



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

CHRISTINA BARBOSA DE OLIVEIRA

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
DA CLÁUSULA *PRO MISERO*:
UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Salvador
2014

CHRISTINA BARBOSA DE OLIVEIRA

**A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
DA CLÁUSULA *PRO MISERO*:
UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito Público da Universidade Federal Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador
2014

CHRISTINA BARBOSA DE OLIVEIRA

**A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
DA CLÁUSULA *PRO MISERO*:
UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito Público da Universidade Federal Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Público e aprovada pela seguinte banca examinadora:

:

Nome: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto
Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA)

Nome: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA)

Nome: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR)

Salvador, 30 de janeiro de 2014.

O48

Oliveira, Christina Barbosa de,

A hermenêutica constitucional da cláusula “pro misero”: uma interpretação à luz do texto constitucional / por Christina Barbosa de Oliveira. – 2014. 188 f.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

1. Hermenêutica (Direito) 2. Direito constitucional. 3. Sanções (Direito). I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.023

Dedico esse trabalho aos meus amigos, em especial, a Neidson. Obrigada pela torcida e incentivo em todos os momentos. Eu não conseguiria nada sem vocês.

AGRADECIMENTOS

Esse é um dos momentos mais fantásticos que Deus está proporcionando à minha existência. E, sem dúvida, quero agradecer a todos que tornaram esse sonho realidade.

Inicialmente, agradeço ao meu Senhor, Salvador e Bom Pastor: Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo. Eles me ensinaram que, apesar das “ondas da vida” quererem testar a minha fé, fazendo-me por vezes duvidar; nunca devemos desistir dos nossos sonhos.

Sou grata ao meu noivo Francisco Américo Rodrigues Mascarenhas, pela convivência, mesmo nos momentos de ausências, aos quais o impus nesses anos de pesquisa. Agradeço a minha sogra querida, Ana Vitória Rodrigues Fernandes, que, me acolhendo como sua própria filha, ofereceu-me apoio constante, sendo usada por Deus como um instrumento animador no percorrer dessa caminhada.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo ensinamentos, e, em especial, ao meu orientador, Manoel Jorge e Silva Neto; exemplo de dedicação e mérito acadêmico, que inspira o estudo comprometido do Direito Constitucional Pátrio.

Aos amigos Neidson Lima de Oliveira, Roberto Oliveira Santos, Mateus Abreu e José Moreira Dias que, sempre prontos, colaboraram em tudo que precisei. Obrigada meus amigos.

Também quero registrar meus sinceros agradecimentos aos colegas do Instituto Nacional do Seguro Social, na pessoa de Lizia Sandes, pelo incentivo que todos me deram.

Aos queridos alunos e colegas da Faculdade Anísio Teixeira, pelo espírito de colaboração que sempre me dedicaram.

RESUMO

Posto que a realidade social esteja em constante mudança, os ventos do neoconstitucionalismo trouxeram, em sobreposição, novos pleitos e novas maneiras de relações sociais, fazendo surgir, dentre os debates da atualidade, incertezas sobre a aceitação e o alcance de inúmeros temas, mas em especial, acerca dos modos e critérios para aferição das vulnerabilidades. De outro lado, embora o sistema constitucional demonstre a preocupação do legislador originário no tocante à tutela dos direitos existenciais daqueles que estão à margem do corpo social, ainda se vivencia resistências e indefinições nos conflitos, o que faz deduzir a necessidade de um maior esforço argumentativo acerca da autêntica efetividade e legitimidade de sua imposição. À vista dessa circunstância, a análise atualizada da hermenêutica constitucional, por meio da adoção de novos padrões interpretativos, parece corresponder ao avanço indispensável para o atingimento desta meta. Tendo como substrato teórico a metodologia tópica de Theodor Viehweg, serão exploradas as soluções e possibilidades ofertadas pelo sistema normativo e pela jurisdição pátrias no alcance da eficácia dos Direitos Sociais Fundamentais de cunho vital, sob olhar, nesse exercício, da hermenêutica da cláusula *pro misero*. Considerada como um *topoi*, a intenção da presente dissertação é comprovar, por meio do estudo da *praxis* judicial, de maneira inconcussa, a posição preeminente e vinculativa do mínimo existencial pela diretriz da cláusula *pro misero*. Maximizar as contribuições que a interpretação *pro misero* tem a oferecer, garantindo a realização dos direitos sociais mínimos a despeito do articulado paradigmático de inoponibilidades: eis o desafio a que nos propomos.

Palavras chave: Cláusula *pro misero*. Hermenêutica constitucional. Tópica. Mínimo existencial. Judicialização.

ABSTRACT

Since social reality is constantly changing, the winds brought neoconstitutionalism overlapping, new claims and new ways of social relations, giving rise, among the discussions today, uncertainty about the meaning and scope of many issues, but especially, about the ways and standards for assessment of vulnerabilities. On the other hand, although the constitutional system demonstrates the concern of the legislature originating regarding the protection of the existential rights of those who are outside the social body, still experiencing resistance in conflicts and uncertainties, which makes the need to deduct a larger argumentative effort about the true effectiveness and legitimacy of its imposition. Given this circumstance, the updated analysis of constitutional hermeneutics, through the adoption of new interpretative patterns, seems to correspond to the essential to the achievement of this goal forward. As theoretical substrate topical methodology Theodor Viehweg, will explore solutions and possibilities offered by the legal system and jurisdiction in the homelands reach and effectiveness of the Fundamental Social Rights of vital nature, in looking at, this exercise, the hermeneutics of *pro vulnerable* clause. Considered as a *topoi*, the intention of this dissertation is to demonstrate, through the study of judicial praxis, of unshaken way, the preeminent position and binding guideline for the minimum existential *pro vulnerable* clause. Maximize contributions to the interpretation *pro vulnerable* has to offer, ensuring the achievement of the minimum social rights despite the paradigmatic argument in unenforceable, that is the challenge we set ourselves.

Keywords: Vulnerable clause, constitutional hermeneutics, topical, minimum existential, judicialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A CLÁUSULA <i>PRO MISERO</i> NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL BRASILEIRO.....	13
2.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	13
2.1.1 Escorço histórico: do constitucionalismo clássico ao constitucionalismo social.....	13
2.1.2 Conceito e aplicabilidade das normas de direito social no texto da Constituição de 1988.....	17
2.1.3 A cláusula <i>pro misero</i> como patamar mínimo social.....	19
2.1.4 Definição do conteúdo essencial: teorias absoluta e relativa.....	25
2.1.4.1 <i>O conteúdo essencial na teoria absoluta.....</i>	25
2.1.4.1.1. A intangibilidade do conteúdo mínimo.....	28
2.1.4.1.2. A dignidade da pessoa humana.....	30
2.1.4.1.3 A máxima efetividade.....	33
2.1.4.1.4. A vedação do retrocesso.....	35
2.2 A NATUREZA JURIDICA DA CLAUSULA <i>PRO MISERO</i>	38
2.2.1 A cláusula <i>pro misero</i> e a relação com institutos jurídicos afins.....	38
2.2.1.1 <i>As cláusulas gerais.....</i>	39
2.2.1.2 <i>Princípios e regras.....</i>	44
2.2.1.3 <i>Os postulados.....</i>	48
2.2.1.4 <i>Conceitos jurídicos indeterminados.....</i>	51
2.2.1.5 <i>Nossa posição: cláusula pro misero como topoi.....</i>	54
3 INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA CLAUSULA <i>PRO MISERO</i>	59
3.1 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NA CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA <i>PRO MISERO</i>	59
3.1.1 A racionalização das escolhas e os processos seletivos	61

3.1.2 Condicionantes da atuação estatal para alocação orçamentária frente à escassez de recursos	66
3.1.2.1 <i>Os limites à Discricionarieidade Administrativa.....</i>	66
3.1.2.2 <i>O Princípio da Separação dos Poderes</i>	74
3.1.2.3. <i>A Teoria da Reserva do Possível</i>	77
3.1.2.4 <i>A ponderação de interesses.....</i>	84
3.1.3 A sindicabilidade dos atos de Governo	89
4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA CLAUSULA PRO MISERO	98
4.1 A VISÃO CONTEMPORÂNEA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ...	98
4.1.1 O contributo da filosofia e da linguagem na construção da hermenêutica neoconstitucional	98
4.2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	102
4.2.1 Princípios de interpretação constitucional	104
4.2.1.1 <i>Princípio da coloquialidade</i>	105
4.2.1.2 <i>Princípio da máxima efetividade.....</i>	106
4.2.1.3 <i>Princípio da proporcionalidade</i>	107
4.2.1.4 <i>Princípio da proibição de proteção insuficiente</i>	109
4.2.1.5 <i>Princípio da proteção das minorias</i>	111
4.2.2 Processos de interpretação constitucional	112
4.2.2.1 <i>Os processos clássicos de interpretação constitucional.....</i>	112
4.2.2.2 <i>A tópica de Theodor Viehweg</i>	116
4.2.2.3 <i>A influência do neoconstitucionalismo na interpretação constitucional</i>	122
4.2.2.4 <i>Procedimentalismo e substancialismo</i>	124
4.2.2.5 <i>A Constituição aberta à pluralidade de intérpretes de Peter Häberle.....</i>	130
4.2.2.6 <i>A força normativa da Constituição, de Konrad Hesse</i>	134
5 A CLÁUSULA PRO MISERO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS	138

5.1 A COMPREENSÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA <i>PRO MISERO</i>	138
5.1.1 O direito fundamental à saúde	138
5.1.2 O direito fundamental à alimentação	145
5.1.3 O direito fundamental à educação	149
5.1.4 O direito fundamental à assistência social	157
5.1.5 O direito fundamental à habitação	162
6 CONCLUSÕES	168
REFERÊNCIAS.....	171

1 INTRODUÇÃO

Diante da realidade social cambiante, o tema em estudo é hoje objeto de extensa discussão, notadamente na conjuntura da sociedade contemporânea brasileira, fortemente marcada por desigualdades e vulnerabilidades de ordens variadas, em absoluta contrariedade ao Estado de Bem Estar Social propugnado pela Constituição Federal de 1988.

De outro lado, a matéria põe em relevo a crise de operabilidade que atravessa a ciência do Direito, evidenciando a necessidade de atualização de seus conceitos frente às demandas sociais emergentes que exigem normatividade e efetividade dos direitos sociais fundamentais, em especial, daqueles componentes do núcleo essencial.

À vista deste cenário, no desempenho cotidiano de atividade pública no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), foi constatada uma produção, cada vez maior, de dispositivos legais e decisões judiciais que conferem aos direitos sociais vinculatidade e superioridade nunca vistos, mesmo diante da insuficiência dos recursos públicos. A essa nova diretriz interpretativa chamamos *pro misero*.

A presente pesquisa objetiva estudar, com mais profundidade, a existência e imposição da cláusula *pro misero* como fundamento comum das decisões que concretizam os direitos sociais de cunho existencial, ao passo que busca compatibilizar, nesse exercício, os institutos tradicionais do Direito (a “Teoria da Reserva do Possível”, a “Separação dos Poderes” e a discricionariedade administrativa na execução das políticas públicas) a partir de dois eixos: o procedimentalismo e o substancialismo.

A conclusão almejada é comprovar, pela análise da *praxis* judicial, a primazia da obrigatoriedade da cláusula como consectário lógico da ponderação entre a realização dos direitos sociais mínimos e a escassez dos recursos. Para tanto a pesquisa foi desenvolvida em cinco capítulos.

O primeiro capítulo investiga, por meio da evolução histórica dos direitos sociais no Brasil, o aparecimento e a formulação teórica da cláusula *pro misero*, identificando-a como um *topoi*¹.

¹ Embora seja plural de *topos*, utilizaremos unicamente o termo *topoi* por ser o consagrado no Direito.

Pela interpretação da cláusula, ainda foi possível elencar os direitos sociais que devem ser considerados caros, no contexto nacional, para conquista da extenuação tanto da pobreza financeira quanto da vulnerabilidade social.

No segundo capítulo, foram perscrutadas as condicionantes da atuação estatal para as alocações orçamentárias, caminhando sempre no sentido da expansão da incidência da interpretação *pro misero*, com a conseqüente diminuição da discricionariedade da administração e ampliação do controle jurisdicional das políticas públicas.

No terceiro, foram apresentados, sob a influência do pós-positivismo, os processos de interpretação constitucional, aduzindo-se a contribuição dos processos clássicos e os influxos dos novos padrões interpretativos, com ênfase na tópica *Viehwegiana*.

Por fim, foram colacionados e analisados diversos julgados dos Tribunais pátrios, acreditando-se, por esse modo, dar consistência e construir, de maneira incontroversa, juízo conclusivo quanto aos méritos da atuação proativa do Judiciário e o acerto quanto à prevalência dos direitos sociais mínimos.

2 A CLÁUSULA *PRO MISERO* NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL BRASILEIRO

2.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

2.1.1 Escorço histórico: do constitucionalismo clássico ao constitucionalismo social

Para o estudo aprofundado da hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*, necessário será percorrer os fatos e movimentos históricos de maior relevância para construção do constitucionalismo social brasileiro do presente.

A primeira ação propriamente estatal surgiu na Inglaterra, em 1601, com a chamada Lei dos Pobres (*poor relief act*)². Segundo Fábio Zambitte Ibrahim, essa lei estabeleceu uma contribuição obrigatória arrecadada da sociedade e que teria como escopo a manutenção de um sistema de proteção em favor dos necessitados e das pessoas carentes (IBRAHIM, 2011, p.10). Antes disso, nenhum registro, de nenhuma outra ação estatal voltada ao combate à pobreza existiu.

Incumbia à Igreja e aos cristãos ricos darem assistência aos pobres, o que acabava por gerar um estímulo à mendicância.

O Estado era, até então, essencialmente patrimonialista, de modo que até mesmo os pobres eram tributados sem qualquer progressividade, o que afrontava a dignidade da pessoa humana ao tolher a liberdade do indivíduo na disposição do seu patrimônio (OLIVEIRA, 2012, p.09-28).

Nesse estado de coisas, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, surgiram os direitos de cunho social, em resposta à intromissão e arbítrios praticados pelo Estado (lastreados na ideia da *mão invisível* de Adam Schmitt), impondo-se a necessidade de positivação de direitos e garantias, abandonando, por seu turno, a

² Quanto aos direitos de cunho fundamental, pode-se identificar de forma embrionária a previsão de alguns desde o século XIII, precisamente no ano de 1215, quando o Rei João Sem-Terra firmou pacto com bispos e nobres ingleses, garantindo-lhes alguns privilégios feudais. Nesse sentido, Manoel Jorge preleciona: “Se é certo que a *Magna Charta* efetivamente deixou a esmagadora maioria da população sem acesso aos direitos nela previstos, não menos é que serviu como um dos marcos para a consolidação de importantes direitos e garantias fundamentais, como é o caso do *habeas corpus* e do direito de propriedade” (SILVA NETO, 2013, p.96).

passividade no trato das desigualdades sociais que grassavam (SILVA NETO, 2013)³.

Corroborando a assertiva, Vidal Serrano Nunes Júnior pontifica que:

Aflorou, com irrecusável clareza, a insuficiência e a incapacidade do chamado Estado absenteísta para garantir a convivência livre e harmoniosa entre seus súditos.

Interagindo com um modelo econômico, cujo ideário preconiza tratamento igualitário a seres economicamente desiguais, o liberalismo clássico acabou por revelar uma realidade tirânica e cruel em relação à classe operária que se formava nos centros industriais da Europa de então (NUNES JUNIOR, 2009, p.49).

Além disso, em reforço ao movimento de resistência da classe operária, o fim da Segunda Guerra Mundial (e os terrores do Holocausto) deu lugar ao ressurgimento da perspectiva ética dos direitos humanos, demonstrando a necessidade de reafirmação da universalidade⁴ e a interdependência desses direitos, deixando assente que a violação de um direito humano é fato tão grave que extrapola até mesmo os limites da soberania de cada país (SILVA NETO, 2013, p.101).

Destaque para as Revoluções Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno do Constitucionalismo Social, “que impôs a modificação da postura estatal em face dos indivíduos; já agora amparado no princípio da não neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico para consecução de uma sociedade menos desigual” (SILVA NETO, 2013, p.101).

Assim sendo, os direitos sociais nasceram de um desejo de libertação da classe trabalhadora em um panorama marcado por violações à sua própria dignidade. Limitar o poder econômico nas relações de trabalho, com a adoção de um perfil social democrático autenticamente humanizador, passou a ser a preocupação essencial do momento.

³ No Constitucionalismo clássico (terminologia de Manoel Jorge e Silva Neto), concebia-se a economia como uma ordem natural, cujos impulsos espontâneos engendravam automaticamente as relações nela inseridas.

⁴ A partir da Declaração do Povo da Virgínia (1776), que buscava a estruturação dos Estados Unidos, com um sistema de limitação de poderes, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), os direitos fundamentais ostentaram, pretensamente, contornos universais. (SARLET, 2006)

Da perspectiva da positivação, inicialmente os tratados e convenções internacionais, e depois, os textos constitucionais modernos do século XX foram gradualmente introduzindo princípios de democracia social e econômica⁵.

O primeiro documento a tratar e dar significação de relevância aos direitos sociais foi a Constituição Mexicana de 1917. A partir dela, outras vieram: Constituição de Weimar de 1919 e Francesa, 1948.

Sob influência dos fatos históricos marcantes ocorridos no século XX, os textos políticos mais importantes do mundo trouxeram em seu bojo, como expressão máxima da supraconstitucionalidade autogenerativa,⁶ o reconhecimento da dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate (SILVA NETO, 2013, p.101).

Quanto à ordem jurídica brasileira, embora não tenha ficado imune aos influxos dos movimentos internacionais, segundo Vidal Serrano Nunes Júnior, palmilhou, como não poderia deixar de ser, caminho próprio, pontilhado de peculiaridades, em relação aos direitos sociais (NUNES JUNIOR, 2009, p.57).

De fato, entre idas e vindas, mesmo a primeira Constituição Brasileira (de 1824), apresentou abertura material para inclusão da proteção aos direitos sociais⁷.

Todavia, reconhecendo na Constituição de 1934, o marco na história do nosso constitucionalismo social; admite Manoel Jorge e Silva Neto, ser a Constituição de 1988, o símbolo, sem igual, daquele fenômeno, o qual veio a vincular não apenas a atuação política, mas ao Direito como um todo (SILVA NETO, 2013, p.129).

Aderindo a essa ideia, Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso também referem na Constituição de 1988 o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história, “[...] com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. O ingresso, ainda que

⁵ Foi com os documentos internacionais que surgiram os primeiros direitos dos trabalhadores: limitação de jornada de trabalho, direito à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis no ambiente de trabalho, proteção contra o desemprego, direito a igual remuneração pelo trabalho (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), criação do direito à saúde e à previdência (Lei Fundamental Alemã), só para citar alguns.

⁶ Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o termo “supraconstitucionalidade autogenerativa” foi cunhado por José Joaquim Gomes Canotilho, significando o complexo de fatores valorativos, sociológicos, antropológicos e culturais a direcionar a manifestação constituinte originária. (SILVA NETO, 2013, p.146).

⁷ A Constituição de 1824 já previa os “socorros públicos” em seu artigo 179, uma espécie de benefício assistencial, além de prescrever que a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

tardio, do povo na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente” (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.306).

Assim, conquanto incipiente, finalmente a maturidade institucional brasileira teve início, atribuindo-se às instituições democráticas, por meio do novo texto constitucional, o dever sobremaneiro de proteger a vida em seu nível atual de dignidade, por um sistema jurídico a serviço do homem, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana⁸.

Como corolário desse entendimento, não há como negar a aplicação do regime jurídico pleno de dupla fundamentalidade⁹ aos direitos sociais fundamentais a par dos embaraços gerados pelos reflexos do seu reconhecimento; o que, aliás, induz às considerações desenvolvidas nas seções seguintes.

⁸ Ideia defendida por John Rawls e seu discípulo, Amartya Sen, no desenvolvimento de uma Teoria da Justiça.

