazione*, parte I. Milán, 1953.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo horizonte: Del Rey, 2002.
- FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.
- GADAMER, H.-G. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes, 2003.
- GIDI, Antônio. *Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo iberoamericano*. Coord. Antônio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, 2008.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. La teoría trialística del mundo jurídico y sus horizontes. 5. ed. ampl. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Alcindo. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.
- GRANERIS, Giuseppe. *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Tradução de Celina Ana Lértora Mendoza. Buenos Aires: Eudeba, 1973.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Interpretação e crítica. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- . Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo horizonte: Del Rey, 1995.
- . *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

- . O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, p. 8-30, maio-jun. 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2003.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.
- HART, H.L.A. *Le concept de droit*. Tradução de Michel Van de Kerchove. Bruxelas: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1976.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. I la técnica jurídica del derecho público francês. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: 2005.
- . *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, Marcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.
- MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951.
- MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia 1.ª parte*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933.
- MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- NERI, Marcelo Cortes et al. Brasil. Gasto Público en Servicios Sociales Básicos en América Latina y el Caribe. Santiago: Cepal, 1999, p. 7. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/4648/BRASIL.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2007.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.
- . Las generaciones de derechos humanos. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, p. 210, 1991.
- . *Los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- PIMENTA, Paulo. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Fernandez Ciudad: Trotta, 2007.
- . *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*. El derecho a una vivienda digna e adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967.
- . *Tratado de direito privado*. Parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V.
- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- PROGRAMA das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008, p. 243. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh20072008/hdr_20072008_pt_complete.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Revisão de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000.
- RUGGIERO, Roberto de; MARONI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. Milano: Casa editrice Giuseppe Principato. 1951. v. 1.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à teoria do Estado: ideologia e ciência política*. 2. ed. Bahia: Forense, 1960.
- SANTOS, Maria Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- . *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: ———. *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. p. 190.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 349, p. 29-41, jan.-fev.-mar. 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TESAURO, Alfonso. *Istituzioni di diritto pubblico*. Torino: Torinese, 1960. t. I.

VON THUR, Andreas. *Derecho civil*. Teoría general del derecho civil alemán. Tradução de Tito Ravá. Buenos aires: Depalma, 1946. v. 1.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXOS

ANEXO A – TABELAS DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DAS SECRETARIAS DO PODER EXECUTIVO

Código	Programa de Governo	Orçamento Atual*	Valor Liquidado*	Valor pago*	% de rec liquidado
0073	Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes	6.700.300,00	2.195.673,37	1.785.616,24	32,77 %
0152	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei - Pró-SINASE	42.594.209,00	26.149.594,30	26.149.594,30	61,39 %
0153	Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente	8.097.679,00	4.269.170,99	4.069.170,99	52,72 %
0154	Garantia e Acesso a Direitos	20.034.000,00	9.626.874,30	9.416.179,30	48,05 %
0155	Gestão da Política de Direitos Humanos	2.237.134,00	1.013.794,00	1.013.794,00	45,32 %
0670	Proteção a Pessoas Ameaçadas	29.762.000,00	21.107.000,13	20.392.170,34	70,92 %
0750	Apoio Administrativo	5.938.778,00	4.427.196,40	3.828.362,23	74,55 %
1078	Nacional de Acessibilidade	2.150.000,00	2.144.924,97	2.144.924,97	99,76 %
1086	Promoção e Defesa dos Direitos de Pessoas com Deficiência	9.468.800,00	6.276.704,02	6.195.525,46	66,29 %
1401	Reparação de Violações e Defesa dos Direitos Humanos	4.876.390,00	1.351.278,13	1.325.708,13	27,71 %
1402	Educação em Direitos Humanos	18.368.213,00	3.745.887,67	3.742.194,29	20,39 %
1404	Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa	1.930.000,00	1.856.983,74	1.841.691,71	96,22 %
Total	-	152.157.503,00	84.165.082,02	81.904.931,96	55,3

Código	Programa de Governo	Orçamento Atual*	Valor Liquidado*	Valor pago*	% de rec liquidado
0073	Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes	6.700.300,00	2.195.673,37	1.785.616,24	32,77 %
0152	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei - Pró-SINASE	42.594.209,00	26.149.594,30	26.149.594,30	61,39 %
0153	Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente	8.097.679,00	4.269.170,99	4.069.170,99	52,72 %
0154	Garantia e Acesso a Direitos	20.034.000,00	9.626.874,30	9.416.179,30	48,05 %
0155	Gestão da Política de Direitos Humanos	2.237.134,00	1.013.794,00	1.013.794,00	45,32 %
0670	Proteção a Pessoas Ameaçadas	29.762.000,00	21.107.000,13	20.392.170,34	70,92 %
0750	Apoio Administrativo	5.938.778,00	4.427.196,40	3.828.362,23	74,55 %
1078	Nacional de Acessibilidade	2.150.000,00	2.144.924,97	2.144.924,97	99,76 %
1086	Promoção e Defesa dos Direitos de Pessoas com Deficiência	9.468.800,00	6.276.704,02	6.195.525,46	66,29 %
1401	Reparação de Violações e Defesa dos Direitos Humanos	4.876.390,00	1.351.278,13	1.325.708,13	27,71 %
1402	Educação em Direitos Humanos	18.368.213,00	3.745.887,67	3.742.194,29	20,39 %
1404	Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa	1.930.000,00	1.856.983,74	1.841.691,71	96,22 %
Total	-	152.157.503,00	84.165.082,02	81.904.931,96	55,3

* Valores expressos em reais.

ANEXO B – INFORMAÇÕES SOBRE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Execução orçamentária dos programas selecionados

Programa	Autorizado (R\$)	% Total	Realizado (R\$)	% Realizado (1)
Função Saneamento				
Serviços Urbanos de Água e Esgoto	2.972.807.667	28,09	2.158.244.749	73
Fortalecimento da Gestão Urbana	47.533.000	0,45	37.146.735	78
Função Urbanismo				
Urbanização, Regular, Fundiária e Integração de Assentamentos Precários	2.208.621.707	20,87	1.910.219.328	86
Apoio ao Desenvolvimento Urbano de Municípios de Pequeno Porte	1.050.485.668	9,92	797.496.192	76
Gestão da Política de Desenvolvimento Urbano	758.163.708	7,16	692.048.545	91
Descentralização dos Sist. de Transporte Ferroviário Urbano de Passageiros	726.017.640	6,86	718.350.066	99
Mobilidade Urbana	642.755.513	6,07	468.846.343	73
Apoio ao Desenvolvimento Urbano de Municípios de Médio e Grande Porte	510.160.000	4,82	310.841.530	61
Drenagem Urbana Sustentável	446.986.856	4,22	211.676.589	47
Segurança e Educação de Trânsito: Direito e Responsabilidade de Todos	88.026.000	0,83	85.917.324	98
Reabilitação de Áreas Urbanas Centrais	35.180.000	0,33	13.269.766	38
Qualidade e Produtividade do Habitat - PBQP-H	1.700.000	0,02	734.174	43
Função Habitação				
Habitação de Interesse Social	1.096.071.089	10,36	950.371.123	87
Total	10.584.508.848	100,00	8.355.162.464	79

Fonte: SIGPlan

Nota:

(1) % Realizado = Realizado / Autorizado x 100.