⁹ Cunhada por José Joaquim Gomes Canotilho, a categoria de fundamentalidade aponta para especial dignidade de proteção dos direitos em seus sentidos material e formal. Nas lições do autor, na fundamentalidade formal assinalam-se quatro dimensões: 1- as normas consagradoras de direitos fundamentais devem ser colocadas no grau superior de hierarquia; 2- as normas constitucionais devem ser submetidas a procedimentos agravados de revisão; 3- as normas constitucionais fundamentais devem ser vistas como limites materiais à própria revisão; e 4- as normas constitucionais devem ser dotadas de vinculatividade imediata, condicionando a atuação dos poderes públicos em suas escolhas, decisões e controles. Diante disso, pode-se dizer que a fundamentalidade formal, embora não constitucionalmente adequada (porque restritiva), é concebida como catálogo de direitos expressamente reconhecidos e previstos na Constituição. Já a fundamentalidade material deve ser caracterizada naqueles direitos que, embora não previstos formalmente na Constituição, são admitidos por ela em razão do seu conteúdo e importância. Para Canotilho, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: 1- a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados; 2- a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; e 3- a abertura a novos direitos fundamentais. A partir disso, é que o autor fala em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais (norma com *fattispecie aberta*). (CANOTILHO, 2003, p.378-379). Em consonância com as ideias de Canotilho, para Dirley da Cunha Junior, os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, especialmente quando ela – Constituição – contém uma “cláusula aberta”, admitindo que outros direitos, além dos expressamente previstos na Carta Magna, possam existir, seja em virtude do regime e princípios que adota (conteúdo material, ainda que não formalmente expressos na Constituição ou presente em normas infraconstitucionais), seja em razão dos Tratados Internacionais a que o Brasil tenha aderido. Por isso mesmo que o autor defende a previsão na Constituição de 1988 da cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º da CF/88. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.669-670).

2.1.2 Conceito e aplicabilidade das normas de direito social no texto da Constituição de 1988

Um dos maiores desafios do século atual é obter a satisfação do querer constituinte, particularmente em relação aos direitos sociais, levando a norma constitucional ao nível mais elevado de concretização.

Paulo Bonavides destaca que, num primeiro momento, os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram “eficácia duvidosa”, uma vez que “exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos” (BONAVIDES, 2008, p.564). Nessa fase eles foram considerados normas programáticas¹⁰.

Hoje, como traço revolucionário, a nossa Constituição não só incluiu os direitos sociais entre os direitos fundamentais¹¹, mas também os dotou de aplicabilidade imediata, deixando claro que não podem resultar de meros apelos ou exortações morais¹² sem eficácia, mas sim; de imposição ao Estado quanto a sua implementação.

Todavia, o que se assiste é a “crise de observância e execução”, que para Bonavides está próxima de acabar, visto que, essa formulação “de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”, gerará a maior efetividade desses direitos (BONAVIDES, 2008, p.564).

¹⁰ A noção era: apenas os direitos de liberdade tinham eficácia imediata e os sociais; aplicabilidade mediata, via legislador.

¹¹ Concernente aos direitos sociais, do ponto de vista formal, a Constituição Federal de 1988 os trouxe expressamente no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), no Capítulo II – dos Direitos Sociais. Não obstante, uma análise mais detalhada leva o intérprete, além de considerar a própria escolha topográfica (com inserção no Título próprio), associar aos direitos sociais a noção de proteção à vida, à integridade física e psíquica, bem como considerar seu reflexo extrínseco relacionado à inclusão do indivíduo na sociedade; podendo-se afirmar que a noção de dignidade inclui também o homem enquanto membro ativo com direito de partilhar de suas decisões, bem como dos resultados dos esforços comuns. (NUNES JÚNIOR, 2009, p.33).

¹² Os apelos morais seriam uma forma de persuasão ou de reforçar algum posicionamento, mas que são limitados pela sua falta de coercitividade. Ainda sobre o estudo do tema, parece relevante pontuar a filosofia cravada na ideia de “desacordo moral razoável”, a qual admite como tolerável para a resolução do conflito, em condições de escassez moderada, a adoção de uma decisão “justa”. (Cf. FREITAS, 2009, p.39-51; e artigos de Michael J. Sandel, o filósofo político da Universidade de Harvard. O filósofo faz palestras e discussões que envolvem dilemas morais, desafiando os conceitos modernos e nos forçando a pensar sobre decisões que podemos ter de tomar em nossa vida cotidiana.

Manoel Jorge e Silva Neto conceitua como direitos sociais aqueles “direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestações no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social” (SILVA NETO, 1993, p.17).

Do catálogo, é possível ver que na prática ainda há muita resistência em relação à aplicação dos elementos nucleares do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais.

Isso porque, conforme alerta Vidal Serrano Nunes Júnior, à míngua de maior especificação, esses direitos acabam flutuando ao sabor dos governantes e das conjunturas políticas do momento, sem abrir oportunidade para atividade reivindicatória mais consistente e fundamentada (NUNES JUNIOR, 2009, p.73).

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso,

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente¹³. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com *déficit* de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata¹⁴. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.306, grifos no original).

Com efeito, no plano teórico, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, tanto há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da CF/88, quanto quem sustente que os direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não terem

¹³ Os autores dedicam o termo à autoria de Raymundo Faoro, em “Os donos do poder” (2000) (alertando que a 1ª edição é de 1957).

¹⁴ Sobre força normativa da constituição, falaremos oportunamente, quando tratarmos dos processos de interpretação constitucional.

sido expressamente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF (SARLET, 2008, p.163-206).

Porém, como já sentenciado, os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, possuem aplicabilidade imediata, (conforme dicção do § 1º, do artigo 5º da CF/88)¹⁵ e, apesar da existência de certo campo de indeterminação, parece remansosa a ideia de que, *ainda que se admitisse estar resumido ao chamado mínimo vital*, estão inscritos, mesmo que tacitamente¹⁶, no rol dos direitos fundamentais dos países ditos democráticos (NUNES JUNIOR, 2009, p.65).

E é, fincado nestes pressupostos, que se traz à discussão a relação entre o que se convencionou chamar de *mínimo ou piso vital* e a cláusula *pro misero*; objeto de estudo no próximo seguimento.

2.1.3 A cláusula *pro misero* como patamar mínimo social

A concepção de mínimo existencial tem sido utilizada como ponto de partida para diversas abordagens acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais¹⁷. Todavia, seu alcance, sua estrutura e natureza não têm sido suficientemente examinadas, sendo indispensável, para consideração ou não da cláusula *pro misero* como parte integrante desse núcleo, desvendar o autêntico significado jurídico ou a importância dessa ideia¹⁸.

¹⁵ “Exceto se o texto constitucional condicionar a sua eficácia à regulamentação por lei ordinária ou complementar” (SILVA NETO, 1993, p.18).

¹⁶ Todavia, é importante lembrar: não só os direitos encartados no texto constitucional ostentam o *status* de fundamentais, mas todos aqueles que, mesmo fora da Constituição assumam caráter essencial. Segundo Flávia Piovesan: todos aqueles que “numa unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, no qual, os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”. (PIOVESAN, 2002, p.41).

¹⁷ Já em 1976, no bojo de sua tese de doutoramento, Alexy admitiu que, mesmo havendo restrições aos direitos fundamentais (teoria interna e externa), deve-se conservar e garantir um mínimo conteúdo aos direitos fundamentais. Estas ideias são defendidas a partir de concepções objetiva e subjetiva do conteúdo dos direitos fundamentais, originando as teorias absoluta e relativa de interpretação destas garantias mínimas; as quais serão objeto de nosso estudo no tópico seguinte.

¹⁸ No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal tem utilizado a ideia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sem explicitar a definição conceitual que adota, nem indicar parâmetros seguros que possibilitem identificar o seu alcance e sua base epistemológica. Por exemplo, no julgamento da ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-09-05, Plenário, DJ de 03-02-2006, no qual foi considerado como direito essencial o direito à preservação do meio ambiente em favor das presentes e futuras gerações.

A priori, é preciso esclarecer: o direito fundamental ao mínimo existencial ou piso vital não deve ser confundido com os direitos sociais¹⁹.

No Brasil, consubstanciado no direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas (TORRES, 1999, p.262), o direito fundamental ao mínimo existencial ou piso/mínimo vital, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, tem residência implícita na Constituição de 1988, principalmente a partir da elevação do fundamento do Estado Brasileiro do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF/88) (SILVA NETO, 2013, p.216).

Enquanto os direitos sociais são expressos por meio de políticas públicas aos cidadãos em geral (o que vai envolver a questão das “escolhas” por parte do administrador); o direito ao mínimo existencial confere concretamente a *um indivíduo* um direito público subjetivo de exigir uma *prestação específica e imediata* do Estado²⁰. Além disso, com relação aos direitos sociais, é aceitável a oposição da cláusula da reserva do possível; o que é absolutamente inaceitável com relação ao piso vital.

Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto assevera:

O direito ao mínimo existencial não se presta ao exercício de raciocínio do gênero, simplesmente porque se trata de um *caso concreto, individual*, que confere, por consequência, um direito público subjetivo ao indivíduo para exigir a pronta resposta do Estado quanto à satisfação de prestação para que continue viva a pessoa e possa viver em foros de condições mínimas de existência (SILVA NETO, 2013, p.216).

¹⁹ Conquanto alguns doutrinadores não vejam dessemelhança, adotamos, nesse trabalho, como termos diversos, embora o “Direito ao Mínimo Existencial” possa ser visto como espécie do gênero “Direitos Sociais”. Ademais, derivada do direito Alemão, a expressão *Wesensgehalt* pode ser traduzida por substância, essência ou conteúdo material. Com base nisso, aqui não se faz distinção entre conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais.

²⁰ De acordo com Marshall: “A cidadania se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”. Assim, mínimo existencial e cidadania estão, a nosso sentir, intimamente interligados. Constata-se inclusive que a falta de efetividade do direito ao mínimo essencial se dá muito em virtude da participação ainda acanhada da sociedade nas decisões políticas diante das dificuldades impostas pelo poder público, seja por legado histórico, seja por questões culturais. (MARSHAL, 1967 *apud* FEDOZZI, 1999). De fato, ser cidadão é muito mais do que se eleitor. É ser participante e controlador da atividade estatal.

De fato, é justificável a confusão entre os conceitos. Isso porque, como o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos, o processo fez emergir uma série de problemas ligados a precária técnica legislativa, de sofrível sistematização, gerando consequências relevantes mesmo para a exata compreensão do rol a ser considerado como de direitos sociais fundamentais²¹.

Igualmente, não se negam as dificuldades de se estabelecer conceito para o que é e quais os direitos devem ser considerados como *mínimo existencial*, na medida em que, a própria doutrina diverge, adotando duas concepções distintas: uma afirmando que o conteúdo essencial é estatuído de forma absoluta, abstratamente; e outra, defendendo que tal conteúdo depende do resultado da comunhão ponderativa de valores conflitantes; que só podem ser vislumbradas à luz do caso concreto (SOUZA, 2011)²². Fato que traz dificuldades ainda maiores na sua teorização quiçá implementação.

Ricardo Lobo Torres, na tentativa de fixação, ainda que em rol exemplificativo, desses direitos mínimos, reconhece que “o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios

²¹ A par disso, não se pode esquecer que, há algum tempo, os direitos sociais abrangem tanto direitos de cunho positivo (prestacionais) quanto os negativos: Segundo Sarlet: “[...] ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores, isto sem falar na tradição da vinculação dos direitos dos trabalhadores à noção de direitos sociais, registrada em vários momentos da evolução do reconhecimento jurídico, na esfera internacional e interna, dos direitos humanos e fundamentais”. (SARLET, 2008, p.163-206 - versão revista, atualizada e parcialmente reformulada de trabalho redigido anteriormente sobre o tema, que, todavia, enfatizava, de um modo geral, o problema das resistências aos direitos sociais, e que, além de remetido para publicação em coletâneas (editoras Forense e Saraiva) versando sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, foi objeto de veiculação na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre - Belo Horizonte).

²² Na sequência, serão abordadas ambas as teorias e suas respectivas implicações na interpretação do conteúdo essencial.

constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão” (TORRES, 2009, p.36).

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelo núcleo do princípio da dignidade humana dotado de eficácia positiva e de exigibilidade, no caso de a prestação exigida não ser atendida²³.

Igualmente, o problema que a autora aponta é de se determinar que conteúdo mínimo é esse, que efeitos concretos pretende produzir, de modo que se não se realizarem, seja cabível exigir seu cumprimento coativamente²⁴.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, além da identificação de qual o objeto do núcleo essencial (se se protege direito subjetivo individual ou garantia subjetiva para a sociedade), o maior desafio é saber qual o valor da proteção ofertada pela garantia do núcleo essencial; se absoluto ou dependente de conformação com outros direitos igualmente fundamentais (CANOTILHO, 2003, p.458-459).

Em complemento, Paulo Ricardo Schier defende que a fundamentação da preservação do núcleo essencial deve ser vista como diretamente protegida pela Constituição, já que vinculada à compreensão da extensão das cláusulas pétreas, na medida em que estas “representam verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional” (SCHIER, 2007, p.69).

Por fim, para Vidal Serrano Nunes Júnior, despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, direito à alimentação, dentre outros), desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável (NUNES JUNIOR, 2009, p.132) e que se refira a proteção do vulnerável e hipossuficiente.

De nossa parte, parece-nos que a ideia de mínimo vital guarda relação de afinidade pelo que a jurisprudência atual convencionou qualificar de “cláusula *pro misero*”; a qual vem sendo adotada na *práxis* como norte interpretativo que direciona

²³ A autora também considera que, como esse núcleo relacionado ao mínimo existencial busca garantir condições materiais essenciais à dignidade humana e é prioridade do Estado brasileiro, não deveria sujeitar-se à reserva do possível. (BARCELLOS, 2008).

²⁴ Apesar de ela considerar os direitos sociais como direitos fundamentais, entende que somente uma parcela desses direitos são cabíveis no mínimo existencial. (BARCELLOS, 2008, p.283).

as reflexões do tema não só nas sentenças judiciais, mas também nos debates sociais e nas ações estatais que buscam efetivar a proteção dos direitos mínimos dos cidadãos.

Por meio da conjugação dos artigos 1º e 3º, ambos em seus incisos III, da Constituição Federal de 1988²⁵, busca-se alcançar, na prática, acentuada intervenção estatal na vida dos cidadãos e o máximo de influência da justiça social; recorrendo-se, nesse mister, a subsídios interpretativos como a ponderação dos princípios e valores jurídicos, bem como de elementos da consciência coletiva²⁶, chegando à construção hodierna da noção que deve permear a compreensão da cláusula *pro misero*.

E mais. Pela seleção - dentro do extenso rol de direitos sociais constantes no artigo 6º da CF/88 - é possível, identificar aqueles que possuem maior relevância, pelos contornos teóricos oferecidos pela referida cláusula, distinguindo maior proteção a este núcleo de direitos mínimos; enquanto que a parte remanescente (chamada de “máximo social”) seria obtida através do processo democrático de escolhas políticas e lutas sociais (OLIVEIRA, 2012, p.09-28)²⁷.

Assim, é possível enumerar, sem pretender esgotar, um rol de direitos que integram esse núcleo essencial²⁸.

²⁵ A CF/88, que dispõem: “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] e artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

²⁶ A consciência coletiva aqui referida seria daquilo que é entendido como minimamente necessário para garantir a subsistência humana e as condições iniciais de liberdade. Ou seja, a ideia partilhada por todos; a verdade gerada pelo consenso, conforme defendido por Habermas.

²⁷ Na mesma linha de entendimento, na visão de Ana Paula de Barcellos, entende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como formado por um núcleo, composto pelo mínimo existencial e além dessa parte central, há uma parcela que, não obstante faça parte da dignidade humana, está sujeita à deliberação política acerca da concepção dominante em determinado momento histórico e segundo as preferências do povo. Esta sim sujeita à reserva do possível. (BARCELLOS, 2008, p.272-278).

²⁸ Marcos Sampaio, estudando a matéria, salienta que George Sarmento Lins Júnior apresenta o tema por meio de uma dupla dimensão do mínimo existencial, aduzindo o “mínimo fisiológico” (condições básicas de sobrevivência) e o “mínimo sociocultural” (promoção de inserção social do indivíduo). Já Luís Roberto Barroso inclui, salientando haver um razoável consenso na medida, o direito à “renda mínima” como integrante do mínimo existencial. (SOUZA, 2011, p.224 *apud* LINS JÚNIOR, [s.d.]; LÔBO, 2009, p.1018; BARROSO, 2009, p.253).

Para Ana Paula Barcellos, nessa lista é possível coligar quatro elementos; três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2008, p.287-288).

Manoel Jorge e Silva Neto incorpora à lista - entendendo ser correlato ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana - o direito ao “patrimônio mínimo”, citando o direito à habitação; ressaltando inclusive ter sido o tema já sufragado pelo STJ por meio da proclamação da impenhorabilidade do bem de família e dos móveis que guarnecem a moradia (SILVA NETO, 2013, p.217)²⁹.

Para nós, partindo dos contornos teóricos da cláusula *pro misero*, bem com do apoio na doutrina nacional suso citada, são considerados como direitos sociais do tipo essencial: o direito à saúde, à alimentação, à educação básica, à moradia e a assistência social; todos interpretados à luz das implicações emergentes do seu sopesamento em relação aos demais princípios constitucionais oportunamente estudados (como: a reserva do possível, a ponderação de interesses e a máxima efetividade).

Compreendidos como fundamentais na conquista das condições básicas para que as pessoas consigam viver com um mínimo de dignidade, a escolha desses direitos não foi aleatória, mas se deu em razão da visível conexão existente entre eles e a manifesta contribuição que o seu implemento satisfatório gera na erradicação tanto da miséria financeira quanto da vulnerabilidade social.

Ainda como contributo, milita em favor da hipótese aventada, não só o desenvolvimento de certa homogeneidade acerca da relevância dos referidos direitos (fruto dos valores socialmente compartilhados), mas a renovação³⁰ do sentir constitucional³¹, inaugurado pela Constituição Republicana de 1988, em considerar a

²⁹ Por oportuno, o autor cita o Recurso Especial número 110.436/SP, de relatoria do ministro Luiz Pereira, no qual foi proclamada a impenhorabilidade do bem de família da lei 8.009/90 e AC 2002.009400-5- TJMS, que aplicou a impenhorabilidade ao freezer e ao televisor, considerados essenciais à habitabilidade condigna de uma família (rodapé).

³⁰ Segundo Rudolf Smend, o Estado existe e se desenvolve em um processo de constante renovação, denominada por ele de “integração”, do que decorre a necessidade de um sentir constitucional. (SOUZA, 2011 *apud* SMEND, 1970)

³¹ Estado é processo, afirmava Adolfo Posada. (OLIVEIRA JUNIOR, 2009 *apud* POSADA, 1935).

democracia econômica, social e cultural como linha de direção interpretativa de força obrigatória na concretização dos direitos fundamentais sociais³².

Para o fim que nos propomos, será examinado particularmente cada direito social retro mencionado, identificando não só o que eles têm em comum, no que atine à obrigação estatal de efetivá-los, mas, sobretudo o que os diferencia, tanto no trato conferido pelo Judiciário quanto nos critérios específicos adotados no plano normativo; procedimento que assegurará maior consistência na interpretação constitucional da cláusula *pro misero*.

2.1.4 Definição do conteúdo essencial: teorias absoluta e relativa

2.1.4.1 O conteúdo essencial na teoria absoluta

Ainda como ponto basal na análise do tema, o chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível associado à sua própria razão de ser³³; que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama

³² Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “o princípio da democracia econômica e social é um *elemento essencial de interpretação* na forma de *interpretação conforme a constituição*. O legislador, a administração e os tribunais terão de considerar o princípio da democracia econômica e social como *princípio obrigatório de interpretação* para avaliar a conformidade dos actos do poder público com a constituição. Nos casos de *exercício do poder discricionário* e de interpretação de *conceitos indeterminados*, o princípio da democracia econômica e social constitui uma *medida vinculativa* do exercício da discricionariedade e uma *linha de direcção obrigatória* na concretização do conceito indeterminado. Neste sentido se fala de interpretação dentro do ‘espírito’ do princípio da democracia econômica e social e da presunção do exercício do poder discricionário da administração à luz do princípio da socialidade” (grifos do autor). (CANOTILHO, 2003, p.341). Ademais, em complemento, o autor em outro texto: “A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da *polis*. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva* no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais. (CANOTILHO *in* CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p.19). Para nós, é possível identificar o princípio da socialidade em Canotilho com a cláusula *pro misero*. Seriam denominações diferentes para expressar a mesma ideia.

³³ Como já defendido, o chamado mínimo vital, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve ter respeitado. (NUNES JUNIOR, 2009, p.72).

histórico ou ante quaisquer eventuais limites³⁴, sugerindo a admissão da existência de direitos absolutos³⁵.

Para alguns, a aceitação de tal teoria seria necessária a fim de conferir normatividade aos direitos fundamentais (e, por conseguinte, aos direitos sociais) com o estabelecimento de limite intangível ao legislador mediante a garantia de respeito a um conteúdo essencial, o qual imporá limitação à sua atividade legiferante; o que lhes conferiria um grau máximo de operatividade³⁶.