Execução orçamentária dos programas selecionados

Programa	Autorizado (R\$)	% Total	Realizado (R\$)	% Realizado (1)
Atenção Hospitalar e Ambulatorial no Sistema Único de Saúde	22.658.480.497	54,8	22.166.333.459	97,8
Atenção Básica em Saúde	7.906.673.580	19,1	7.380.728.687	93,3
Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos	3.460.092.643	8,4	3.352.806.608	96,9
Vigilância Epidemiológica e Controle de Doenças Transmissíveis	1.332.329.235	3,2	1.247.273.917	93,6
Atenção Especializada em Saúde	1.239.728.033	3,0	566.513.673	45,7
Vigil., Prev. e Atenção em HIV/AIDS e outras Doenças Sexual. Transmissíveis	1.088.562.728	2,6	1.034.931.065	95,1
Prevenção e Controle das Doenças Imunopreveníveis	830.267.500	2,0	785.023.440	94,6
Educação Permanente e Qualificação Profissional no Sistema Único de Saúde	420.215.150	1,0	384.553.760	91,5
Segurança Transfusional e Qualidade do Sangue	380.888.569	0,9	249.228.367	65,4
At. à Saúde da Pop. em Sit. de Urgências, Violências e outras Causas Externas	314.339.800	0,8	226.187.395	72,0
Saneamento Rural	301.014.656	0,7	259.182.278	86,1
Gestão da Política de Saúde	284.967.582	0,7	193.426.202	67,9
Vigilância Sanitária de Produtos, Serviços e Ambientes	256.776.000	0,6	237.928.885	92,7
Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde	241.755.488	0,6	229.673.929	95,0
Investimento para Humanização e Ampliação do Acesso à Atenção à Saúde	166.978.333	0,4	126.183.355	75,6
Assistência Suplementar à Saúde	149.841.217	0,4	113.649.143	75,8
Atenção à Saúde de Populações Estratégicas e em Situações Espec. de Agravos	101.226.730	0,2	75.764.395	74,8
Vigilância, Prevenção e Controle da Malária e da Dengue	68.131.950	0,2	54.606.126	80,1
Alimentação Saudável	47.852.470	0,1	41.435.773	86,6
Controle da Tuberculose e Eliminação da Hanseníase	47.740.600	0,1	38.521.077	80,7
Partic. Popular e Intersetorialidade na Ref. Sanitária e no Sist. Único de Saúde	44.804.014	0,1	41.559.254	92,8
Vigilância e Prevenção de Doenças e Agravos Não Transmissíveis	12.850.000	0,0	4.280.602	33,3
Vigilância Ambiental em Saúde	12.048.750	0,0	8.964.709	74,4
Gestão do Trabalho no Sistema Único de Saúde	4.600.000	0,0	4.600.000	100,0
Total	41.372.165.525	100,0	38.823.356.099	93,8

Fonte: SIGPlan

Nota:

(1) % Realizado = Realizado / Autorizado x 100.

ANEXO C – RELATÓRIOS DA COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE – CEPAL

INDICADORES DEL GASTO PÚBLICO SOCIAL 1990/1991 - 2005/2006 ³

País	Cobertura ^c	Gasto público social ^b											
		Per cápita (en dólares de 2000)				Porcentaje del PIB				Porcentaje del gasto público total ^d			
		1990/1991	1995/1996	2000/2001	2005/2006	1990/1991	1995/1996	2000/2001	2005/2006	1990/1991	1995/1996	2000/2001	2005/2006
Argentina ^e	GC	695	828	824	818	11,4	11,3	11,0	9,7	60,3	67,5	61,3	60,4
	GG	1 103	1 417	1 516	1 587	18,1	19,3	20,2	18,8	62,7	66,5	63,2	63,5
	SPNF	1 179	1 519	1 640	1 712	19,3	20,7	21,8	20,3	62,2	65,5	62,7	63,3
Bolivia ^f	GC	47	71	120	...	5,2	7,4	12,0	...	34,4	26,3	35,4	...
	SPNF	...	126	162	183	...	13,2	16,3	16,6	...	39,6	42,8	48,4
Brasil ^g	GF	337	415	445	535	10,1	11,5	12,1	13,4	52,3	55,0	59,9	60,5
	Consolidado	604	721	776	917	18,1	20,0	21,1	23,0	48,9	55,6	61,6	72,1
Chile	GC	380	543	741	719	12,0	12,3	15,0	12,4	61,2	64,9	67,3	66,4
Colombia ^h	SPNF	123	306	236	314	6,6	14,6	11,7	13,9	28,8	43,7	33,2	...
Costa Rica	SP	486	570	728	788	15,6	15,9	18,0	16,9	38,9	39,8	40,5	34,8
Cuba	GC	864	610	661	1 220	27,6	26,3	23,7	33,2	35,6	44,8	47,0	52,3
Ecuador ⁱ	GC	98	83	65	101	7,4	6,2	4,9	6,4	42,8	30,4	20,9	28,6
El Salvador	GC	...	111	209	251	...	5,6	10,0	11,6	...	25,9	38,6	45,8
Guatemala	GC	49	63	105	123	3,7	4,5	6,8	7,7	29,9	42,2	47,3	54,2
Honduras	GC	80	75	116	152	7,5	6,7	10,0	11,4	40,7	41,1	45,4	52,5
Jamaica	GC	243	256	273	...	8,4	8,6	9,5	...	26,8	20,0	17,1	...
México	GCP	355	455	618	724	6,5	8,4	9,7	10,6	41,3	53,0	61,3	59,0
Nicaragua	GCP	45	45	63	95	6,6	6,7	8,1	11,1	34,0	38,7	38,4	49,2
Panamá	GC	229	300	371	383	7,5	8,6	9,5	8,3	38,1	44,9	42,5	40,9
	SPNF	496	621	680	...	16,2	17,8	17,4	...	40,0	43,4	44,3	...
Paraguay	GCP	45	126	107	121	3,2	8,5	8,0	8,7	39,9	45,0	38,3	43,4
Perú	GCP	64	134	160	...	3,9	6,7	7,7	...	33,0	40,3	45,0	...
	SP	173	210	8,3	8,5	49,7	50,3
Rep. Dominicana ^h	GC	74	142	200	263	4,3	6,8	7,4	8,5	38,4	48,0	45,6	39,1
Trinidad y Tabago ^j	GC	303	302	588	888	6,9	6,5	9,1	9,5	40,6	41,8	70,8	76,3
Uruguay ^k	GC-consolidado	820	1 207	1 322	1 370	16,8	21,0	22,2	20,9	62,3	71,3	66,6	63,1
	GG	1 405	23,6	62,8	...
	SPNF	1 506	25,3	64,4	...
Venezuela (Rep. Bol. de) ^l	GCP-acordado	441	384	563	653	8,8	7,6	11,6	12,5	32,8	34,6	37,8	42,3
	GCP-pagado	494	523	10,2	10,5	43,5	40,3

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información extraída de la base de datos sobre gasto social.

^a Incluye el gasto público en educación, salud y nutrición, seguridad social, trabajo y asistencia social, vivienda, agua y alcantarillado.

^b Las cifras presentadas corresponden al promedio simple del bienio referido.

^c SPNF: sector público no financiero; GG: gobierno general; GC: gobierno central.

^d En la mayoría de los países, la cifra de gasto público total corresponde a la oficial del país, no se examina la inclusión o exclusión del servicio de la deuda.

^e Incluye el gasto del gobierno nacional, de los gobiernos provinciales y el gobierno central de Buenos Aires, y de los gobiernos municipales.

^f En Bolivia, en el caso del SPNF, la cifra 2005/2006 corresponde al año 2005 de la nueva serie publicada por el país desde 2002 y no es comparable a la de años anteriores.

^g Estimación del gasto social consolidado, que incluye el gasto federal, estadual y municipal.

^h Cifras en revisión por cambios en la serie del PIB.

ⁱ Se mantienen las cifras de la serie; se encuentran en revisión los gastos en seguridad social.

^j En Trinidad y Tabago la serie de clasificación de las funciones del gobierno (COFOG) comienza a partir del año 2000 y no es comparable a la de años anteriores; la cifra 2005/2006 corresponde al año 2005.

^k En el Uruguay la cifra 2005-2006 corresponde a la serie 2002-2007 publicada por el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES); no es comparable a la de años anteriores.

^l Corresponde a la ley de presupuesto. En el caso de la República Bolivariana de Venezuela, incluye sus modificaciones al 31 de diciembre de cada año. La cifra 2005-2006 del gobierno central presupuestario pagado corresponde al año 2005.