Buscando analisar as restrições aos direitos fundamentais, de forma a definir o conteúdo e extensão destas restrições, assim como a diferenciação entre as restrições e outros institutos na mesma linha, Robert Alexy (2006, p.296-298) propôs a sistematização de sua hipótese acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais.

De acordo com o primeiro par de conceitos, a garantia do conteúdo essencial se relacionaria a uma situação subjetiva³⁷ ou objetiva³⁸ de regulação constitucional; e ainda, pelo aspecto subjetivo, se poderia interpretar a garantia do conteúdo nuclear partindo de uma interpretação absoluta ou relativa (segundo par de conceitos; o que nos interessa no momento).

³⁴ Fala-se também que tal supressão seria um claro desrespeito ao princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

³⁵ A maior parte da doutrina constitucionalista moderna não admite a existência de direitos absolutos, mas relativizados, quando em colidência com os outros, em razão dos princípios constitucionais da ponderação e proporcionalidade *stricto sensu*.

³⁶ As reflexões acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foram desenvolvidas justamente para impedir a ação devastadora dos poderes constituídos que, no afã de conformarem ou restringirem direitos, acabam por aniquilá-los. (MARTÍN-RETORTILLO & OTO Y PARDO, 1988, p. 128 e ss).

³⁷ A perspectiva subjetiva indica a necessidade de observância do conteúdo do direito fundamental para um sujeito determinado, tendo em vista que é ele, e não a coletividade indeterminada, o sujeito desse direito fundamental. (SOUZA, 2011, p.99).

³⁸ A dimensão objetiva protege o direito fundamental com um valor da coletividade, admitindo, que se possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo. O risco de uma versão forte da teoria institucional, como adverte Paulo Bonavides, seria o de subtrair com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador ou que, em nome da instituição, a atividade de conformação legislativa possa se converter em limitação indevida dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva fundamenta restrições a direitos subjetivos individualista, já que a satisfação de um direito fundamental de um indivíduo poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Em consequência, o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito, mas deverão ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos. (SOUZA, 2011, p.95).

Para Alexy, o conteúdo essencial, dentro de uma perspectiva subjetiva – relativa³⁹ é fruto de uma operação: o sopesamento. Assim, à luz da referida teoria, “restrições que respeitem a máxima proporcionalidade⁴⁰ não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade” (ALEXY, 2006, p.296-298).

Já, segundo a teoria absoluta⁴¹, diz o autor, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. Tais direitos, sendo genuinamente absolutos, não sofreriam limitação e/ou restrição nem mesmo sob circunstâncias extremas, não havendo justificativas mais importantes que permitissem qualquer intervenção⁴².

Não obstante, da forma como foi desenvolvida a teoria, é provável que o intérprete seja conduzido a grave engano. O fato de a teoria absoluta prever núcleo essencial fixo pode significar, para alguns, a existência de direitos hermeticamente inflexíveis ou de imposição contumaz.

³⁹ Segundo Daniel Sarmento, a teoria relativa do conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais remete a ideia do princípio da proporcionalidade e tem como adeptos o próprio Robert Alexy e Peter Haberle. (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p.61).

⁴⁰ Muito embora sejam usadas como expressões sinônimas, proporcionalidade e sopesamento (ou ponderação) são terminologias que retratam realidades distintas. A ponderação é método de decisão que escolhe um dentre vários bens jurídicos em colidência, preferindo um deles. A ponderação pode ser abstrata (comparação em tese de bens jurídicos de mesma hierarquia, no qual a norma formula previamente a escolha) ou concreta (no qual a escolha entre os bens jurídicos só pode ser realizada no caso concreto, por meio da proporcionalidade na aplicação concordante das normas constitucionais em colisão).

⁴¹ Segundo Daniel Sarmento, a teoria absoluta do conteúdo do núcleo essencial é perfilhada por José Joaquim Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade. (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p.61).

⁴² Segundo Robert Alexy: “Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”. Nisso se traduz a “teoria do limites dos limites.” (MARTÍN-RETORTILLO & OTO Y PARDO, 1988, p. 281 ss.). Levando-se em consideração a necessária coerência sistêmica, deve existir concordância em relação a todas as normas constitucionais; não podendo nenhum direito ser sacrificado inteiramente em relação aos demais direitos ou bens previstos (seja na constituição ou mesmo na legislação infraconstitucional), uma vez que são limitados pela necessidade de respeitar o direito constitucionalmente reconhecido. De fato, como decorrência da garantia do conteúdo essencial (limite imanente), uma muralha se impõe a atuação legislativa e, declarado constitucionalmente um direito, o legislador só pode limitá-lo se estiver habilitado constitucionalmente para tanto e, ainda, somente na medida em que o é. Todo limite deve justificar-se. Caso contrário, não haverá justificativa que ampare a restrição ou sacrifício de um direito inteiramente. (MARTÍN-RETORTILLO & OTO Y PARDO, 1988, p.128).

Entretanto, como observa Marcos Sampaio de Souza, tendo em vista que o conteúdo desse critério admite variações segundo as circunstâncias do momento (SOUZA, 2011, p.197); absoluto não é sinônimo de uma teoria que sustente conteúdo essencial imutável⁴³.

Partindo da compreensão de que as Constituições foram criadas como instrumentos eficazes na luta pela efetivação dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que “a proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo a possibilidade de um determinado núcleo essencial de certo direito vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa de outro bem” (CANOTILHO, 2003, p.454).

Assim, não é possível admitir direito absoluto dentro do ordenamento jurídico, nem qualquer um que “pode ser exercido sem peias e limites”, principalmente porque a ideia poderá reconduzir, adverte Manoel Jorge e Silva Neto, “à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática” (SILVA NETO, 2013, p.170).

Dessa forma, o ponto nuclear consiste na rejeição de um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis aprioristicamente para cada direito fundamental (SILVA, 2009, p.196), parecendo haver consenso acerca da ideia de que todos os direitos são limitados, devendo ceder, em sua virtualidade protetora, para conciliar-se com os demais bens constitucionalmente protegidos⁴⁴.

Trata-se da teoria absoluto-dinâmica do conteúdo essencial; a qual, dada sua importância na construção teórica da proteção ao núcleo essencial, será objeto de análise mais detalhada a seguir.

2.1.4.1.1. A intangibilidade do conteúdo mínimo

Como visto, a princípio os direitos não são absolutos⁴⁵, devendo ceder para conciliar-se com outros de análoga envergadura.

⁴³ Nesse sentido, defendem Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, segundo os quais “a verdade é um núcleo temporal, que não pode enxergar o movimento histórico como algo imutável” (HORKHEIMER & ADORNO, 1985 *apud* SOUZA, 2011, p.197).

⁴⁴ É o que se denomina Teoria dos Limites Imanentes. (MARTÍN-RETORTILLO & OTO Y PARDO, 1988, p. 128 e ss) (tradução livre).

⁴⁵ No sentido de imutáveis.

Todavia, a fim de conter o esvaziamento do núcleo essencial frente ao exercício arbitrário dos direitos e liberdades públicas, é reconhecido que, embora não haja limitação de um direito (porque sem limitação expressa imposta na lei⁴⁶), há um limite ínsito a ser respeitado: o seu próprio conteúdo essencial.

A primeira ideia que vem a mente, quase que intuitivamente, quando se estuda sobre o mínimo existencial, gira em torno da proteção do conteúdo do seu núcleo essencial; aquém do qual, perde-se seu significado concreto, aniquilando-o por completo.

Considerando essa inquietação, há quem sustente que o conteúdo do mínimo existencial, lastreado na perspectiva absoluta, não se presta a ponderação, vez que já se constitui dos mínimos para a sobrevivência humana e para a garantia das condições iniciais de liberdade.

Na verdade, o mínimo vital já seria fruto de ponderação de princípios e valores jurídicos mais relevantes, sendo mesmo considerado “regra jurídica imperativa⁴⁷ que comporta direitos definitivos e imponderáveis, situado na seara dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2012, p.17). Defende-se, por esse ponto de vista, a intangibilidade do conteúdo mínimo existencial.

De fato, a estratégia traz como vantagem a garantia do máximo de exigibilidade (visto que se reconhece a todo o cidadão um núcleo básico sem o qual não pode sobreviver e o Estado não pode se esquivar em conferir); atingindo-se nível elevado de proteção e concretização dos direitos fundamentais sociais da pessoa humana⁴⁸.

Não obstante, cabe uma vez mais salientar: é o método da proporcionalidade (sopesamento) instrumento fundamental a embasar a necessária fundamentação que reclama a atuação concretizadora relativa aos direitos fundamentais sociais e seu núcleo vital.

⁴⁶ Aqui se trata da teoria dos limites dos limites.

⁴⁷ Entendemos que a solução constitucionalmente adequada deve conduzir a conclusão de que os direitos encartados no núcleo essencial devem ser interpretados à luz da cláusula *pro misero*; considerado, por nós, como um *topoi*. Desenvolveremos a hipótese no tópico 2.2.1.5.

⁴⁸ Certo é que se tem apresentado, como faz Ana Paula Barcelos, o mínimo existencial como a porção essencial do direito fundamental social, que na teoria absoluta, é visto como intangível em quaisquer hipóteses, conduzindo a sua ampla exigibilidade. (BARCELLOS *in* TORRES, 2002).

Compreendido na esfera de proteção de mais de um direito (hipótese de colisão de direitos), só por meio da ponderação de bens⁴⁹, frente às infinitas variáveis fáticas que ditos confrontos possam ostentar, é possível lograr um “ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro” (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p.56).

Ainda segundo Daniel Sarmiento,

O nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e, diretamente, proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compressão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha a ser afetado no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p.56).

Logo, as mesmas complicações estariam presentes e condicionariam a concretização do mínimo vital, recorrendo-se, como valor-fonte de interpretação na busca da resposta de qual seja esse limite absoluto dado pelo conceito, ao princípio da dignidade da pessoa humana; ao qual nos debruçaremos a seguir.

2.1.4.1.2. A dignidade da pessoa humana

Outra estratégia utilizada na delimitação do conteúdo essencial à luz da teoria absoluta, radica na defesa da dignidade da pessoa humana, como valor fonte compreendido em sua dimensão históricocultural.

Com o pós-positivismo, marco teórico no panorama neoconstitucionalista⁵⁰, avultou a importância do princípio, não só pelo seu reconhecimento, mas, sobretudo pela sua normatividade.

⁴⁹ Na ponderação de bens, o princípio da proporcionalidade assume importância ímpar, através da aferição da razoabilidade e racionalidade das escolhas, bem como da adequação entre o conteúdo do direito e a finalidade perseguida pela lei. Quanto ao tema, reservamos tópico específico para tratá-lo com mais vagar, a saber: 3.1.1.2.4 *A ponderação de interesses*.

⁵⁰ Segundo Dirley da Cunha Júnior: “Em meados do século XX, surge na Europa uma nova forma de pensar a Constituição, dando ênfase a sua supremacia material e axiológica, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e compreensão de todo o Direito, estabelecendo a forma adequada de atuação dos órgãos

Com maior força cogente de aplicação, a dignidade da pessoa humana passou a expressar conteúdo material que impõe competência estatal de desenvolvimento dos direitos fundamentais carentes de sentido, inadmitindo, por consectário, o retrocesso social nas suas conquistas e a recusa à hipertrofia da sua função simbólica (SOARES, 2010, p.20-21).

Independente das dificuldades geradas pela vagueza de sua impressão e pela indeterminabilidade do seu alcance, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais representa hoje a possibilidade de exigência de posturas estatais ativas que afiançam ao indivíduo a primazia de tratamento que o distinga das coisas, assegurando-lhe o cumprimento do compromisso constitucional formulado de preservação da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF/88).

Nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares:

Dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, a ponto de ser considerado o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo. Seu valor fonte não é outro senão o próprio homem, com um ser cujo valor ético intrínseco obsta qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação. (SOARES, 2010, p.128).

Em apoio, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, portanto, em direitos e deveres que garantam proteção ao cidadão frente a todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano (SARLET, 2006b, p.160).

políticos do Estado. A este novo pensamento se atribuiu o nome de *neoconstitucionalismo*, proporcionando o surgimento de um novo paradigma jurídico - o *Estado Constitucional de Direito*. O *neoconstitucionalismo*, estágio atual do Constitucionalismo, surgiu como fenômeno responsável pela redefinição do direito constitucional: se antes as Constituições se limitavam a estatuir os fundamentos da organização do Estado e do Poder, agora; elas passaram a incorporar valores, opções políticas gerais e específicas de promoção da igualdade social, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana". (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.39). Ademais, segundo Ricardo Maurício Freire Soares: O surgimento da doutrina *neoconstitucionalista* (*constitucionalismo avançado* ou *constitucionalismo de direitos*) veio na perspectiva de reconstruir os laços entre Direito e Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências sociais. (SOARES, 2010, p.123)

Aqui é importante realçar que, independentemente da visão que se adote⁵¹, o sentido da dignidade da pessoa humana que deve ser acolhido é aquele que “identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurada a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-o tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano” (SOARES, 2010, p.142).

Do exposto, conclui-se que inexiste na coletividade valor que supere o da dignidade da pessoa humana, sendo o *minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, não pode preterir (SOUZA, 2011, p.219); base fundante de cada direito fundamental social em si. Representa limite que se impõe à possibilidade de conformação e restrição dos direitos fundamentais, “exprimindo seu mínimo intangível, indisponível ao poder público, quer no seu agir, quer na sua omissão, tenha ela qualquer manifestação” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.125).

Em outras palavras: seja por omissão de atos normativos ou de atos políticos ou de governo; seja pela omissão de revisão ou reforma da constituição quando esta as exige implícita e explicitamente; seja ainda pela abstenção em adotar medidas administrativas ou, mesmo, pela denegação da justiça (SOUZA, 2011, p.176), “a proteção dos direitos fundamentais contra restrições que atinjam o núcleo essencial dos direitos fundamentais representa “reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição” (SARMENTO, 2003, p.111).

Por fim, sustenta-se, como consequência, que o princípio da dignidade da pessoa humana, axioma interpretativo no estudo do núcleo essencial, não pode ser visto apenas como mera exortação argumentativa; como defendem alguns (SARMENTO, 2003, p.221).

⁵¹ Conforme Miguel Reale há, pelo menos, três concepções acerca da dignidade da pessoa humana: individualista, transpersonalista e personalista. A visão individualista tem como ponto de partida o indivíduo. Decorrente de uma visão liberal, visa limitar a atividade estatal que deve abster-se de interferir, o quanto possível, na vida do cidadão. Já quanto à visão transpersonalista, a dignidade só se realiza no plano coletivo. Realizado o bem coletivo, salvaguardados estarão os direitos que realizam o princípio da dignidade. De matriz socialista, o sentido transpersonalista entende que deve preponderar sempre os valores coletivos. Por fim, a visão personalista nega as duas visões anteriores, na medida em que busca uma inter-relação entre os valores individuais e coletivos. Numa tentativa conciliatória, nessa perspectiva, inexiste preponderância do indivíduo ou do todo. Mas sim, deve-se compreender a dignidade humana como resultado da fusão entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Para finalidade desse trabalho, adotamos a visão personalista, que contempla as duas dimensões dos direitos fundamentais, sem esquecer a relação de remissão e de complemento recíproco entre ambas. (REALE, 1996, p.277).

Mais do que grande “guarda-chuva” (SILVA, 2009, p.192-193), embaixo do qual diversas situações podem ser “colocadas”, o princípio da dignidade humana é capaz de resolver os problemas constitucionais que envolvem o mínimo vital, incorporando-lhes inclusive novas esferas de proteção absoluta do direito⁵², muito além do indispensável à dignidade (SILVA, 2009)⁵³.

Em arremate, é sensato concluir que, problemas concretos, que impliquem na efetivação da dignidade da pessoa humana, sejam resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve, sendo que, juízos de ponderação são inevitáveis, nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos (MENDES & BRANCO, 2012, p.1896).

2.1.4.1.3 A máxima efetividade

Na doutrina clássica, os atos e as normas jurídicas comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No plano constitucional, dada sua peculiaridade, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas: o da sua efetividade.

Apresentada como postulado⁵⁴ maior da hermenêutica constitucional pós-moderna, surge a máxima efetividade ou a força normativa⁵⁵ como solução ao

⁵² Como esta, apresentada nesse trabalho sobre a cláusula *pro misero*, já reconhecida largamente no âmbito judicial e agora, estudada com mais profundidade no campo doutrinário.

⁵³ No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da república significará, assim, o contrário de “verdades” ou fixismos políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta ideia através de princípios da não identificação da neutralidade, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente”. (J. Rawls). (CANOTILHO, 2003, p.225-226).

⁵⁴ Embora a maioria dos autores trabalhe com a ideia de que a “máxima efetividade” é um princípio, aderimos à tese de Manoel Jorge e Silva Neto de que a máxima efetividade é um postulado, isto é, norma estruturante de diretriz interpretativa a nortear o entendimento de todos os princípios e regras constantes no ordenamento jurídico nacional. Em apoio, Celso Ribeiro Bastos entende que a observância dos postulados hermenêuticos é de caráter obrigatório para o intérprete constitucional, “sendo um

problema da ineficácia dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais de cunho vital.

Com efeito, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o postulado da eficácia da norma constitucional é de indubitosa magnitude no procedimento interpretativo que tem como objeto normas de direito social, porque, com toda a evidência, delinea o elemento socioideológico de compromisso constitucional na busca por melhores condições de existência para o cidadão (SILVA NETO, 1998, p.176).

Mais do que apelo moral, atento à máxima efetividade, não há como se demitir o intérprete de seu papel concretizador. Tendo-a como instrumental de interpretação, deve ser apreendida antecipadamente pelo operador do direito, como premissa metodológica e finalística, para solução concreta da questão posta. E, em relação aos direitos sociais de cunho vital, com mais razão, a necessidade de realizabilidade se expande, permitindo-lhe, muitas vezes, superar a própria lei e buscar no sistema a solução mais justa, superadora da suposta programaticidade das normas constitucionais sociais.

Além disso, dentre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.305-344).

Constatações à parte, parece haver entrelaçamento pujante entre a máxima efetividade e a interpretação constitucional da cláusula *pro misero*, informadora do mínimo existencial.

Ao que tudo indica, em se tratando de direitos sociais qualificados pela essencialidade, a máxima efetividade deve servir de pressuposto do funcionamento adequado e na identificação precisa dos efeitos a serem extraídos de cada um dos

comando, uma ordem mesma, dirigida a todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se se quiser, a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior à natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos. Trata-se de uma condição, repita-se, de interpretação. Não se terá verdadeira atividade interpretativa se não estiver bem imbuído dessas categorias. Concluindo, o intérprete fica diante de enunciados cogentes, dos quais a sua atividade (interpretativo-constitucional) não pode descurar". (BASTOS, 2002, p.165-166).

⁵⁵ Termos considerados sinônimos na concepção de Manoel Jorge e Silva Neto (1999).

princípios e direitos constitucionais que os protege, dotando-os de máxima materialização. Inclusive, capaz de determinar ao jurista dar sempre, às normas constitucionais sociais de cunho existencial, interpretação que lhes confira eficácia imediata e incondicionada; mesmo diante da ausência de situações “ótimas ou ideais” para sua concretização⁵⁶ ou da manifestação volitiva do detentor do poder⁵⁷, simbolizando, portanto a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social vigente (BARROSO, 1996).

Por fim, àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, será reconhecido o direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal, até mesmo judicialmente, se necessário.

Só dessa maneira será possível que o valor “concretização” seja introduzido no sistema constitucional pátrio, atingindo-se grau máximo de realizabilidade por meio da correta e consistente aplicação do postulado da máxima efetividade.

2.1.4.1.4. A vedação do retrocesso

Como desdobramento lógico do postulado da máxima efetividade, surge na proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual as conquistas já realizadas e efetivadas não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas (ROCHA, 2001, p.59).

Também chamado de “princípio” da proibição do retrocesso social⁵⁸, contrarrevolução social⁵⁹ ou da evolução reacionária, a vedação opera fundamentalmente no âmbito dos direitos fundamentais de caráter social, impedindo que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela

⁵⁶ A ideia remonta à concepção essencialista de Ferdinand Lassale, para quem, a ordenação jurídico-constitucional dependeria dos fatores reais do poder, como força ativa e eficaz que informa todas as instituições jurídicas da sociedade (SILVA NETO, 1999, p.6).

⁵⁷ A ideia remonta a “decisão política fundamental”, na concepção do decisionismo de Carl Schmitt. (SILVA NETO, 1999, p.8).