1.3.1 POBLACIÓN ANALFABETA DE 15 Y MÁS AÑOS DE EDAD, POR SEXO ^a ILLITERACY IN THE POPULATION AGED 15 YEARS AND OVER, BY SEX ^a

(Porcentaje de la población de 15 y más años de edad / Percentage of the population aged 15 years and over)

País	Ambos sexos/Both sexes						Hombres/Men			Mujeres/Women			Country
	2000	2010	2015	2000	2010	2015	2000	2010	2015	2000	2010	2015	
	Antillas Neerlandesas	3.5	2.8	2.5	3.5	2.9	2.6	3.4	2.7	2.4	3.4	2.7	
Argentina	3.2	2.4	2.1	3.2	2.5	2.3	3.2	2.4	2.4	3.2	2.4	2.4	Argentina
Bahamas	4.6	3.8	3.4	5.5	4.7	4.3	3.7	3.0	2.6	3.7	3.0	2.6	Bahamas
Barbados	0.3	0.2	0.2	0.3	0.2	0.2	0.3	0.2	0.2	0.3	0.2	0.2	Barbados
Belize	6.8	4.0	3.2	6.7	4.3	3.6	6.8	3.7	2.9	6.8	3.7	2.9	Belize
Bolivia	14.6	9.4	7.3	8.1	4.8	3.6	20.8	13.8	10.9	20.8	13.8	10.9	Bolivia
Brasil	13.1	9.6	8.2	13.0	10.0	8.8	13.2	9.3	7.6	13.2	9.3	7.6	Brazil
Chile	4.2	2.9	2.3	4.1	2.8	2.3	4.4	2.9	2.4	4.4	2.9	2.4	Chile
Colombia	8.4	5.9	4.9	8.4	6.1	5.2	8.4	5.7	4.6	8.4	5.7	4.6	Colombia
Costa Rica	4.4	3.2	2.6	4.5	3.3	2.8	4.4	3.0	2.5	4.4	3.0	2.5	Costa Rica
Cuba	3.3	2.1	1.6	3.2	1.9	1.5	3.4	2.2	1.7	3.4	2.2	1.7	Cuba
Ecuador	8.4	5.8	4.8	6.8	4.7	3.8	10.1	6.9	5.7	10.1	6.9	5.7	Ecuador
El Salvador	21.3	16.6	14.6	18.5	14.4	12.8	23.9	18.6	16.3	23.9	18.6	16.3	El Salvador
Guatemala	31.5	25.2	22.5	24.0	18.3	15.9	38.9	32.1	29.1	38.9	32.1	29.1	Guatemala
Guyana	1.5	0.7	0.6	1.1	0.6	0.5	1.9	0.9	0.6	1.9	0.9	0.6	Guyana
Haití	50.2	41.1	37.2	48.0	39.8	36.3	52.2	42.3	38.1	52.2	42.3	38.1	Haiti
Honduras	25.0	19.4	17.1	25.1	20.0	17.9	25.0	18.8	16.2	25.0	18.8	16.2	Honduras
Jamaica	13.1	9.8	8.4	17.1	13.3	11.8	9.3	6.3	5.1	9.3	6.3	5.1	Jamaica
México	8.8	6.2	5.2	6.7	4.8	4.0	10.9	7.6	6.3	10.9	7.6	6.3	Mexico
Nicaragua	33.5	30.3	28.8	33.8	30.7	29.2	33.3	29.9	28.3	33.3	29.9	28.3	Nicaragua
Panamá	8.1	6.0	5.1	7.5	5.4	4.5	8.8	6.6	5.7	8.8	6.6	5.7	Panama
Paraguay	6.7	4.7	4.0	5.6	4.1	3.6	7.8	5.3	4.3	7.8	5.3	4.3	Paraguay
Perú	10.1	7.0	5.7	5.3	3.5	2.9	14.8	10.3	8.4	14.8	10.3	8.4	Peru
Puerto Rico	6.2	4.6	4.0	6.4	5.0	4.4	6.0	4.3	3.6	6.0	4.3	3.6	Puerto Rico
República Dominicana	16.3	12.9	11.6	16.3	13.2	12.0	16.3	12.6	11.2	16.3	12.6	11.2	Dominican Republic
Trinidad y Tobago	1.7	0.9	0.7	1.1	0.6	0.5	2.3	1.2	0.9	2.3	1.2	0.9	Trinidad and Tobago
Uruguay	2.4	1.7	1.4	2.9	2.1	1.8	2.0	1.3	1.1	2.0	1.3	1.1	Uruguay
Venezuela (República Bolivariana de)	7.5	4.8	3.9	7.0	4.8	4.0	8.0	4.9	3.8	8.0	4.9	3.8	Venezuela (Bolivarian Republic of)
América Latina y el Caribe ^b	11.1	8.3	7.1	10.1	7.7	6.8	12.1	8.8	7.5	12.1	8.8	7.5	Latin America and the Caribbean ^b

^a La población analfabeta está definida como aquella que no es capaz de leer y escribir, con entendimiento, un relato simple y breve de su vida cotidiana. Los datos presentados corresponden a las últimas estimaciones y proyecciones de la UNESCO sobre el analfabetismo, revisadas en julio de 2002 y basadas en los datos recopilados en los censos nacionales de población. Los datos sobre población corresponden a estimaciones de Naciones Unidas según su revisión 2000 del World Population Prospects.

^b Incluye 41 economías: Anguila, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Argentina, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bermuda, Bolivia, Brasil, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Montserrat, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago y Uruguay.

^a Illiterate population is defined as the group of persons who cannot, with understanding, both read and write a short simple statement on their everyday life. Data presented in this table correspond to the latest literacy estimates and projections by UNESCO, assessed in July 2002 and based on statistics collected during national population censuses. Population data correspond to the 2000 revision of the United Nations World Population Prospects.

^b Includes 41 economies: Anguilla, Antigua and Barbuda, Argentina, Aruba, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, Bolivarian Republic of Venezuela, Bolivia, Brazil, British Virgin Islands, Cayman Islands, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Montserrat, Netherlands Antilles, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Suriname, Trinidad and Tobago, Turks and Caicos Islands, and Uruguay.

1.5.1 DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS EN LAS VIVIENDAS, EN ÁREAS URBANAS Y RURALES
SERVICES AVAILABLE IN DWELLINGS, URBAN AND RURAL AREAS

(Porcentaje respecto del total de hogares urbanos / As a percentage of the total of urban households)