⁵⁸ Aqui valem as mesmas considerações já realizadas sobre a máxima efetividade. Embora a maioria dos autores trabalhe com a ideia de que o “retrocesso social” é um princípio, aderimos à tese de que se trata de um postulado. No mesmo sentido, Humberto Ávila. O autor sugere ainda, como postulados inespecíficos: a ponderação, a concordância prática e proibição de excesso e como postulados específicos: a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. (AVILA, 2005, p.93-94).

⁵⁹ Nomenclatura utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.339).

formação social em que ele vive, seja por meio da redução ou supressão de normas constitucionais de direito social⁶⁰.

Tal a relevância prática desse postulado que, conforme Manoel Jorge e Silva Neto, efetivado um mínimo em termos de garantia social, mesmo em se tratando de programa, resplandece o princípio de proibição de retrocesso social como impediente de iniciativa de qualquer órgão estatal que tencione expungir do ordenamento constitucional o elemento socioideológico que lhe serve de fundamento, o que confere, por conseguinte, eficácia jurídica constitucional absoluta (SILVA NETO, 1999, p.39) àquele direito.

Na verdade, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais é, como já referido, um dos maiores desafios do século atual⁶¹.

Para Vital Moreira

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objeto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por ação (PORTUGAL, 1984)⁶².

No Brasil, apesar de não escrito expressamente no Texto Maior, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, de igual modo, “verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional essencial, impedindo, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo

⁶⁰ Para Dirley da Cunha Júnior: tendo em conta a historicidade das conquistas no plano dos direitos fundamentais a proibição do retrocesso visa obstar que tais conquistas sejam suprimidas, abolidas ou enfraquecidas no seio da sociedade (CUNHA JUNIOR, 2012, p.641).

⁶¹ Levando Norberto Bobbio a sentenciar: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”. (BOBBIO, 2004).

⁶² Assim, como os direitos sociais se traduzem para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas, enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem. Todavia, após serem criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição.

inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”⁶³.

No plano da realização, a “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas que geram e aprofundam a situação de miséria, recrudescimento e desigualdade do país, dependendo a reversibilidade do quadro mais da vontade política e da conjuntura externa do que de normas jurídicas (CANOTILHO, 2003, p.339).

Entretanto, a imposição do conteúdo ético axiomático da vedação ao retrocesso, é capaz de obrigar o Estado a adotar políticas públicas inclusivas, ao mesmo tempo em que o impede de renegar, rejeitar e anular, pela violação de seu dever de proteção e segurança, o cidadão no seu âmbito econômico, social e cultural, e, em especial, em seu núcleo essencial de existência mínima, inerente à sua dignidade (ROCHA, 2001, p.57).

Com efeito, muitas são as faces da exclusão social provocada e praticada pelo Estado contemporâneo. Porém, o que mais se considera como a marca da sociedade brasileira é a da que advém das condições sociais de miséria e do desequilíbrio das oportunidades⁶⁴ como comprometedores de sua própria existência. Razão porque, a atribuição aos princípios constitucionais de eficácia vedativa do retrocesso tem contribuído decisivamente para a construção e manutenção das conquistas já obtidas.

Em arremate, nas palavras de Carmem Lúcia Antunes:

Não se há de cogitar em retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havido em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013 (2013d).

⁶⁴ Segundo Canotilho: o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social, de justiça social. [...] Por outro lado, ela é inerente a própria ideia de *igual dignidade social*, funcionando não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão). (CANOTILHO, 2003, p.430-431).

e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.

O que se apregoa com a globalização neoliberal é o oposto deste princípio: é o retrocesso aos parâmetros do século XVIII, quando o homem tinha apenas alguns poucos direitos individuais, formalmente postos e garantidos sem qualquer força ou eficácia, sem que se obrigasse, ainda, o Estado a prover a sociedade de condições econômicas e políticas sujeitas aos interesses de todos, e não apenas de minorias (ROCHA, 2001, p.59-60).

Como resultado, “não há verbo constitucional, não há verba governamental” que se façam legítimos quando violadores do postulado da vedação ao retrocesso⁶⁵.

Inclusive, este enfoque dos direitos sociais de cunho existencial é hoje parte integrante de sua essência, mesmo onde não exista uniformidade quanto ao elenco destes direitos, podendo ser ele extraído, sem inquietação, das finalidades indicadas pela interpretação constitucional da cláusula *pro misero*.

2.2 A NATUREZA JURIDICA DA CLAUSULA *PRO MISERO*

2.2.1 A cláusula *pro misero* e a relação com institutos jurídicos afins

Identificada a cláusula *pro misero* como parâmetro interpretativo do conteúdo do mínimo existencial, há quem identifique sua natureza jurídica como verdadeira regra; a fim de proporcionar-lhe as características de impositividade e coercitividade própria das leis.

Não obstante possua princípios e valores jurídicos como elementos justificantes do seu conteúdo, como será demonstrado, a cláusula *pro misero* guarda particularidades a serem desvendadas por meio do estudo comparativo com outros institutos jurídicos afins; a saber: as cláusulas gerais, os princípios e as regras jurídicas, os postulados e os conceitos jurídicos indeterminados.

⁶⁵ Embora a autora esteja, no contexto, se referindo ao princípio da dignidade da pessoa humana, temos que, no caso, torna-se indeclinável considerar a vedação ao retrocesso um de seus desdobramentos. Isso porque, cabendo ao Estado Social dar suporte institucional para políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais sociais, cumpre-lhe, por consequência, não voltar atrás em sua tarefa, não podendo descumprir o que cumpriu, não podendo tornar a colocar-se na situação de devedor. Inclusive, se o fizesse, incorreria em violação positiva da Constituição, por nós entendida, como expressão eficaz vedativa do retrocesso (terminologia usada por Luis Roberto Barroso) (cf. BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.39).

Passemos a nos ocupar de cada um deles a partir de então.

2.2.1.1 As cláusulas gerais

É costume aduzir a divergência de fundamentações entre duas instâncias jurídicas: regras e princípios; sendo que, num primeiro momento, as regras prevaleciam; e hoje, os princípios ostentam lugar de destaque.

Todavia, pode-se dizer que a questão ganhou foros de atualização com a entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002, o qual trouxe diversas normas principiológicas, remetendo o operador do direito a assimilação de valores⁶⁶, inseridos no ordenamento jurídico diretamente, mediante o exercício da sua atividade (seja ela de julgador, de executor ou legislador). São as chamadas Cláusulas Gerais.

Segundo Alberto Gosson Jorge Júnior, as cláusulas gerais são normas enunciadas pelo legislador com conteúdo propositalmente “indeterminado” e que tem o intuito de propiciar adaptação entre o sistema jurídico calcado em normas de conteúdo rígido e uma realidade cambiante a requerer respostas mais ágeis para a solução dos conflitos sociais (JORGE JUNIOR, 2004, p.XVII).

Já Luís Roberto Barroso entende as denominadas cláusulas gerais (ou conceitos jurídicos indeterminados) como termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem início de significação a ser complementado

⁶⁶ Embora seja íntima a relação entre princípio e valor (sendo o primeiro pertencente à Deontologia (mundo do DEVER-SE) e o segundo; à Axiologia (mundo dos valores; aqui tem-se o conceito do BOM), segundo Robert Alexy, há diferença entre tais modelos: “No direito o que importa é o dever ser. [...] A isso se soma o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas do que o conceito de valor”. Todavia, registra o autor: “O modelo de princípio e de valores mostram-se, na essência, estruturalmente iguais [...]. Diante disso, as objeções às teorias valorativas dos direitos fundamentais podem atingir também a teoria dos princípios”. (ALEXY, 2006, p. 144 e ss). Na sua formulação mais simplificada, pode-se definir valor como sendo um certo *quid* que satisfaz uma necessidade (HESSEN, [s.d.] *apud* JORGE JUNIOR, 2004, p.6). Na concepção tridimensional do Direito de Miguel Reale, o autor situa o valor ao lado da norma (estrutura lógico-formal) e do fato. Para ele, o elemento axiológico deve ser compreendido em sua permanente referibilidade histórica, visto que os valores transcendem cada forma de objetivação normativa. (REALE, 1996, p.258-259). Por fim, Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera que “valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes (exemplo: segurança, liberdade, riqueza e patriotismo). A esse nível de compreensão, eles podem ser entendidos, e, de fato, afirmados sem inibições, como fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso geral” (FERRAZ JÚNIOR, 1973, p.120).

pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto (BARROSO, 2006, p.26)⁶⁷.

Na análise de Judith Martins-Costa, o delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo da técnica de legislar mediante cláusulas gerais ao modelo de técnica de legislar através da casuística. O modelo de cláusulas gerais, portanto, seria o modelo de não casuística (MARTINS-COSTA, 2000, p.296)⁶⁸. Para ela, constitui meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda não expressos, de *standarts*⁶⁹, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 2000, p.274).

Com efeito, sendo enunciados normativos dotados de razoável extensão (pois se aplicam a diversas situações sociais⁷⁰), caracterizam-se por ser formulação da

⁶⁷ Observe que o autor não diferencia as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados e nem as identifica como técnica exclusiva do Direito Civil. Em suas palavras: “as cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito - de longa data elas integram a técnica legislativa – e nem são privativas do direito constitucional - podendo ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é coparticipante do processo de criação do Direito” (vide nota 54). Todavia, alertamos que, posto estejam conectados, os institutos diferem; o que será desenvolvido logo em seguida na seção 2.2.1.4 *Conceitos Jurídicos Indeterminados*.

⁶⁸ Paulo de Barros Carvalho observa que o processo de generalização ocorre quando passamos da verificação dos casos particulares para uma conclusão geral, sobre todos os fatos de uma dada classe. O método que lhe convém é o indutivo, que parte dos enunciados protocolares observados e, sem esgotar o universo dos fatos da mesma índole, pretende extrair lei geral, válida inclusive para os acontecimentos não submetidos à experiência. (CARVALHO *apud* JORGE JUNIOR, 2004, p.2). Para Nicklas Luhmann: “[...] através da generalização, são superadas as descontinuidades típicas a cada dimensão, eliminando-se assim os perigos específicos a cada dimensão. Dessa forma a normatização dá continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que ela de tempos em tempos venha a ser frustrada. Através da institucionalização o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual. A identificação garante a unidade e a interdependência do sentido, independentemente das diferenças objetivas entre as expectativas. Dessa forma a generalização gera uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades; sua função apóia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*. (LUHMANN, 1983, p.108).

⁶⁹ Influência do pensamento norteamericano de Roscoe Pound.

⁷⁰ Para Luís Roberto Barroso, ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisará fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma e, como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, não

hipótese legal com elevado teor valorativo e que, as mais das vezes, se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados para abranger e submeter a tratamento jurídico todo um domínio de casos (JORGE JUNIOR, 2004, p.XVII).

No Código Civil, é possível citar as seguintes cláusulas gerais: boa-fé; abuso de direito; enriquecimento sem causa; função social do contrato, melhor interesse da criança na adoção, interesse geral; sendo que muitas outras são identificadas pela doutrina e pela jurisprudência, já que se trata de rol meramente exemplificativo.

Das considerações acima, é fácil perceber como a utilização desses termos no ordenamento jurídico pátrio pode levar os doutrinadores e os demais operadores do direito a controvérsias sobre a relação que pode existir entre os chamados “conceitos jurídicos indeterminados” (próprios, segundo alguns⁷¹, da discricionariedade administrativa) e a técnica das cláusulas gerais; com a incorporação de valores sociais, ainda que fora do sistema⁷².

No Brasil, embora em ambos possa ser incorporada a ideia de vagueza⁷³, vê-se que os termos não se confundem.

poderá, em sua função, limitar-se à revelação do que lá se contém; terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. (BARROSO, 2006, p.26).

⁷¹ A exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.90 e ss).

⁷² As cláusulas gerais funcionariam como elementos de conexão entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e ingresso de valores situados fora do sistema e que podem, através das cláusulas gerais, vir a ser nele introduzidos pela atividade jurisdicional. Tem pertinência prática a ideia luhmaniana de sistemas. Para Nicklas Luhmann: “a elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico. Isso leva à concepção de que a sociedade industrial moderna tem que instaurar seu direito como direito positivo, e modificável por intermédio de decisões. [...] Tendo esse objetivo em mira, a fim de obter a *flexibilidade* da estrutura normativa é preciso admitir sobre as relações recíprocas um entrelaçamento entre os diversos sistemas analíticos parciais (cultura, sistema social, sistema de personalidade, organismo do sistema de ação). [...] Desta forma as possibilidades implícitas no problema da contingência, no sentido do esclarecimento da função específica do dever-ser normativo — e analogamente do direito — são antes desenvolvidas que obscurecidas”. (LUHMANN, 1983).

⁷³ Caracterizando-se vagueza como uma “imprecisão de significado”, o conceito foi dissecado por Claudio Luzzati, em sua obra *La vaguezza delle norme*. A vagueza seria, ilustrativamente, um problema em se identificar “onde acaba o bosque e onde começa a floresta”, embora ambos, bosque e floresta, contenham o mesmo elemento de qualidade que é a vegetação. Não obstante, nos conceitos jurídicos indeterminados, não estamos diante de uma vagueza comum, mas de uma vagueza socialmente típica. Para Judith Martins-Costa, a expressão “vagueza socialmente típica” nada mais é do que o gênero que tem como espécies as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. (MARTINS-COSTA, 2000, p.315). Daí a dificuldade de diferenciação entre os institutos. (*apud* JORGE JUNIOR, 2004, p.5-7)

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com características de mobilidade, que propiciem a abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se tensão entre preceitos normativos rígidos⁷⁴ e valores em mutação a implicar indesejável mal-estar decorrente de embate sem solução sistêmica (JORGE JUNIOR, 2004, p.10).

Em outras palavras: a nota peculiar das cláusulas gerais é que elas são efetivamente normas, inseridas em roupagem de proposição prescrita escrita, malgrado seu conteúdo possua alto teor valorativo e seja composto especialmente de conceitos vagos e indeterminados⁷⁵.

Ao que parece, o extremo dogmatismo que ainda impera, principalmente entre os civilistas, impôs à falta de norma positiva específica na sistemática do Novo Código Civil, a inclusão de previsão legal típica que veiculasse normativamente princípios constitucionais claramente compatíveis com a vida e a natureza do direito privado, mas que não gozavam de crédito em sua aplicação.

Ainda em contributo, a amplitude das cláusulas gerais ofereceria à dogmática jurídica a tão desejada estabilização do Direito; já que, por meio desse modelo jurídico, há uma espécie de “perenização da norma”⁷⁶; operação esta que evita a revogação formal da norma com a substituição por outra, de ocorrência usual no modelo rígido de normativismo (JORGE JUNIOR, 2004, p.54).

Finalmente, munir os juízes de “artigos da lei”, parecia, naquele momento, a ferramenta mais adequada na busca da almejada objetividade requerida pelos

⁷⁴ É possível diferenciar as cláusulas gerais não só dos “conceitos jurídicos indeterminados”, mas também dos “princípios gerais do direito” (método complementar de colmatação das lacunas, que se colocam em nível inferior às leis e podem ser por ela derogados; mas tem força obrigatória para a Administração Pública, na prática de seus atos), dos “princípios” (mandamentos de otimização que expressam juízos de dever-ser – deontológicos, a princípio harmonizáveis e, só, num segundo momento, ponderáveis) e dos “valores” (que já expusemos linhas atrás e que estão situados no mundo da Axiologia). Nada obstante, serão objeto de desenvolvimento aqueles mais pertinentes ao estudo aqui empreendido e nos limites que evidenciem seus aspectos mais controversos (sem intenção de detalhamento das minúcias), sob pena de desvio do nosso objetivo central: a hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*, defendida nessa pesquisa como *topoi*.

⁷⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro anuncia a existência de dois tipos diversos de conceitos jurídicos indeterminados: os conceitos de experiência ou técnicos, apreciáveis judicialmente e os conceitos de valor, de significação subjetiva dos órgãos da administração que só pode ser controlados pelo Judiciário nos seus limites e contornos. Voltaremos ao tema no tópico específico que for tratar dos conceitos jurídicos indeterminados. (DI PIETRO, 2012, p.115).

⁷⁶ Diante de sua capacidade de absorver valores e processar a substituição destes por outros (mais adequados às necessidades sociais de um dado momento histórico).

obstinados positivistas “de plantão” para o controle da fundamentação dos conflitos postos sob apreciação judicial; o que não chega a comprometer, salvo melhor juízo, o caráter prático dessa opção legislativa no âmbito privatístico⁷⁷.

A par disso, objeções foram feitas à técnica das cláusulas gerais. As mais comuns veriam nas normas com conteúdo indeterminado instrumentos de manipulações ideológicas potencialmente violadoras dos direitos humanos ou identificariam o que os juízes italianos chamaram de “fuga das cláusulas gerais” com Pietro Rescigno (apud JORGE JUNIOR, 2004, p.67), provocada quando diante de desafios da interpretação semântica ou no balanceamento de princípios aparentemente excludentes.

Para finalidade de nossa pesquisa, converter a descoberta (pela indução) dos valores sociais em normas dotadas de vinculatividade e eficácia, sem ruptura da ordem positivada, amplia, não só o grau de concreção dos direitos sociais vitais (também nas relações privadas), mas aumenta extraordinariamente a discricionariedade do Poder Judiciário na interpretação axiológica a ser desenvolvida em suas decisões.

Ainda que não se defenda aqui a mesma discricionariedade postulada na formulação tradicional do direito administrativo⁷⁸, ao juiz é dado explorar a riqueza dos fatos sociais concretos, tanto no aspecto da interpretação do conhecimento do próprio fato que está sendo trazido a julgamento, como na possibilidade de exploração dos valores concorrentes para o caso que se oferece e, diante de tal quadro de incertezas e variedade de opções possíveis, proceder à interpretação que conduza a uma única vertente decisional: aquela que favoreça a dignidade e inclusão social dos reconhecidamente⁷⁹ marginalizados e desafortunados do nosso país.

⁷⁷ Essa questão se reveste de elevado interesse diante da migração dos princípios do Direito Civil para nossa Constituição Federal e vice-versa, ou o que se convencionou chamar de “Constitucionalização do Direito Civil”.

⁷⁸ Como sentenciaremos nas linhas seguintes, a discricionariedade deve ser prerrogativa exclusiva do administrador, que em sua atividade encontra limites político ou moral. Já na jurisdição, o juiz se encontra inserido na atividade criativa da interpretação, não sendo autônomo em suas sentenças, a qual deve corresponder ao direito vigente em dado tempo e espaço.

⁷⁹ Não pode o aplicador, na concretização dos direitos sociais vitais, ignorar o *consenso* já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser examinadas.

À vista do exposto, embora não ostentem a mesma natureza jurídica, cláusula geral⁸⁰ e conteúdo *pro misero* comparecem interligados, tanto pela vagueza e atemporalidade de seu conteúdo, quanto pela afinidade que a interpretação realizada por seu intermédio pode trazer na formação de conteúdo social mais vantajoso, justo e adequado aos ditames constitucionalmente albergados.

2.2.1.2 Princípios e regras

Como já referido, no geral, a dogmática moderna enquadra as normas jurídicas - e as normas constitucionais em particular - em duas grandes categorias diversas: em princípios e regras.

Juntamente com autores como Neil MacCormick, tributa-se a Robert Alexy lugar de destaque na evolução da ciência jurídica contemporânea, sendo o autor da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que, com é cediço, veio a converter-se em obra clássica de estudo obrigatório sobre o tema.

De fato, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy marca evolução na teoria jurídica, na medida em que revela bem sucedida tentativa de integrar a abordagem do constitucionalismo alemão (segundo jurisprudência da Corte Constitucional Federal daquele país) e o desenvolvimento de dogmática pretensamente universal dos direitos humanos.

Recepcionando a distinção de Ronald Dworkin⁸¹ entre regras e princípios, Alexy elabora teoria particular, desenvolvida em sua tese, a qual qualifica como estrutural (ALBUQUERQUE *in* BARRETO, 2006, p. 35).

⁸⁰ Por oportuno, é importante esclarecer que: embora tenhamos usado o termo “cláusula” para construir o conteúdo *pro misero*, não o usamos no sentido de cláusula geral do Direito Civil. Nas próximas linhas, sustentaremos a ideia de *topoi* como a natureza jurídica que inspirou a construção do conceito *pro misero*.

⁸¹ Segundo Dworkin: “[...] As regras são aplicáveis à maneira de *tudo-ou-nada*. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios funcionam de outra forma. Possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão de peso ou importância. Assim, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que é relevante questionar o peso que ele tem ou o quanto ele é importante. As regras não têm essa dimensão de peso ou importância. Somente é possível afirmar que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. [...] Ademais, se duas regras entram em conflito, uma delas não poderá ser válida. A decisão sobre qual será a válida e qual será abandonada ou reformulada deve ser tomada levando em conta considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que estipulam

O autor propõe a compreensão de um complexo de posições jurídicas (direitos, liberdades e competências) para a composição dos direitos fundamentais como um todo, atribuindo destaque ao direito às prestações positivas por parte do Estado e ao estudo do efeito das regras de direitos fundamentais junto aos particulares.

A par disso, embora admita em seus estudos que ostentem mesma hierarquia, em razão da unidade do texto fundamental, para ele, os princípios e as regras podem desempenhar funções distintas dentro do ordenamento⁸².

Segundo Alexy, o ponto decisivo de distinção entre as regras e os princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes⁸³. São, portanto, mandados de otimização, que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas (SILVA NETO, 2013, p.167).

Não obstante, quando se trata das regras, o procedimento é totalmente diverso. Para Alexy, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, exigindo que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, pois detêm uma determinação da extensão de seu conteúdo no plano das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2006).

Ademais, antes de elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles poderia ser resumida, sobretudo, no critério da generalidade (BARROSO & BARCELLOS, 2003 *apud* ESSER, 1961, p. 66): as regras contendo relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem; os princípios, maior teor de abstração e incidência sobre uma pluralidade de situações (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.310-311)

precedência à regra promulgada por uma autoridade de grau superior, ou uma regra mais recente, ou mais específica, etc. (DWORKIN, 2010, p.39, 42-43).

⁸² É importante que se diga que existem teses que entendem ser impossível a distinção entre regras e princípios; sendo que a diferença entre ambas estaria somente relacionada ao grau. Sendo assim, tanto regras quanto princípios são reunidos pelo conceito de norma, tendo em vista que ambos dizem o que deve ser. Não obstante, a maior parte da doutrina, reconhece normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; sendo esse um dos símbolos do pós-positivismo. (BARROSO, 2006, p.27).

⁸³ Por isso que os princípios têm caráter *prima facie*: São normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios, representando razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Outrossim, parece oportuno no momento, à vista da similitude, distinguir a técnica de cláusulas gerais (tratada no tópico anterior) dos princípios.

Isso porque, considerando que as cláusulas gerais se constituem no arcabouço de princípios e valores expressos ou passíveis de serem assimilados pelo sistema jurídico, não é insensato aproximá-las, ao menos funcionalmente, das normas de princípios constitucionais (JORGE JUNIOR, 2004, p.46). Todavia, há diferença fundamental entre ambos.

Segundo Fredie Didier Júnior, a diferença é simples: a cláusula geral é um texto jurídico; enquanto o princípio é norma (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 79).

Com efeito, a norma jurídica é produto da interpretação de texto jurídico (GUASTINI, 2005, p.131 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2010, p.79). Interpretam-se textos jurídicos a fim de que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma “regra”. Da “cláusula geral” do devido processo legal é possível extrair a “regra” de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo (GUASTINI, 2005, p.131 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2010, p.79).

Para outros, como Judith Martins-Costa, não há que se confundir a norma que contém um princípio em seu bojo (por exemplo, a boa-fé) com a identificação pura e simples da “cláusula geral” com as normas de princípios ou simplesmente com os “princípios”. A advertência parte da ideia de que as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação (MARTINS- COSTA, 2000, p.87-88, 156).

Com referência ao tema em estudo, é possível identificar no âmbito privado, como cláusula geral principiológica, aquela inserta no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que determina ao juiz aplicar a lei de acordo com sua finalidade social e às exigências do bem comum⁸⁴.

Trata-se de norma cujo objetivo é guiar o julgador a aplicar a regra jurídica que melhor atenda a “finalidade social”, sem descrever-lhe conduta típica, mas dando-lhe orientação genérica para todas as hipóteses concretas que, sob sua apreciação, possam ser reconhecidas como levando em conta o interesse público.

⁸⁴ Artigo 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A partir da constatação da referida finalidade, é possível relacionar o tema à natureza jurídica da cláusula *pro misero*, podendo-se extrair do estudo dos princípios e das regras sua compreensão teórica.

Se fosse possível escalonamento em função da concretude, poderia dizer que os valores se encontram em posição hierarquicamente acima dos princípios (PÉREZ LUÑO, 1986, p.292 *apud* BASTOS, 1999, p.146), enquanto os princípios parecem estar mais próximos do direito positivo. A cláusula *pro misero*, ao ser vista por nós como um *topoi*, compareceria, no escalonamento, como o degrau mais próximo dos problemas sociais: com a equalização da tese (do autor), da antítese (do réu) pela síntese da decisão judicial⁸⁵. Ou seja, estamos falando de institutos derivados que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo.

Além disso, na transição dos degraus, ao longo do processo histórico, determinados valores adquirem tamanha intangibilidade, que chegam a parecer inatos⁸⁶, consolidam-se, por isso mesmo, em princípios. Como princípios, os valores acabam por adquirir maior ou menor importância, de acordo com o peso do elemento axiológico que lhes serve de fundamento (JORGE JUNIOR, 2004, p.31)⁸⁷.

⁸⁵ Como defeso à autoridade judicial proferir o *non liquet*, escusando-se quanto a comando fixado pela Constituição e, por outro giro, sendo diversas as alternativas possíveis para decidir à conta dos pontos de vistas trazidos pelos sujeitos parciais da lide, servir-se-á o magistrado da argumentação dogmática, alcançará o clímax do conflito, estabelecendo uma relação entre a questão onomasiológica (designação do fato) e a semasiológica da palavra normativa (significado do texto normativo), surgindo a partir daí a argumentação zetética, fundamento da tópica; cerne da pesquisa ora empreendida. (SILVA NETO, 2013, p.154).

⁸⁶ Ronald Dworkin formulou uma teoria própria sobre como o Poder Judiciário deve agir frente aos casos difíceis. A teoria original consiste na seguinte máxima: quando não exista regra regulando o caso, o magistrado deve decidir através da discricionariedade. Todavia, conforme os primeiros capítulos da sua obra: “Levando os direitos a sério” (DWORKIN, 2010); Dworkin refuta essa tese, apresentando outra, segundo a qual, mesmo nos casos difíceis, uma das partes tem o direito de ganhar a causa e o juiz tem o dever de solucionar o litígio lastreando a decisão em direitos pré-existentes (DWORKIN, 2010).

⁸⁷ No particular, sugere-se a leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo às uniões estáveis homoafetivas, deu interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar - ADI 4277; e ADPF 132 (2011b). Entrementes, parece ter havido a elevação do princípio da igualdade a um patamar maior que os demais (numa espécie de hierarquia entre princípios). Segundo o ministro Ayres Britto, o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF

Nesse sentido, a nosso ver, a cláusula *pro misero* vem adquirindo, na prática judicial, importância *sui generis*, pois sua aplicação se dá, no mais das vezes, nos *hard cases* (casos difíceis) que sugerem cessão, colidência ou precedência entre princípios (ou entre princípios e regras) e, embora não ostente a mesma natureza jurídica das cláusulas gerais do direito privado (porque Ihe é superior), derivam do mesmo sistema, concretizando valores constitucionais relevantes na construção da dignidade do cidadão como pessoa humana.

2.2.1.3 Os postulados

A primeira questão a ser colocada em pauta, antes mesmo de sua conceituação, é saber se os postulados podem ser considerados como princípios ou regras jurídicas.

Em seus estudos, Kaline Ferreira Davi cita a diferenciação feita por Humberto Bergmann Ávila entre princípios, postulados e axiomas.

Citando o autor, o axioma seria uma verdade aceita por todos, dado que não é possível nem necessário de ser provado. Já o postulado normativo seria, no sentido kantiano, aquele que explica como pode ser obtido o conhecimento do Direito; por fim, o princípio revelaria o próprio conteúdo do Direito, colaborando na aplicação de outras normas do ordenamento jurídico (DAVI, 2009, p.4-5).

Nas palavras do autor:

Se por um lado, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos; os postulados, de outro; não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevendo indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos (AVILA, 2005, p. 89).

Pelo exposto, rigorosamente, não se podem confundir princípios com postulados.

132, Arguinte: Estado do Rio de Janeiro (RJ), 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 05 jan. 2013) (2011b).

Quanto às regras, distinguiriam por serem normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, enquanto os postulados não descreveriam comportamentos, mas estruturariam a aplicação de normas que o fazem (AVILA, 2005, p. 89).

A par de toda a controvérsia quanto à natureza jurídica dos postulados⁸⁸, deve-se considerá-los como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras, inquirindo-se, nos limites e finalidades impostas por essa investigação, como eles se relacionam e influenciam na interpretação da cláusula *pro misero*.

Não é difícil encontrar casos na jurisprudência brasileira que tenham sido solucionados mediante a aplicação de postulados. Particularmente, ressoam com maior relevância os postulados da proporcionalidade⁸⁹ e da razoabilidade⁹⁰.

Com efeito, fala-se em proporcionalidade quando se exige a adoção, pelo Poder Público, de medidas adequadas⁹¹, necessárias⁹² e proporcionais (em sentido

⁸⁸ A circunstância é que, independentemente da definição que se dê, todas as espécies normativas estão voltadas, em última instância, para o comportamento humano, malgrado por meio de procedimentos completamente distintos.

⁸⁹ Como alertou Virgílio Afonso da Silva: “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Inclusive, Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o *explicitamente* como *regra*. Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade “devem ser classificados como *regras*”, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção. (SILVA, 2002, p. 25-26).

⁹⁰ Humberto Bergmann Ávila sugere postulados inespecíficos: a ponderação, a concordância prática e proibição de excesso e postulados específicos: a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. (AVILA, 2005, p. 93-94)

⁹¹ Segundo Virgílio Afonso da Silva, adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. (SILVA, 2002, p. 36).

⁹² Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. (SILVA, 2002, p.38). José Joaquim Gomes Canotilho chama de princípio da exigibilidade, da necessidade ou da menor ingerência possível. Em acréscimo, o autor aduz a existência de elementos que dão maior operabilidade prática ao princípio: a) exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade especial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público e, por fim, d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. (CANOTILHO, 2003, p. 270).

estrito) (AVILA, 2005, p. 90)⁹³; o que sugere não só a eleição de quais normas devem ser aplicadas no caso concreto, mas em que medida o devem ser⁹⁴.

Quanto à razoabilidade, pode-se percebê-la na medida em que, na busca da equivalência entre duas grandezas, se exige relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória⁹⁵.

Como será desenvolvido no tópico específico⁹⁶, no tratamento da realidade social, ordinariamente se vê a aplicação da proporcionalidade à vista da existência de seus elementos específicos (contrastes entre o geral e o individual) e a tensão gerada pela proporção inversa entre eles.

Pragmaticamente, pode-se dizer que a ideia central passa pela avaliação das restrições⁹⁷, de um lado, e da elevação das finalidades sociais cometidas ao Poder Estatal⁹⁸ de outro, percebendo-se entre eles uma relação de causalidade (de justificação dos meios para promoção dos fins).

Curioso é que, a depender do modo específico de desvelamento da relação existente entre esses elementos, não é de se estranhar que sejam geradas decisões em sentidos diametralmente opostos; seja pela inadequação, pela desnecessidade ou pela desproporção da medida pleiteada.

Voltando à razoabilidade, diante da concepção hodierna dada ao mínimo existencial, tem-se o postulado como instrumento na tentativa de harmonização do direito subjetivo do cidadão e do dever prestacional do Estado.

⁹³ Como será desenvolvida, a proporcionalidade sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. (SILVA, 2002, p. 40). Dada sua importância, o tema será tratado com mais vagar no tópico 3.1.1.2.4 A ponderação de interesses.

⁹⁴ Como se pretende demonstrar, embora tenham objetivos semelhantes, a regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura.

⁹⁵ Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (AVILA, 2005, p.102).

⁹⁶ 4.2.1.3 *Princípio da proporcionalidade.*

⁹⁷ Contingências de ordem econômica, orçamentária e política.

⁹⁸ Sua capacidade de atender os anseios e as necessidades prementes da população.

Tendo como condições externas de aplicação a análise do suporte empírico existente (como as políticas públicas em desenvolvimento, as escolhas das alocações orçamentárias, as insuficiências das dotações) e a relação de congruência exigida entre os critérios de diferenciação escolhidos, é possível aquilatar se a medida (ou omissão) adotada se reveste de razoável motivação.

Aceitando a cláusula *pro misero* como critério que a dimensiona, a razoabilidade parece corresponder, nos casos relacionados aos direitos sociais de cunho essencial, a exigência de prevalência e intangibilidade desses direitos; enquanto resultado da ponderação⁹⁹ dos vários interesses em conflito.

Pelo exame das decisões que aplicaram a cláusula *pro misero* (ainda que não expressamente mencionada em alguns casos), foi possível constatar como o uso dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade levam os julgadores a entender existentes ou não existentes certos elementos, a construir as afinidades entre eles e, em que medida, se deve considerá-los semelhantes ou diferentes.

Interpretações à parte, certo é que a Constituição contabiliza vários dispositivos que contemplam, em seu substrato, os postulados, especialmente dentre àqueles que buscam o desenvolvimento de uma sociedade periférica como a nossa; o que, por si só, justifica a conexão do tema investigado e as considerações acima expendidas.

2.2.1.4 Conceitos jurídicos indeterminados

Do quanto exposto, já são perceptíveis os principais pontos de relação existente entre a cláusula *pro misero* e os conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁰.

⁹⁹ Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, é plausível enquadrar a razoabilidade na proporcionalidade em sentido estrito. Se esta for compreendida como uma ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. (BARROSO, 2001, p. 224 e ss).

¹⁰⁰ De antemão, é necessário esclarecer: embora já consagrada na doutrina e na jurisprudência a terminologia “conceitos jurídicos indeterminados” é contestável. Segundo Eros Roberto Grau não existe *conceitos indeterminados*. Nas palavras do autor: “Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de ideias*, não chega a ser conceito. [...] Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tidos como 'indeterminados' os

Uma das características básicas do conceito legal indeterminado está no fato que eles não se referem a uma coisa certa, mas a uma significação. Dessa característica resulta outra, que é a sua mutabilidade (variação no tempo e no espaço).

Assim, basta considerar a expressão *pro misero* e como a utilização desse termo leva os operadores do direito a discussões sobre a relação que possa existir entre o que compõe o conceito de vulnerabilidade e a discricionariedade do administrador nas escolhas alocativas dos recursos.

Até por esse motivo, o tema ganhou especial relevo no Direito Administrativo, sobretudo porque faz parte da natureza das funções da Administração, orientar-se para a satisfação das necessidades sociais e, para tanto, deve-se deferir certa margem de apreciação ao administrador (quanto às políticas que devem ou não ser priorizadas), isenta de controle judicial¹⁰¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao discorrer sobre o tema, justifica o posicionamento acima, recorrendo à distinção feita pelo Direito Italiano entre conceitos de experiência (técnicos ou empíricos) e conceitos de valor (discricionariedade propriamente dita) (DI PIETRO, 2012, p. 106 e ss).

De origem austríaca, porém mais desenvolvida na Itália, a dessemelhança entre os conceitos foi obra de Bernatzik, em 1864. Naquilo que interessa, a consequência dessa distinção, seria, segundo Regina Helena Costa que:

Em se tratando de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, o controle judicial seria amplo, exatamente porque cabe ao Poder Judiciário, como função típica, interpretar o alcance

'conceitos' cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como 'conceitos' carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que é da *participação no jogo de linguagem* no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. Como observei anteriormente, ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas (= os termos dos conceitos) expressam significações sempre determináveis". (GRAU, 2005, p. 231-233). A propósito, comungam da mesma ideia, Manoel Jorge e Silva Neto e Ricardo Maurício Freire Soares.

¹⁰¹ Na posição de alguns autores, especialmente os alemães.

das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da interpretação subjetiva do órgão administrativo. Nesse caso, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico (COSTA, [sd.], p.108).

Não obstante, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm defendido a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados, sejam técnicos ou de valor, não geram discricionariedade absoluta, pois, pelo trabalho de interpretação, que incumbe ao Poder Judiciário, é possível chegar a uma única solução correta perante o Direito (DI PIETRO, 2012, p. 118).

Todavia, ainda nesse ponto, faz-se objeção. Pode ocorrer que, terminado o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, positiva ou negativa, restando uma zona cinzenta, de dúvida quanto à solução correta da lide.

Para Zanella Di Pietro, nesse caso, é preciso reconhecer certa margem de apreciação para Administração decidir e, desde que devidamente motivada em razões de razoabilidade e proporcionalidade, haverá discricionariedade a ser respeitada pelo Judiciário, sendo a decisão administrativa definitiva e não passível de invalidação judicial (DI PIETRO, 2012, p. 118).

Entretanto, salvo melhor juízo, ainda sob esse aspecto, a tendência é ampliar a sindicabilidade dos atos do administrador, ainda que a análise seja limitada aos motivos determinantes que levaram à decisão administrativa e à aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade suso referidos.

A ideia prevalecente é que todos os conceitos, sendo jurídicos determinados ou indeterminados, exigem interpretação; não existindo razão que os diferencie qualitativamente ou que os torne ininterpretáveis.

Há de se ver, todavia que não é fácil fixar critérios para definir onde termina o trabalho interpretativo e onde começa a discricção do dirigente administrativo¹⁰². De igual modo, adotar posições extremadas, que privilegiem uma função em detrimento da outra, também não se afigura como melhor resolução.

Ao que parece, a única decisão possível é a que admite ao Poder Judiciário examinar, no campo das políticas públicas sociais, o mérito dos atos administrativos,

¹⁰² Apesar da dificuldade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe uma lista dos casos em que haveria discricionariedade, a qual será mencionada no tópico próprio, de estudo da Discricionariedade da Administração.

sem que isso signifique invasão de atribuições ou anulação da discricionariedade do administrador.

Respeitados os moldes da legalidade ampla¹⁰³, não há dúvidas de que as decisões judiciais não de se revestir das necessárias cautelas, jungindo-se a interpretar, sob exame cuidadoso dos aspectos concretos da realidade fática, o senso comum sobre o que é justo, certo e consentâneo com o interesse público constitucionalmente pretendido. Comparecendo, em auxílio, nessa tarefa, a interpretação dada pela cláusula *pro misero*.

2.2.1.5 Nossa posição: cláusula *pro misero* como topoi

Após as considerações sobre os institutos afins, cumpre investigar, a partir de então, à luz das novas metodologias do pensamento científico do século XXI, as características e natureza jurídica da cláusula *pro misero*.

Como vimos defendendo, embora haja afinidade com os princípios, postulados e os conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁴, a cláusula *pro misero* distingue-se por peculiaridades que lhe conferem natureza diversa e específica no sistema jurídico pátrio, seja pela própria necessidade de formulação teórico-jurídica mais condizente com as transformações sociais hodiernas, seja pelas contradições práticas que a sociedade pós-moderna vem impondo à ciência do Direito.

Visando atender os novos padrões de contextos sociais, na estrutura da hermenêutica constitucional *pro misero*, parece forçoso aceitar, logo de início, um deslocamento da discussão do padrão lógico formal-sistemático de inspiração positivista para um eixo criativo do direito, que, se de um lado, preserva o conteúdo normativo do ordenamento, de outro, lhe aproxima mais efetivamente da dimensão concreta de justiça. É nesse cenário que comparece de importância salutar a metodologia tópica de abordagem do direito.

De matriz aristotélica, a concepção tópica procura situar-se na conhecida distinção, que tem caracterizado o pensamento ocidental, entre o conhecimento e/ou

¹⁰³Que abrange os princípios e valores adotados, expressa ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico nacional.

¹⁰⁴Reconhecendo-se, inclusive, pontos de interseção entre os institutos.

raciocínio apodítico¹⁰⁵ e o conhecimento e/ou raciocínio dialético-retórico¹⁰⁶ de deliberação a partir de opiniões ou pontos de vista geralmente aceites - os *topoi*.

Os *topoi* ou “lugares comuns” podem ser conceituados como argumentos estandardizados, aceites por todos (pela maioria ou pelos mais qualificados) que, progressivamente e por múltiplas aproximações, fundamentam a racionalidade das decisões judiciais de forma mais consistente e persuasiva, pela obtenção do consenso (SANTOS, 1988, p. 5-6)¹⁰⁷.

Nesse sentido, Daniel Sarmento leciona:

A partir do caso concreto, o operador do direito deve buscar a solução mais justa, através de um procedimento circular, por intermédio do qual são testados os diversos *topoi* (pontos de vista), para verificar qual deles acena com a melhor resposta para o problema enfrentado... A decisão, na tópica, resulta do confronto dialético entre os diversos *topoi* pertinentes ao caso, devendo prevalecer aquele que contribuir para a construção da solução mais justa (SARMENTO, 2003, p. 128-129).