País	Área geográfica	Agua por tubería ^a Piped water ^a		Sistema de eliminación de excretas ^b Excreta disposal system ^b		Alumbrado eléctrico Electric lighting		Geographical area	Country
		1995 ^c	2007 ^e	1995 ^c	2007 ^e	1995 ^c	2007 ^e		
Argentina	Urbana	97.8 ^d	98.5 ^d	58.0 ^d	62.0 ^d	99.3 ^d	80.2	Urban	Argentina
	Nacional	69.4	75.5	25.3	37.7	65.5	88.2	National	Bolivia
Bolivia	Urbana	84.5	94.8	42.3	55.8	94.3	98.2	Urban	
	Rural	26.0	39.4	1.2	4.1	24.5	46.6	Rural	Brazil
Brasil	Nacional	76.0	83.1	39.4	51.2	91.5	97.9	National	
	Urbana	90.2	92.8	48.1	59.3	98.3	99.5	Urban	
Chile	Rural	16.6	23.1	3.2	5.5	62.7	85.1	Rural	
	Nacional	87.1	90.0	75.5	82.3	99.8	99.7	National	Chile
Colombia	Urbana	98.1	99.0	89.3	92.3	99.8	99.7	Urban	
	Rural	33.8	53.0	4.3	10.9	74.4	94.3	Rural	
Colombia	Nacional	85.6	87.4	71.2	74.5	94.9	96.4	National	
	Urbana	98.0	97.5 ^f	94.3	92.7 ^f	99.7	99.6 ^f	Urban	
Costa Rica	Rural	66.7	55.4	36.2	17.0	87.7	86.6	Rural	
	Nacional	...	95.2	...	25.6	...	99.1	National	Costa Rica
Ecuador	Urbana	...	99.6	...	38.5	...	98.8	Urban	
	Rural	...	73.7	...	85.2	...	96.8	Rural	
Ecuador	Nacional	...	92.5	...	73.8	...	90.6	National	
	Urbana	...	33.0	...	14.7	...	90.7	Urban	
El Salvador	Rural	46.7	64.5	31.6	39.8	76.8	81.0	Rural	
	Nacional	67.2	80.3	53.5	61.8	94.9	91.5	National	El Salvador
Guatemala	Urbana	17.6	37.8	0.4	2.5	51.2	63.1	Urban	
	Rural	68.6	76.3	32.6	40.3	84.1	81.8	Rural	
Guatemala	Nacional	87.6	86.6	71.4	67.4	93.4	93.4	National	
	Urbana	43.7	60.6	7.3	7.6	43.2	68.0	Urban	Guatemala
Honduras	Rural	70.7	82.5	26.8	33.0	55.3	73.9	Rural	
	Nacional	80.6	93.6	51.5	62.9	86.1	97.9	National	Honduras
México	Urbana	62.1	71.8	5.6	4.1	28.9	50.7	Urban	
	Rural	84.3	...	60.8	73.5	95.9	98.5	Rural	
México	Nacional	94.1	...	81.7	90.0	99.5	99.7	National	
	Urbana	67.9	...	23.8	42.1	60.5	76.1	Urban	México
Nicaragua	Rural	67.0	...	56.7	67.4	90.8	95.3	Rural	
	Nacional	86.0	...	56.7	21.1	90.8	75.3	National	Nicaragua
Paraguay	Urbana	27.0	...	67.0	33.9	40.6	43.7	Urban	
	Rural	38.0	64.6	10.3	9.7	77.5	96.5	Rural	
Paraguay	Nacional	63.3	82.0	19.0	15.8	96.5	98.8	National	
	Urbana	8.3	46.3	0.1	0.3	55.1	92.7	Urban	Paraguay
Perú	Rural	59.2	64.4	50.1	50.9	69.5	72.4	Rural	
	Nacional	18.8	...	72.9	...	91.8	...	National	Perú
República Dominicana	Urbana	70.1	71.9	19.8	23.2	88.5	...	Urban	
	Rural	82.8	80.6	30.5	32.3	100.0	...	Rural	
República Dominicana	Nacional	48.1	55.4	1.2	5.8	68.6	...	National	
	Urbana	...	91.3	...	55.8	...	98.2	Urban	Dominican Republic
Uruguay	Rural	98.0	...	59.9	...	99.1	99.4	Rural	
	Urbana	...	13.1	...	0.8	...	82.4	Urban	
Venezuela (República Bolivariana de)	Nacional	99.0	...	86.0	...	98.7	...	National	
	Urbana	97.7	94.5	92.6	90.6	99.6	95.3	Urban	
Venezuela (República Bolivariana de)	Rural	71.2	...	62.2	...	94.9	...	Rural	

^a Corresponde al agua potable suministrada por la red general de distribución con conexión por cañerías dentro de la vivienda o fuera de la vivienda pero dentro de la propiedad.
^b Se refiere a sistema de alcantarillado.
^c Los datos se refieren al año más cercano al que encabeza la columna.
^d Gran Buenos Aires.
^e Treinta y una aglomeraciones urbanas.
^f Cabeceras municipales.

^a Corresponds to drinking water supplied by water supply services with connection to pipes within the dwelling or outside the dwelling but within the property.
^b By sewerage system.
^c Data refers to the year nearest to the one heading the column.
^d Greater Buenos Aires.
^e Thirty-one urban agglomerations.
^f Municipality capitals.