No Brasil, como característica elementar, a hermenêutica da cláusula *pro misero* tem ocorrido essencialmente no âmbito dos tribunais, tendo por instrumento, a zetética¹⁰⁸ e; ponto de partida, os problemas sociais emergentes concretos.

Por esse processo, buscam-se levar em conta os méritos relativos às diferentes pretensões, mesmo daquelas que se situam fora do objeto da causa ou que aprioristicamente seriam “proibidas” - à luz dos critérios da lógica jurídico-sistemática e das regras definidoras da competência e da jurisdição (SARMENTO, 2003, p.128-129), mas que a sociedade refere e tem conhecimento direto; tencionando-se, nesse propósito, que a decisão contabilize o menor número de equívocos e o maior número de adesões.

¹⁰⁵ O conhecimento apodítico (as aporias) aspira à verdade absoluta e recorre para isso à demonstração analítica, através da dedução lógica (silogística) ou da experimentação empírica.

¹⁰⁶ O conhecimento dialético-retórico aspira à adesão ao que é crível, plausível, razoável, recorrendo para isso a provas dialético-retóricas, isto é, à argumentação.

¹⁰⁷ Em Aristóteles, os *topoi* consistem num conjunto de pontos de vista empregáveis em muitos sentidos e que são aceitáveis universalmente, que podem conduzir à verdade. (DIAS, 2010).

¹⁰⁸ O termo zetética deriva do grego *zetein*, que significa por em dúvida, investigar, duvidar. Assim, pode-se entender o pensamento zetético como uma oposição ao pensamento dogmático. A zetética coloca o questionamento como posição fundamental, admitindo que qualquer paradigma ou dogma seja investigado, indagado. Qualquer premissa tida como certa pela dogmática pode ser reavaliada, alterada e até desconstituída pelo ponto de vista zetético.

Inclusive, uma das características mais salientes do *topoi pro misero* reside em que as decisões não resultam da aplicação unívoca de normas/leis gerais a casos concretos. São antes o produto do sopesamento e fixação gradual, provisória e sempre reversível do *topoi*, cuja carga normativa (extremamente vaga em abstrato) se vai especificando, a medida que se envolve, pela argumentação, com a faticidade concreta da situação em análise.

O objetivo, como dito, é estabelecer gradualmente decisão que seja aceite pelas partes e pelo auditório relevante¹⁰⁹, ou que, “não sendo aceite por todos, mantenha [como observado por Boaventura de Souza Santos] carga de persuasão suficiente para marginalizar ou estigmatizar os recalcitrantes” (SANTOS, 1988, p. 17-19)¹¹⁰.

Não obstante, a par do proveito, o uso dessa nova metodologia não passou incólume aos críticos.

Um dos problemas fundamentais fica por conta da própria imprecisão conceitual de tópica e de *topoi*¹¹¹. Ademais, em se tratando de tema tão incômodo como o da efetividade dos direitos sociais, muito difícil é alcançar o sobredito “consenso” por exigir base social estável, projetos institucionais firmes e cultura política progressista; o que ainda não se observaria na sociedade brasileira.

De outro lado, ao ser adotada como forma de pensamento *a posteriori* - e não *a priori* - a cláusula exige dos operadores do direito à consideração dos problemas

¹⁰⁹ Os demais interessados e a própria sociedade. Aqui a referência é a retórica de Chaim Perelman. A partir de 1947, na Bélgica, Chaim Perelman, juntamente com sua colaboradora Lude Olbrechts-Tyteca, vai desenvolver sua pesquisa que resultará, em 1958, na publicação do Tratado da Argumentação. Perelman é pioneiro na reabilitação da retórica e no despertar do interesse, sobre o tema, de sucessivas gerações de filósofos. Suas reflexões sobre o discurso argumentativo e a introdução dos conceitos de auditório interno e universal ampliaram, de modo significativo, o conhecimento acerca desse processo de comunicação. Como cerne de seu estudo, para Perelman *em função de um auditório, qualquer argumentação se desenvolve*. Para tanto, deve-se ter em mente que: “toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”. (PERELMAN, 2005, p. XIV e 16).

¹¹⁰ Marxista notório e confesso, Boaventura de Souza Santos reivindica, neste livro, a incorporação do discurso jurídico, enquanto objeto de estudo, a uma abordagem marxista do Direito. Por meio da investigação científica do processo de produção informal do direito ocorrida na favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro (1970), o autor vai visualizar o nascimento e desenvolvimento de um direito extraoficial, denominado de “Direito de Pasárgada”. Pelo uso de mecanismos normativos e fóruns jurídicos criados pela própria comunidade na resolução dos problemas afetos à moradia, o autor pretende responder dois questionamentos: acerca das possibilidades e dos limites do direito insurgente diante dos desafios contemporâneos.

¹¹¹ Quanto a crítica, voltaremos a falar com mais vagar no item 4.2.2.2 *A tópica de Theodor Viehweg*.

fora do tradicional modelo de sistema. Pensar topicamente, requer um sistema aberto, no qual a ideia de hipossuficiência e seu combate não pode e nem deve ser aferida de antemão (pela fixação de critérios objetivos); mas requer ser deliberada pela reflexão do problema – e de sua interpretação – em toda a sua extensão e complexidade¹¹².

Contudo, ao que tudo indica, foi a reflexão sobre a normatividade dos direitos fundamentais sociais de cunho existencial que tornou imperativa a análise dos casos concretos sobre as possibilidades da metodologia tópica do direito, estimando-se, por essa via, dotá-los de legitimidade e consistência na garantia de concretização do pacto social constitucionalmente albergado.

Na *práxis*, quando defronte a problemas relacionados às diversas formas de marginalização, vê-se que os tribunais precisam alijar a antiga pretensão de permanência e a-historicidade do conteúdo normativo; preferindo, no trato das questões sociais, alcançarem-lhes a resolução por meio de valorações e referências conjunturais de reconhecida mutabilidade no tempo e no espaço (MENDONÇA, 2003, p.278), o que faz sentir, ainda mais presente, o vigor da influência da hermenêutica tópica nesse processo.

A nosso ver, a cláusula *pro misero* é fruto do anseio compartilhado pela sociedade brasileira de irresignação e urgência em dar significado e efetivo cumprimento ao querer constitucional de depauperamento das desigualdades de diversas ordens¹¹³ que ainda marcam a realidade de inúmeros cidadãos em todo o país.

Como consectário, é crescente o prestígio do uso do *topoi pro misero* nas decisões judiciais que envolvem direitos sociais vitais e, embora alvo de críticas, sua aplicação demonstra que as leis carecem menos rigor e mais relativização, como única forma de superar a inoperância das diretrizes constitucionais e as limitações da dogmática clássicas.

¹¹²A par dessas críticas, destaca-se também a própria imprecisão conceitual de praticamente todos os principais pontos utilizados na construção do pensamento tópico. Segundo Manuel Atienza, pode-se atribuir, pelo menos, três sentidos diferentes a tópica de Viehweg: (1) uma técnica de busca de premissas; (2) uma teoria sobre a natureza das premissas; (3) uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica. (ATIENZA, 2000, p. 70-72).

¹¹³ Leia-se: diversidade cultural, racial, étnica, social, educacional, econômica, dentre outras. Ou seja, qualquer tipo de vulnerabilidade ou relação desigual não autorizada pela Constituição Federal de 1988.

Em razão de todo o exposto, é que se justifica a opção, nesse trabalho, pela identificação da natureza da cláusula *pro misero* como um *topoi*, tendo, no exame da atividade judicial, tanto dos tribunais locais quanto do constitucional, não só sua gênese, mas também a fixação de suas características mais marcantes de prevalência, sobreposição e essencialidade.

3 INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA CLAUSULA *PRO MISERO*

3.1 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NA CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA *PRO MISERO*

Ainda perturba o cenário jurídico nacional a busca pela definição e escolha das políticas públicas que, em consonância com o fenômeno do neoconstitucionalismo, atendam prioritariamente o interesse público¹¹⁴ representado pela vontade coletiva da sociedade sobre como realizar o combate e a erradicação das inópias sociais.

Realizar a “melhor” escolha, para o alcance desse desiderato, não é tarefa simples. Ao lado das variantes políticas¹¹⁵, parece imprescindível que se perscrute a realidade circundante que envolve a adoção de tal ou qual política pública estendendo-se a análise para além da esfera de interesse do autor que a reclama; procurando identificar os limites¹¹⁶ e possibilidades oferecidas pelo arcabouço

¹¹⁴ Numa tentativa de unificar as diversas acepções que o termo pode adquirir, Clara Machado delimita o conceito de interesse público na busca pelo Estado, em qualquer de suas funções, do interesse público primário, representativo da vontade social, e não o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica. Com essa ideia em mente, a concepção de interesse público pode ser vista como a soma dos interesses individuais de cada membro considerado em sociedade. (MACHADO, 2010, p. 133-146).

¹¹⁵ Ainda que a presente tese tenha como meta investigar os processos seletivos do ponto de vista essencialmente jurídico, é importante salientar que questões de ordem política partidária podem influenciar nas escolhas dos programas do governo. Nesse meridiano, relevantes os estudos de Dieter Grimm. Segundo o jurista alemão, reconhece-se que “o sistema político só poderia cumprir a sua missão em curto prazo – de superar a guerra confessional, e de longo prazo – de adequar a ordem social às situações que mudavam mais rapidamente, se ele se emancipasse da ligação à ordem preestabelecida e não ficasse limitado à imposição do cumprimento do direito, mas, complementarmente, obtivesse o poder de legislar. Entretanto, salienta Grimm, com o surgimento do Estado e da positivação do direito, a relação de direito e política se modificaria substancialmente. O direito tornara-se factível e podia ser instituído como instrumento para persecução de fins políticos. Diante disso, inverteu-se a antiga relação de hierarquia, passando a política a se situar acima do direito, lhe conferindo conteúdo e validade. Contudo, isso desaguiou no problema da justiça, uma vez que, não mais vinculado a princípios preestabelecidos e tornado contingente em seu conteúdo, o direito estabelecido politicamente não trazia nenhuma garantia de exatidão em si. (GRIMM, 2006, p. 8). Para se retomar a limitação da disposição política pelo direito, a Constituição foi o meio, não de eliminação da política, mas de moldura contentora, tendo como barreira concreta a introdução da jurisdição constitucional. (GRIMM, 2006, p. 8-17).

¹¹⁶ Segundo Martonio Mont’Alverne Barreto Lima: “Aqui, talvez, reside o grande desafio: concretizar as propostas inovadoras, sem abandonar a perspectiva do realismo, a fim de que não se remeta tudo a uma missão do sentimental e moralista idealismo”. Todavia, por mais contraditório que pareça, é a partir dessa premissa que o autor tenta

jurídico pátrio¹¹⁷ que resulte na máxima efetividade desses direitos de forma coletiva e igualitária, bem como se preservem, na maior medida possível, os demais princípios constitucionais de igual hierarquia.

Nesse processo, atitudes conservadoras fundadas em interesses patrimonialistas, ao lado da falta de cultura política da participação cidadã¹¹⁸, parecem ser fatores impeditivos de experiências inovadoras, ao tempo em que, potencializam a grande desigualdade social.

É preciso, antes de qualquer coisa, que haja proveito para toda a sociedade, e não a vitória ou derrota para uma das partes.

Mais não é só isso. Especificamente com relação à pesquisa aqui empreendida, a questão provoca maior inquietação, pois estamos diante de direitos de conteúdo individual, todavia diferenciado, considerado mesmo essencial; os quais não comportariam restrições de qualquer ordem¹¹⁹.

Buscando equalizar as dificuldades suso expendidas, é imperioso traçar os fundamentos que norteiam a metodologia das escolhas, percebendo *a priori* que incumbe ao Estado¹²⁰, como protagonista desse processo, proteger e concretizar o objetivo fundamental da república brasileira de combater e erradicar a miséria e a marginalização.

Na construção de uma teoria geral que fixe esses critérios, é plausível encontrar contribuições já na teoria rawlsiana sobre Justiça; profícua na compreensão de aspectos básicos a serem observados nos processos seletivos.

brevemente discutir como o idealismo constitucional é importante para a efetivação de direitos fundamentais, inclusão social, democratização da sociedade etc., muito mais em virtude do fato de que sua utilização constante representa o antídoto contra sua própria criação. [...] “a sobrevivência de uma constituição dirigente depende também do convencimento da sociedade de que esta constituição ainda vigora e que sua simbologia referencial não foi esquecida” (LIMA *in* LIMA, 2006).

¹¹⁷ Embora haja expressa declaração no texto Constitucional de alguns parâmetros objetivos que demonstre como o Estado deve se desincumbir de seu mister, foi reservado ao legislador infraconstitucional a tarefa do detalhamento dos critérios de definição e ao Executivo; da realização (cf. PALADINO, 2008, p.226).

¹¹⁸ Em preleção, Manoel Jorge e Silva Neto defende um constitucionalismo tardio no Brasil.

¹¹⁹ Ideia trabalhada no tópico 2.1.4.1 que trata do caráter absoluto do núcleo essencial.

¹²⁰ O Estado aqui considerado como uma instituição política organizada funcionalmente para regular e estruturar uma dada sociedade, em um determinado território. Embora estudado dentro de outras acepções, conforme salienta Paulo Bonavides, interessa-nos aqui a acepção jurídica: Segundo Burdeau, o conceito de Estado assinala sobretudo o aspecto institucional do poder. Diz esse autor que “o Estado se forma quando o poder assenta numa instituição e não num homem. Chega-se a esse resultado mediante uma operação jurídica que eu chamo a institucionalização do Poder” (BONAVIDES, 2008).

Na conversão destes parâmetros, foi possível identificar as principais condicionantes à atuação estatal nas alocações orçamentárias, tais como os limites impostos à discricionariedade administrativa, a ponderação de interesses e a (in)oponibilidade da cláusula da reserva do possível, além da possibilidade de resposta judicial nos casos de falhas na seleção, insuficiência ou inexecução das políticas públicas.

Desafio seminal na compreensão das políticas públicas de combate às vulnerabilidades, formulamos proposta hermenêutica de como prioridades conflitantes podem sobreviver, a despeito do enfrentamento da razão; tendo como guia nessa tese, a ideia de que as realizações sociais em termos estritamente impessoais parece ser, na perspectiva pós-moderna, totalmente arbitrária e constitucionalmente incoerente.

3.1.1 A racionalização das escolhas e os processos seletivos

Apesar de dotados de eficácia imediata, os direitos sociais de cunho essencial possuem pouca densidade normativa, visto que, além de estarem diretamente dependentes do gerenciamento financeiro estatal, em geral, são conceitos abertos, que não trazem a exata definição de como devem ser efetivados na prática e nem quais são os possíveis limites, se existentes, nessa prestação¹²¹.

Foi na busca do caminho para melhor orientar os intérpretes e aplicadores do direito acerca do tema que John Rawls e depois seu discípulo, Amartya Sen, desenvolveram a “Teoria da Justiça”¹²².

¹²¹ Nas palavras de Paulo Bonavides: “Até onde irá, contudo na prática essa garantia, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza. É muito cedo para antecipar conclusões, mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobremodo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa de crise. Crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde que implantamos neste País a república há cem anos”. (BONAVIDES, 2008, p. 373).

¹²² Discípulo de John Rawls, o economista indiano crítica muitas das hipóteses de seu mentor, chegando a considerá-las utópicas e dissociadas da realidade, todavia, não ignora que algumas características básicas da teoria rawlsiana são úteis para a compreensão dos critérios a serem observados nos processos seletivos (sobre o tema, conferir: RAWLS, 2002; SEN, 2011, p. 56-57).

Ilustrando seu pensamento por meio da história, envolvendo três crianças e uma flauta¹²³, Amartya Sen vai admitir que não é fácil ignorar como infundadas quaisquer das pretensões baseadas respectivamente na busca da satisfação humana, na remoção da pobreza ou no direito a desfrutar dos produtos do próprio trabalho; não havendo uma só solução francamente justa. E é dentro da abordagem de pluralidade de razões plausíveis¹²⁴ que o autor vai desenvolver suas ideias sobre realizações, vidas e capacidades¹²⁵ de pertinência prática no campo de estudo da teoria da escolha social.

Os primeiros teóricos da escolha social se empenharam por desenvolver abordagem que incluía evitar as arbitrariedades e as instabilidades dos processos de seleção atentos às preferências e interesses dos indivíduos.

Primeiramente explorado por Condorcet e, depois, reavivado por Kenneth Arrow, por volta de 1950, a teoria da escolha social foi estruturada com axiomas que exigiam das decisões sociais o preenchimento de determinadas condições mínimas de razoabilidade, das quais emergiriam ordenações e escolhas sociais apropriadas

¹²³ Anne, Bob e Carla — deve ficar com uma flauta pela qual estão brigando. Anne reivindica a flauta porque ela é a única que sabe tocá-la (os outros não negam esse fato) e porque seria bastante injusto negar a flauta à única pessoa que realmente sabe tocá-la. Se isso fosse tudo o que você soubesse, teria uma forte razão para dar a flauta à primeira criança. Em um cenário alternativo, é Bob que se manifesta e defende que a flauta seja dele porque, entre os três, é o único tão pobre que não possui brinquedo algum. A flauta lhe permitiria brincar (os outros dois admitem que são mais ricos e dispõem de uma boa quantidade de atrativas comodidades). Se você tivesse escutado apenas Bob, teria uma forte razão para dar a ele a flauta. Em outro cenário alternativo, é Carla quem observa que ela, usando as próprias mãos, trabalhou zelosamente durante muitos meses para fazer a flauta (os outros confirmam esse fato) e só quando terminou o trabalho, “só então”, ela reclama, “esses expropriadores surgiram para tentar me tirar a flauta”. Se você só tivesse escutado a declaração de Carla, estaria inclinado a dar a ela a flauta em reconhecimento a sua compreensível pretensão a algo que ela mesma fez. (SEN, 2011, p. 28).

¹²⁴ Segundo Sen, “a teoria da escolha social tem reconhecido consideravelmente a pluralidade de razões, todas elas exigindo nossa atenção quando consideramos questões de justiça social (como pode ser demonstrado na história das três crianças e da flauta), e podendo por vezes conflitar umas com as outras. Essa pluralidade inescapável pode ou não levar a uma impossibilidade, gerando um impasse, mas a necessidade de levar em conta a possibilidade de conflitos duradouros de princípios não elimináveis é ponto muito importante na teoria da justiça”. (SEN, 2011, p. 90).

¹²⁵ Segundo Sen, a necessidade de uma concepção da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser insensível às vidas que as pessoas podem viver de fato. O significado das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser suprido por dados sobre instituições que existem e pelas regras que os regem. Isso porque, embora instituições e regras sejam relevantes para influenciar o que acontece, as realizações de fato, vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem — ou não — viver (SEN, 2011, p. 31).

de estados sociais alternativos (SEN, 2011, p. 81-82). Como exemplo, os estudos de William Petty; o precursor da estimativa da renda nacional.

Petty propôs formas e meios de avaliação da renda nacional através da utilização do “método da renda e da despesa” que poderia ser explicado da seguinte maneira: “os súditos do rei” estavam numa situação tão ruim a ponto de torná-los homens descontentes”?

Levando em consideração variáveis como “a segurança comum” e “a felicidade particular” de cada homem, muitas vezes ignorada na análise econômica, Petty chegou a conclusão de que os rendimentos e a opulência, em si, não são importantes, mas sua valorização é condicionada pelo que ajudam as pessoas a realizar, incluindo uma vida boa e que valha a pena.¹²⁶

Ademais, posto que se reconheçam as fortes influências das características comportamentais reais de auto-interesse, a racionalidade nas escolhas depende, para se sustentar, de argumentos que sobrevivam ao exame crítico e aprofundado¹²⁷, caracterizando-se pelo auto-interesse inteligente que leva em conta como o próprio bem estar é afetado pela aceitação dos outros.

Nas palavras de David Gauthier:

A chave para ponderação dos interesses é reconhecer que há benefícios comuns que podem ser realizados se houver aceitação de restrições comuns a todos [...] [e] restringir a perseguição de seus

¹²⁶ E o autor exemplifica: “Se uma pessoa tem uma renda alta, mas também é muito propensa a uma doença crônica, ou é afetada por alguma deficiência física grave, então ela não precisa necessariamente ser vista como estando em grande vantagem pela simples razão de ter uma renda alta. Ela com certeza tem mais de um dos meios para viver bem (isto é, uma renda elevada), mas enfrenta dificuldades em converter essa vantagem em boa vida (ou seja, vivendo de forma que tenha razão para celebrar) devido às adversidades da doença e à deficiência física. [...]” (SEN, 2011, p. 176). Ao revés, a expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população. (SEN, 2000, p. 170-171). Assim, temos de olhar o quanto uma pessoa pode de fato realizar, se assim o deseja, gozando de um estado de boa saúde, bem estar e aptidão, para fazer o que tem razão para valorizar.

¹²⁷ Essa abordagem é baseada na ideia de uma ligação entre o que para nós seria racional escolher e o que temos razão para escolher. Ter razão para fazer algo não é apenas uma questão de estarmos indiscutivelmente convencidos (por um sentimento forte e instintivo) de que temos “excelentes razões” para fazer aquilo que escolhemos fazer. Pelo contrário, isso exige investigar as razões subjacentes à escolha e analisar se as razões alegadas sobrevivem a um exame crítico e penetrante, que podemos empreender se e quando compreendermos a importância desse autoexame. [...] (SEN, 2000, p. 141).

próprios interesses tratando os outros sempre como fins e não só como meios (DI NAPOLI *in* DUTRA & MORTARI, [s.d.], p. 173-194)¹²⁸.

Inclusive, nesse ponto reside a maior contribuição da teoria para os processos de alocação de recursos na implementação das políticas públicas de cunho social.

Nessa visão, a racionalidade da escolha é, sobretudo, questão de basear nossas escolhas — explícita ou implicitamente — em argumento que possamos sustentar de forma reflexiva se as submetemos à análise crítica, sendo essa fórmula fundada na ideia de que há forte conexão entre o que para nós seria uma escolha racional e o que temos motivos para escolher¹²⁹.

A justificação aqui assume a seguinte forma argumentativa: ter razão para fazer algo não é apenas questão de estarmos irretorquivelmente convictos de que temos “excelentes razões” para fazer aquilo que escolhemos fazer. Mas sim porque que temos responsabilidade em relação àqueles assimetricamente menos afortunados e poderosos que nós, sendo então esse argumento suficiente para que a pessoa considere seriamente o que deve fazer tendo em conta esse reconhecimento¹³⁰.

Por fim, também de importância salutar, a teoria da escolha social abre espaço de permanente reavaliação e análise mais consistentes. Isso porque, com o passar do tempo, “os princípios gerais de decisões sociais, que inicialmente parecem plausíveis, podem se revelar bastante problemáticos, vez que podem de fato conflitar com outros princípios gerais que também parecem, pelo menos

¹²⁸ O autor faz análise comparativa entre David Gauthier e John Rawls a respeito da relação entre moral e racionalidade num confronto de duas perspectivas distintas do contratualismo moral contemporâneo. Segundo Gauthier, um dos maiores problemas da ética moderna é a conciliação da moralidade com a racionalidade.

¹²⁹ De fato, quando se trata da equidade em relação às outras pessoas, haveria alguma necessidade de ir além das exigências da racionalidade quanto ao autoexame permissivo, e considerar as exigências do “comportamento razoável” em relação aos outros: “Nesse contexto mais exigente, [...] considerar com atenção um escrutínio crítico da perspectiva dos outros deve ter um papel significativo para nos levar além da racionalidade, em direção ao comportamento razoável em relação às outras pessoas. Aqui há espaço para as exigências da ética política e social” (SEN, 2000, p. 152).

¹³⁰ Os argumentos que não se baseiam na perspectiva do benefício mútuo, mas se concentram nas obrigações unilaterais devidas à assimetria de poder não são apenas utilizados hoje, de forma ampla, no ativismo pelos direitos humanos, como também podem ser vistos nos esforços iniciais para reconhecer as implicações da valorização das liberdades — e os correspondentes direitos humanos de todos.

inicialmente, plausíveis” (SEN, 2000, p. 90). Fato recorrente quando da análise das políticas públicas que implementam direitos sociais ligados ao mínimo existencial.

De fato, não é possível ignorar a diversidade de interpretações¹³¹.

Avaliar os resultados, aduzindo relações pessoais e impessoais que não podem ser desprezadas para o problema de decisão em questão, é imperioso para compreensão abrangente dos estados de coisas, a qual deve ser integrada a avaliação global das realizações sociais¹³².

À vista desses fundamentos teóricos, é que passamos à conversão dos respectivos ensinamentos e suas implicações na elaboração e execução das políticas públicas de bem estar social, o que se fará por meio do estudo dos contornos atuais da discricionariedade administrativa, do princípio da separação dos poderes, da (in)oponibilidade da cláusula da reserva do possível e da ponderação de interesses¹³³.

¹³¹ Como ilustrativa da hipótese, Amartya Sen aduz uma conversa que ocorre no antigo épico sânscrito *Mahabharata*. O diálogo entre Arjuna, o grande guerreiro e herói do épico, e Krishna, seu amigo e conselheiro, na véspera da grande batalha de Kurukshetra. A conversa trata dos direitos dos seres humanos em geral e, em particular, de Arjuna e outros participantes que, discorrendo a respeito do tema, trazem aspectos diversos para a discussão. Segundo relato: “Krishna e Arjuna contemplam os exércitos dos dois lados e refletem sobre a gigantesca batalha que está prestes a começar. Arjuna então exprime suas dúvidas profundas sobre se o combate é a coisa certa para ele fazer. Não duvida que a causa é certa, e que se trata de uma guerra justa, e também que seu lado vai certamente ganhar a batalha, levando em conta sua força (e não menos as notáveis habilidades do próprio Arjuna como guerreiro e extraordinário general). Mas avalia que não haveria tantas mortes na batalha, Arjuna comenta [...]. Arjuna diz a Krishna que de fato ele não deve lutar e matar, e que eles devem talvez simplesmente deixar que os injustos Kauravas governem o reino que usurpam, pois esse talvez seja o menor dos dois males. Krishna se opõe e sua resposta, que se concentra na prioridade do cumprimento do dever independentemente das consequências [...]. Krishna sustenta que Arjuna deve cumprir seu dever, aconteça o que acontecer, e nesse caso ele tem o dever de lutar, não importando os resultados. A causa é justa, e, como guerreiro e general de quem depende seu exército, ele não pode eludir suas obrigações. A elevada deontologia de Krishna, incluindo seu argumento centrado no dever e independente das consequências, influenciou profundamente os debates morais nos milênios seguintes”. (SEN, 2000, p.161-162).

¹³² Uma pessoa não só tem uma boa razão para observar as consequências que se seguiriam de uma escolha particular, mas também para adotar uma visão suficientemente ampla das realizações resultantes, devendo incluir a natureza das agências envolvidas, dos processos utilizados e das relações entre as pessoas. (SEN, 2000, p.165-166).

¹³³ Tais princípios do Direito Administrativo serão estudados sob a perspectiva do pós-positivismo principialista. Pode-se entender o fenômeno como aquele que confere maior normatividade aos princípios, com a revalorização da argumentação jurídica na nova hermenêutica constitucional. Sob o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais centrada na dignidade da pessoa humana, todas as legislações do ordenamento jurídico brasileiro passaram a ter como parâmetro de legitimação, o que

3.1.2 Condicionantes da atuação estatal para alocação orçamentária frente à escassez de recursos

Não há como escapar do estudo do Direito Administrativo quando se fala de políticas públicas, orçamento, despesas e escassez de recursos.

À vista da íntima relação existente entre o Direito Constitucional e o Administrativo, a análise da atuação estatal na implementação das políticas públicas de combate às debilidades sociais remetem, quase que automaticamente, ao estudo de alguns princípios e conceitos informativos deste ramo jurídico.

Particularmente nos dias de hoje, é assente dentre os administrativistas, as fecundas transformações paradigmáticas pelas quais estão passando a maioria dos fundamentos e conceitos basilares do Direito Administrativo como reflexo do reconhecimento cada vez maior dessa interconexão.

À vista da constatação, é que se dedicará os tópicos seguintes ao estudo daqueles que reputamos mais atingidos pelos novos padrões interpretativos condicionados pela hermenêutica da cláusula *pro misero*.

Sob a perspectiva principiológica de resistências às disparidades inconstitucionais, será possível identificar, em cada um dos institutos propostos, a busca pelo equilíbrio entre as prerrogativas estatais e a efetivação dos direitos sociais de matriz existencial, tendo como ponto de partida das avaliações, as consequências globais das escolhas.

3.1.2.1 Os limites à Discricionariedade Administrativa

Dentro da perspectiva do Estado de Direito, o princípio da legalidade é o alicerce que comanda o exercício harmonioso de todos os poderes da República, impedindo que abusos e arbitrariedades sejam perpetrados.

Inseparável do poder discricionário, a legalidade constitui, no direito administrativo clássico, a chave para a estabilidade entre o exercício das

Luís Roberto Barroso chama de filtragem constitucional e Tércio Sampaio Ferraz Júnior de força neutralizadora. Em breves linhas, por força neutralizadora deve-se entender a compreensão operacional da Constituição, no sentido de um “agir constitucional” válido por meio da suposição do consenso de todos; entendendo-se por neutralização não a eliminação, mas a possibilidade de fazer com que outras possibilidades não sejam levadas em conta, ou seja, não sejam tidas como relevantes no seio social. (DAVI, 2009, p.4).

prerrogativas públicas e o respeito aos direitos individuais; podendo a Administração agir apenas quando expressamente autorizado em lei¹³⁴. Isso porque, entende-se que quanto maior a extensão da discricionariedade, mais riscos correm as liberdades do cidadão (DI PIETRO, 2012, p. 2).

Segundo Dirley da Cunha Júnior, conceitua-se como poder discricionário aquele em que a Administração Pública dispõe de faculdade para, junto à determinada situação, escolher uma entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas; que melhor atenda o mérito administrativo (CUNHA JUNIOR, 2003, p.73).

Maria Silvia Zanella Di Pietro, em estudo aprofundado sobre o tema, define discricionariedade como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito (DI PIETRO, 2012, p. 264).

Assim, com base nesse poder, a Administração desfruta de certa margem de liberdade quanto à conveniência e oportunidade do ato, permitindo que administrador pondere, à luz do caso concreto, acerca dos motivos e na escolha do objeto do ato que pretenda expedir.

De comum, pode-se verificar nas definições acima três elementos essenciais: I- é “faculdade” conferida pela “lei”; II- está ligada à conveniência e oportunidade do ato administrativo, e III- deve ser apreciada no caso concreto.

Não obstante, com a instauração do chamado “Estado Providência” (ou Estado do Bem Estar Social), deixou de haver vinculação automática e restrita do poder discricionário com a lei. Pode-se dizer que houve mesmo uma derrocada do legalismo administrativo.

Para Andreas Joachim Krell, muito mais que meros executores das leis, os órgãos administrativos nos dias de hoje detêm o poder de idealizar estrategicamente

¹³⁴ Na evolução do direito administrativo francês, a discricionariedade significava não só a liberdade perante o Poder Judiciário, mas também perante o legislador. Isso porque, sempre que não estivesse proibida ou limitada por uma lei, a Administração era livre para agir. Esse era o pensamento de Stahl, Stein, Gierke, G. Meyer e Sarwey. Contudo, a preocupação em proteger as liberdades públicas levou ao crescimento progressivo e acentuado da legislação que impunha limites à atividade administrativa, vinculando-a cada vez mais e, paralelamente, diminuindo o espaço livre de atuação discricionária. Passou-se a distinguir a Administração propriamente dita, que exerce atividade vinculada à lei, e ao Governo, que exercia atividade discricionária, livre da apreciação judicial. (DI PIETRO, 2012, p. 81 e 92).

as políticas públicas que vão precisar, passando o direito a ter o seu nascedouro não apenas na lei, mas também nos princípios e valores constitucionais refletidos na atividade do Poder Executivo (KRELL, 2004, p. 19).

De fato, o Estado teve que ser fortalecido, em virtude do acréscimo de funções que lhes foram destinadas¹³⁵, sendo que fórmulas rígidas, soluções estáveis e inflexíveis não são os meios mais adequados para o atingimento desses fins.

Na chamada Administração Pública Gerencial¹³⁶, foi ampliada a discricionariedade administrativa, com a outorga de maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária que visa muito mais os fins dos que os meios (controle dos resultados).

Em contrapartida, essa nova versão parece não só ter gerado sério golpe ao princípio clássico de separação de poderes, mas teve como consequência a desburocratização de seus processos na busca de maior eficiência na gestão da coisa pública. E é aqui que reside o maior dos desafios.

Como conciliar, de um lado, os direitos fundamentais sociais de cunho vital, assegurados como compromisso no texto constitucional pátrio e, de outro, um Estado mais eficiente que precisa ficar atento aos gastos como prioridade governamental?

Bastaria falar em justiça social. Explica-se. Pode-se dizer que, em todas as formulações de justiça (no âmbito da religião, da moral ou da filosofia¹³⁷), a ideia é

¹³⁵ Funções não só de cunho prestacional nos serviços públicos básicos, mas também com investimentos maciços em áreas estratégicas da iniciativa privada.

¹³⁶ Defendida como um dos princípios constitucionais da administração pública, no artigo 37, *caput* da Constituição Federal: “artigo 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”. Com a inclusão do princípio da eficiência, buscava-se que a Administração Pública apresentasse novas e flexíveis formas de gestão, por meio da horizontalização das estruturas, da descentralização das funções e por intermédio do incentivo à criatividade (BRASIL, 1995. p. 10). Este princípio inclusive tem reflexos em institutos como os contratos de gestão, no procedimento simplificado licitatório aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mistas federais que explorem atividades econômicas.

¹³⁷ De importância filosófica para o estudo do tema, o jusnaturalismo afigura-se como uma corrente de fundamentação do direito justo que remonta às representações de origem divina, especialmente a escolástica, até a filosofia do direito natural do século XX. Tendo com substrato a busca pela justiça eterna e imutável, a doutrina jusnaturalista se desenvolveu, ao longo da história, adotando fundamentos e categorias diversos. Segundo Ricardo Mauricio Freire Soares, o jusnaturalismo pode ser agrupado nas seguintes categorias: a) o jusnaturalismo cosmológico, vigente na Antiguidade clássica; b) o jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo por fundamento jurídico a

que ser justo significa dar um tratamento idêntico para todos os seres que são, sob determinado aspecto, iguais; que apresentam a mesma natureza¹³⁸.

Inicialmente teorizado como atemporal e não espacial, hoje, o direito é objeto cultural e a justiça; valor¹³⁹ histórico-social enraizado na cultura humana, devendo acompanhar tal movimento, como nota característica, o relativismo condicionado ao tempo e ao espaço.

Tanto é assim que é a justiça, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como valor fundante, que organiza os demais valores e se revela, num sentido substantivo próprio, como equilíbrio axiológico, ponderação e prudência, mas também desafio e realização (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 30-31).

E é imbuído desse valor que se extrai a importância da aplicação do direito pelos órgãos administrativos capaz de concretizar direito novo, compatível com a ordem constitucional que privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana, o inconformismo perante as diferenças, as arbitrariedades e a miséria, ou seja, um Direito Justo.

Em outras palavras: mesmo diante de “aparente” discricionariedade maior da Administração Pública em relação à lei, o Executivo agora se vê limitado também

ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberal-burguesas dos séculos XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraiza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo. (SOARES, 2013, p. 91-92). Nos dias modernos, Manoel Jorge e Silva Neto aduz o surgimento de um sentido mais recente do Direito Natural, cunhado a partir dos anos setenta, capitaneada por Goffredo Telles Jr: a concepção quântica do Direito. Para Telles Jr, “o direito natural é um conjunto de normas jurídicas promulgadas, isto é, oficializadas pela inteligência do governante, de conformidade com o sistema ético de referência da coletividade em que vigora “[...] o direito *legítimo* é quântico porque delimita, quantifica a movimentação humana... não é arbitrário, antes; é feito sob medida, que é a medida da liberdade humana”. (SILVA NETO, 1998, p.18) (cf. JAPIASSU & MARCONDES, [s.d.], p. 84).

¹³⁸ Segundo Karl Larenz: “a justiça formal ou abstrata deixa-se assim definir como um princípio de ação, segundo o qual os seres da mesma categoria ontológica devem ser tratados do mesmo modo”. (LARENZ, [s.d.], p. 243).

¹³⁹ A ideologia, na condição de processo destinado a atribuir “valores”, é de fundamental importância no Direito. Inclusive, no procedimento interpretativo não se busca extrair o alcance e o sentido da norma jurídica, mas sim se busca extrair um VALOR; daí porque o objetivo da interpretação da norma (que é um objeto cultural) é apresentar a solução para o problema normativo concreto, à luz do valor incorporado ao sistema pelo corpo legislativo (SILVA NETO, 2001, p. 22).

pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados já desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹⁴⁰.

Na verdade, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com a ampliação do princípio da legalidade¹⁴¹, a consequência inevitável não foi o aumento da discricionariedade, mas sim a sua diminuição.

Se esta envolve certa margem de apreciação nos limites da lei e se o conceito de lei (de legalidade) foi se alargando (para o respeito a princípios e valores, como a justiça); o resultado não foi à expansão, mas o retraimento do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida, por necessário, da ampliação do controle judicial (DI PIETRO, 2012, p. 40).

Nada obstante, é preciso ter cuidado, pois a questão envolve pelo menos a equalização de duas noções: os limites do controle judicial *versus* discricionariedade do administrador.

Em ilustração à hipótese, Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 216) aduz, quanto aos direitos sociais, a singularidade da situação em que o Poder Judiciário é provocado para resolver um problema de descumprimento de política pública de compostura social prevista na Constituição Federal de 1988.

Na oportunidade, poderá o administrador articular que o referido desatendimento ocorreu em virtude das denominadas “escolhas trágicas” e que o direito social a respeito do qual se exige judicialmente a concretização não pode ser satisfeito de modo imediato, o que implicaria a solução de continuidade de outros programas sociais em razão da insuficiência de recursos para o atendimento de todos eles (SILVA NETO, 2013, p. 216).

De fato, a Administração, desde que observe os contornos definidos pelo ordenamento jurídico e escolha, dentre as alternativas válidas, àquela que melhor atenda, segundo sua discricionariedade, os interesses sociais, não pode ter sua

¹⁴⁰ Embora do Supremo Tribunal Federal, *obter dictum*, tenha adotado no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/AC (relatoria do Ministro Carlos Velloso) a tese de que o preâmbulo não tem força normativa, mas apenas serve de norte interpretativo, os doutrinadores atuais se preocupam em realçar sua eficácia, chegando a afirmar a força obrigatória do mesmo. Em defesa: Manoel Jorge e Silva Neto e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. À propósito, comungamos do mesmo entendimento dos autores, qual seja: pela força obrigatória de todos os dispositivos constitucionais, desde o seu preâmbulo.

¹⁴¹ Já que o administrador não está só jungido à lei em seu sentido estrito, mas a todo o ordenamento jurídico, por todas as leis e valores consagrados de forma expressa ou não na Constituição e pelo valor fundante justiça

decisão substituída pela decisão judicial. Inadmissível ao juiz fazer-se substituir na escolha do administrador¹⁴².

Como asseverou Eros Roberto Grau,

A [...] razão que me impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de certa “discricionariedade judicial” repousa sobre a circunstância de à autoridade judicial não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz meramente “a boca que pronuncia as palavras da lei”, como se vê do quanto até esse ponto venho expondo, sua *função – dever-poder* - está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o Direito é formular *juízos de legalidade* (DI PIETRO, 2012, p. 68 *apud* GRAU, 1990, destaques no original).

Em resumo: na função jurisdicional não há discricionariedade, mas interpretação judicial.

Para o Juiz, não existem uma ou mais opções a escolher, mas, no seu trabalho interpretativo, busca-se a única solução possível, àquela considerada justa perante o direito¹⁴³.

¹⁴² Segundo Dirley da Cunha Júnior, inadmite-se ao Poder Judiciário imiscuir-se nos espaços considerados como puramente mérito administrativo, fazendo sobrepor sua avaliação subjetiva sobre a conveniência e oportunidade do ato, substituindo-se à Administração. Assim, quanto aos atos de *puro mérito administrativo*, não é possível falar-se em sindicabilidade; pois afetos exclusivamente à conveniência e oportunidade da Administração. Todavia, quanto aos atos administrativos que envolvam direitos fundamentais e outros princípios constitucionais (como a razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade) tais admitem controle judicial, por referir-se a aspectos que conferem ao indivíduo posições jurídicas subjetivas de vantagem invocáveis perante o Estado e o particular. (CUNHA JUNIOR, 2003, p. 74).

¹⁴³ Lênio Luiz Streck faz críticas à perspectiva de que o processo interpretativo possibilita o alcance do “real sentido da norma jurídica” ou o “sentido exato da lei”. Tal método, inspirado na hermenêutica normativa de Emilio Betti, é baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, onde a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte da abordagem objetivo-idealista. À semelhança da teoria de Betti, a dogmática jurídica busca na interpretação a realização do sentido atribuído pelo criador. Atribui-se à figura do legislador o encargo de dar sentido, pois é normal no discurso jurídico-dogmático defender-se a (possibilidade da) busca dos valores do criador da norma, o que justifica dizer que a lei deve expressar a vontade do legislador. O autor propõe repensar a dogmática jurídica numa perspectiva criativa/criadora. O Direito, a partir da necessária superação do paradigma normativista-neoliberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-constituídos, reclamando apenas que o intérprete-hermeneuta lhe dê vida, e sim, como textos que permanentemente reclamam sentidos. Desse modo, é razoável afirmar que este processo em que se dá/produz sentido deve ser assumido como inexorável. (STRECK, 2005b, p. 88-89 e 205-209)

De fato, abstratamente, não é fácil, senão impossível, delimitar quando se está no âmbito da discricionariedade (próprio do administrador) ou na seara interpretativa, convictamente afeta ao Poder Judiciário.

Na tentativa de definir algumas hipóteses em que existe discricionariedade, Maria Sylvia Zanella di Pietro aduz, ao menos, quatro:

I – quando a lei expressamente atribuir à Administração, não definindo o motivo (como ocorre no caso de remoções *ex officio* de servidor, a critério do órgão administrativo para atender conveniência do serviço);

II – quando houver lacunas na lei, que exigem que a autoridade administrativa decida de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico;

III – quando a lei prevê a competência, sem definir a conduta a ser adotada (no exercício do poder de polícia é impossível traçar todas as condutas diante de lesão ou ameaça de lesão à segurança pública, por exemplo) e, finalmente

IV- no caso de a lei fazer uso de “conceitos jurídicos indeterminados” (fórmulas elásticas que encerram valores e princípios, os quais foram detalhadamente estudados no tópico 2, do capítulo 1 desse trabalho)¹⁴⁴, deixando à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios (DI PIETRO, 2012, p. 70).

Para tanto, incumbe ao juiz, como dito, primeiramente interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Pois, só após essa interpretação, poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes alternativas ao administrador¹⁴⁵. Havendo diferentes opções igualmente válidas e simultaneamente aceitáveis diante do interesse público, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha

¹⁴⁴ Como já asseveramos no tópico próprio, com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, existe controvérsia sobre se a sua utilização na norma legal gera ou não discricionariedade administrativa. Para parte considerável da doutrina (da qual comungamos), tais conceitos, sendo jurídicos, são objeto de interpretação e, portanto, podem ser analisados pelo Poder Judiciário. Tanto é assim, que conceitos como: boa-fé, comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro moralidade e vulnerabilidade (objeto dessa pesquisa) devem ser interpretados pelo juiz, que o fará, escolhendo a única solução válida perante o direito, à luz das circunstâncias de tempo e lugar.

¹⁴⁵ Para análise das políticas públicas pelo julgador, deverão ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os quais norteiam o magistrado na interferência, ou não, daquele ato discricionário que previu uma política pública. (BREUS, 2007 *apud* BROLIANI, 2005, p. 132).

adotado uma delas¹⁴⁶, sob pena de ofensa ao poder discricionário e ao princípio de separação dos poderes, adiante estudado.

Ao revés, continua a autora, nos casos em que não existe discricionariedade (ou seus limites sejam ultrapassados), o cidadão tem um direito oponível à Administração, podendo fazê-lo valer em juízo.

À vista do exposto e voltando à proposição suso citada, já se percebe como o tema se relaciona com a discricionariedade, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução a empreender.

Tradicionalmente, era de se admitir que as políticas públicas¹⁴⁷ seriam diretrizes definidas pelo Legislativo e executadas pela Administração. De igual forma, rigorosamente, não poderia o Judiciário intervir nessas ações, naquilo que a sua definição envolvesse aspectos de discricionariedade administrativa ou legislativa¹⁴⁸.

No entanto, como instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais, as políticas públicas tem sofrido interferências do Poder Judiciário, colocando em xeque os princípios clássicos do Direito Administrativo sempre que houver o comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo vital.

Diante desse quadro, parece que estamos no espaço nitidamente interpretativo, sendo que caberá à cláusula *pro misero* (como *topoi*) a conformação

¹⁴⁶ Via de regra, o controle judicial se concentra nas metas planejadas (naquelas ações e políticas públicas contidas no orçamento). Em assim sendo, são raras às vezes em que existe questionamento no que se refere às omissões no planejamento, nos quais, o Ministério Público, através de controle externo social, o faz por meio de Ações Cíveis Públicas. No que se refere à resposta do Judiciário, tem-se que nem sempre aceita tais questionamentos, e quando o faz, raramente lhes confere efetividade no sentido de determinar ações concretas do Administrador omissor. (BREUS, 2007 *apud* BROLIANI, 2005, p. 123). Como ilustrativo da hipótese, no qual o julgador aceitou o questionamento do *parquet* e declarou a omissão inconstitucional, falaremos mais à frente, quando discutirmos sobre o *direito fundamental à habitação*.

¹⁴⁷ Para José dos Santos Carvalho Filho, as políticas públicas são diretrizes, estratégias e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em respostas às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender os desejos das sociedades. (CARVALHO FILHO *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p.110).

¹⁴⁸ Em razão das políticas públicas se caracterizarem como uma escolha, e, portanto, adquirirem um viés político, tal fato, a princípio, poderia gerar um falso juízo de discricionariedade. Não obstante, nesse diapasão, conforme assinala Jozélia Broliani, há limitação no que tange a essas escolhas, que se dão tanto pelas normas constitucionais (incluindo-se aqui tanto em nível federal como estadual), quanto pelas leis orgânicas municipais, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Licitações, dentre outras. (BREUS, 2007 *apud* BROLIANI, 2005, p. 122).

da interpretação jurídica do sistema, assinalando, com precedência integral, a realização do mínimo existencial (composto pelo conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais, mais pertinentes e que integram o âmago da dignidade da pessoa humana), com validade *erga omnes* e, por consequência, diretamente sindicáveis (PALADINO, 2008, p. 226).

Fazendo seu papel de intérprete máximo da Constituição, caberá ao julgador aplicar ao caso concreto a única decisão possível perante o ordenamento jurídico pátrio: àquela que defere primazia absoluta à satisfação de prestação para que continue viva a pessoa e possa viver em foros de condições mínimas de existência (SILVA NETO, 2013, p. 216)¹⁴⁹.

Ainda que não aconselhável tornar-se regra no trato das estratégias e planejamento das ações sociais, a ingerência do Judiciário parece responder aos anseios oriundos da coletividade, na busca de existência mais digna e distante das diferenças e da marginalização; o que somente será alcançado por meio da interpretação que, conforme a Constituição, condicione o desempenho discricionário no âmbito do Poder da Administração.

3.1.2.2 O Princípio da Separação dos Poderes

Os primeiros esboços da teoria tripartite da separação de poderes podem ser atribuídos a Aristóteles, em sua obra “A Política”. Para ele, deveriam existir três órgãos separados a quem caberiam as decisões do Estado: o poder deliberativo, o poder executivo e o poder judiciário (ARISTÓTELES, 2001).

Também John Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, teorizou acerca do tema. Sob a influência do Iluminismo, ele admitiu também a existência de três poderes: o legislativo, o executivo e o federativo. Todavia, em seu modelo, havia clara supremacia do Poder Legislativo sobre os demais (LOCKE, 2003).

¹⁴⁹ Nas palavras de Lênio Streck (2005b, p. 213): “há hoje uma valorização das categorias jurídicas (soberania) não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, mas como também para apontar no Direito saídas possíveis para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado Providência”.

Entretanto, é consenso atribuir-se a Montesquieu a consagração da tripartição de poderes, inclusive nos contornos atuais, em sua famosa obra “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 2000)¹⁵⁰.

Desde Montesquieu, o princípio da separação de poderes evoluiu sensivelmente podendo-se dividir-se em três etapas principais: a primeira, com as ideias de Montesquieu; a segunda, com a criação do sistema de freios e contrapesos¹⁵¹ pela Constituição norte americana; e a terceira, e última, com o nascimento do Estado Social (também chamado de “Estado Providência”), que apareceu após a decadência do modelo liberal (SOUZA, 2008, p. 2).

Em todas elas, a preocupação era oferecer maior eficiência ao Estado, todavia, sem a supremacia ou autossuficiência de um poder sobre o outro.

Inclusive a teoria contemporânea do direito constitucional consagrou o entrelaçamento e interferência recíprocos entre os Poderes, garantindo que nenhum deles funcione com total independência e todos interfiram mutuamente nos demais¹⁵².

Inobstante, como já demonstrado, a versão clássica da separação dos poderes vem sofrendo influxos, especialmente nesse modelo de entrelaçamento e sua relação com o planejamento, programação e execução de políticas públicas.

Apesar de tais diretrizes ainda dependerem da atuação do legislador, necessitando do apoio e aprovação de arcabouço normativo para sua concretização, cabe ao administrador (Poder Executivo) o exercício, articulação e organização dos fatores de desenvolvimento de seu mister.

Isso quer dizer que, na prática, como função típica que lhe cabe, é o Executivo o poder mais habilitado técnica e estrategicamente na idealização de quais as políticas públicas merecem prioridade e como se deve implementá-las.

¹⁵⁰ Saliente-se, por necessário, que a expressão “separação de poderes” em momento algum foi empregada por Montesquieu. Ela também não está expressa no texto da Constituição Norte Americana de 1787 (SOUZA, 2008, p. 6).

¹⁵¹ O sistema de “checks and balances” mescla poderes entre os Poderes existentes. O Executivo desempenha papel na confecção da legislação; já o Legislativo participa na escolha de cargos do Executivo e Judiciário; e ao Judiciário é conferido o poder de fiscalizar o Legislativo e o Executivo. (SOUZA, 2008, p. 9).

¹⁵² O Executivo, além de sua função típica executivo-governamental, edita medidas provisórias e nomeia ministros para os Tribunais Superiores; o Legislativo, além de legislar, julga as contas do Presidente da República e susta a execução de leis declaradas inconstitucionais, na via difusa, pelo Supremo Tribunal Federal; e, por fim, o Judiciário, órgão tipicamente julgador; também administra seus serviços e pessoal e declarar a inconstitucionalidade de leis em tese.

Todavia, como observa Andreas Joachim Krell, na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade (KRELL, 2004, p. 85).

Nessa esteira, a Carta Cidadã de 1988, numa interpretação pós-moderna, tem assegurado este papel também ao Judiciário, dentre outros fundamentos, quando prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser excluída de apreciação deste Poder ou quando o coloca como guardião máximo da efetivação de seus compromissos, em especial, daqueles afetos às necessidades sociais vitais.

Escreveu Andreas Joachim Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado *livre espaço de conformação* [...]. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, *parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social*, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 2002, p. 22-23, grifos nossos).

Além disso, fatores como inércia do poder público¹⁵³, sua ineficiência, ausência ou deficiência no planejamento, corrupção, desvios de finalidade na definição de prioridades, interesses subalternos protegidos em detrimento daqueles qualificados como vitais, tem justificado a atuação judicial, segundo verifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 141).

Como o próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sentenciar, o Poder Judiciário, quando intervém, o faz para assegurar as franquias

¹⁵³ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 581352/AM admitiu, nos casos de inércia estatal, a configuração de Omissão Inconstitucional como legitimadora do Controle Jurisdicional (Proteção Materno-Infantil – Assistência à Gestante – Dever Estatal) (2013a)

constitucionais e garantir a integridade e a supremacia da Constituição, impedindo que as prerrogativas estatais acabem sufocando, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais (BRASIL, 2000, p. 20).

Assim sendo, nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição.

No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer um dos órgãos instituídos, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional. Como resultado lógico, resta assente, que o exercício regular da função jurisdicional, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.

3.1.2.3. A Teoria da Reserva do Possível

É de notória ciência que o planejamento, execução e controle das políticas públicas dependem inequivocamente da disponibilização de recursos.

Doutrinadores destacam o problema da efetividade dos direitos sociais, principalmente, quanto às dificuldades materiais de sua realização frente à escassez de recursos¹⁵⁴. No entanto, há autores como Andréas Joachim Krell que insurge contra esse raciocínio como limite para a concretização desses direitos.

Para que se possa dar resposta adequada a esse embate, é necessária a compreensão do contexto social, político e jurídico que levou ao surgimento da teoria da reserva do possível.

Foi à míngua de catálogo explícito de direitos sociais fundamentais que países, como a Alemanha, criaram a ideia de mínimo ou piso vital¹⁵⁵.

De outro lado, foi na mesma Alemanha, que nasceu a teoria da “reserva do possível”, atribuindo ao legislador, inclusive no momento da elaboração do

¹⁵⁴ Não apenas os direitos sociais implicam em custos para o Estado realizá-los. Como demonstraram os autores norteamericanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, os direitos civis e políticos, que exigem uma abstenção do Estado e dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e de liberdade dos indivíduos, dependem de uma onerosa estrutura estatal para serem efetivados. (HOLMES & SUNSTEIN, 1999).

¹⁵⁵ A expressão surgiu na Alemanha numa decisão proferida pelo seu Tribunal Federal Administrativo, em 1953. Depois disso, o termo passou a ser utilizado também pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

orçamento, poder de definição da extensão e abrangência das políticas sociais, iluminado pelo princípio da proporcionalidade (NUNES JUNIOR, 2009, p. 179)¹⁵⁶.

Tendo como paradigmático o caso versando sobre o direito de acesso ao ensino superior¹⁵⁷, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, ainda que disponha o Estado de recursos, pois, “não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (BVerfGE 33, 303 (333) *in* SARLET, 2008).

No direito pátrio, somente a partir de 1992, após referendadas as disposições do Pacto de San José da Costa Rica, que a reserva do possível passou a fazer parte do contexto legislativo nacional indicando a possibilidade de “desenvolvimento progressivo”, “na medida dos recursos disponíveis.”¹⁵⁸

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o mínimo existencial “consubstancia-se na denominada ‘escolha trágica’, o direito a respeito do qual se exige judicialmente a concretização que, não podendo ser satisfeito de modo imediato, implicaria na solução de continuidade de outros programas sociais em virtude da insuficiência de recursos para atendimento a todos eles” (SILVA NETO, 2013, p. 216)¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Simultaneamente à teoria da reserva do possível, segundo Flávio Galdino, há o surgimento da teoria dos “custos dos direitos”. Com base em estudos realizados nas Universidades norteamericanas, na década de 1970, passou-se a defender a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia ocasionar. (GALDINO, 2008) (cf. POSNER, 2004, p. 49 e ss).

¹⁵⁷ Naquela oportunidade, estudantes questionavam a limitação de vagas em Escolas Superiores de Medicina em duas cidades alemãs sob o argumento legal de que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, conforme previa o art. 12 da Lei Fundamental germânica. No *decisum* a Corte informou que o aumento de vagas pleiteado pelos estudantes estava sujeito à reserva do possível, onde a sociedade oferta ao indivíduo, razoavelmente, aquilo que o mesmo dela espera, de modo que ainda que existissem os recursos necessários para a ampliação das vagas, tal ato governamental não era tido como obrigatório, vez que as vagas ofertadas eram em número razoável frente às necessidades sociais.

¹⁵⁸ Artigo 26: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta das Organizações dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, *na medida dos recursos disponíveis*, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

¹⁵⁹ Corroborando com o autor, o Supremo Tribunal Federal, à luz de um caso concreto, envolvendo o direito à saúde, já de pronunciou: “Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “*escolhas trágicas*” (CALABRESI & BOBBITT, 1978), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade

Tendo em mente o conceito acima, parte da doutrina (cada vez menor, é verdade) defende que os direitos sociais assumem feição de normas programáticas, dependentes de posterior regulamentação; argumento esse já devidamente refutado¹⁶⁰.

Afirmar que, em tese, nada pode fazer o Poder Público tendo em vista a insuficiência de recursos, é manifestar insidiosa ausência de vontade política, o que configura sério agravo à proteção aos direitos humanos (SILVA NETO, 2013, p.216-217).

Não obstante, outra parcela, ainda expressiva, argumenta que a judicialização, ante as omissões estatais na concretização das políticas públicas, seria intromissão inconstitucional, com clara violação aos princípios da separação dos poderes e da cláusula da reserva do possível (MENDES & BRANCO, 2012, p. 1893).

Em razão da inexistência de suporte financeiro suficiente, é mesmo necessária a alocação dos recursos, com escolhas que levam em consideração, não só opções políticas, mas fatores como número de cidadãos atingidos pela política eleita, a eficácia e efetividade do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados (MENDES & BRANCO, 2012, p. 1896)¹⁶¹; análise que, segundo alguns, o Poder Judiciário não estaria preparado para fazer¹⁶².

estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro” (BRASIL, 2013b).

¹⁶⁰ Segundo Flávia Moreira Guimarães Pessoa: “a questão da judicialidade das políticas públicas é polêmica, havendo três correntes bem definidas que discorrem acerca do assunto. A primeira delas é a dos que entendem que o Poder Judiciário tem legitimidade para intervir nas políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade de Direitos Fundamentais Sociais. O fundamento mor desta tese está na aplicabilidade imediata desses direitos, consoante o art.5º, §1º da CF. Na segunda corrente estão aqueles que não admitem a referida intervenção, uma vez que as Políticas Públicas estariam na esfera de competência apenas dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente os agentes eleitos para o exercício desses poderes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo de necessidade e oportunidade da sua implementação, em respeito ao princípio da separação dos poderes e ao art.2º da CF. Por último, encontra-se a corrente dos que acreditam ser possível tal intervenção judicial, sempre com o intuito de garantir a integridade e a intangibilidade do núcleo irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a prestações. Entretanto, a sua implementação deve estar condicionada à reserva do possível, ou seja, à capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação. (PESSOA, 2011, p. 146).

¹⁶¹ Nesse aspecto, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, alerta sobre o confronto entre “as exigências econômicas dos mercados globalizados e a necessidade de um acúmulo concreto de forças políticas em torno de um projeto de emancipação como base na

A partir da perspectiva das finanças públicas, especialmente nos casos de escassez de recursos, “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” também (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, p. 94).

Ademais, críticas são tecidas contra a excessiva judicialização das questões sociais, como salienta Lênio Streck:

Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio [...]. Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder” (STRECK, 2003, grifos do autor).

Porém, sem menosprezar a coerência quanto à necessidade de deliberação responsável da destinação do dinheiro público, não parece correta a negação do atendimento das demandas em termos de políticas públicas que envolvam prestações integradoras do conteúdo mínimo existencial. Isso porque, estamos convictamente perante direitos de natureza e envergadura distintas.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a afirmação de que a reserva do possível possa ser vista como elemento integrante dos direitos fundamentais (como parte do seu núcleo essencial) ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que

Constituição dirigente”. Segundo o autor, a fidelidade política do sentido do texto constitucional, requer a readaptação do sentido original, não na direção neoliberalizante, com o fortalecimento dos elementos “desemancipatórios”, mas exigindo a reformulação realista da estratégia de manutenção do compromisso inicial da constituição dirigente, pelo prosaico fato de que a tentativa neoliberal também mudou sua forma de atuar realisticamente. [...] uma postura nesta direção não traduz o abandono dos compromissos mesmo revolucionários ou da violação aos direitos e garantias constitucionais, conquistas igualmente revolucionárias, ressalte-se. É preciso não esquecer que o repensar do papel do Estado deve favorecê-lo, notadamente nas sociedades periféricas” É pensar numa forma de humanização da globalização ou de adoção de uma vertente social de seus efeitos. (LIMA *in* LIMA, 2006).

¹⁶² Como salientam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco: as escolhas realizadas pelo administrador pressupõem critérios de justiça distributiva (macrojustiça), enquanto o Judiciário estaria vocacionado a realizar a justiça do caso concreto (a microjustiça), não analisando as condições globais da destinação dos recursos públicos em benefício da parte em detrimento do todo (a coletividade) (MENDES & BRANCO, 2012, p. 1896).

se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais (SARLET, 2008)¹⁶³ é manifestamente imprópria.

Como lembra Canotilho, a ideia de “núcleo ou mínimo essencial” refere-se a categoria central da dogmática jurídico-constitucional da última metade do Século XX (CANOTILHO, 2008, p. 261), atenta à necessidade de estabelecer um último reduto de garantia contra as leis e medidas fortemente restritivas aos direitos fundamentais.

Nessa visão, se os recursos são insuficientes, deve-se retirá-los de áreas que não estão intimamente relacionados com os direitos mais essenciais do homem (como a vida, integridade física e saúde) e realocá-los.

À teoria, porém, pode-se fazer outras objeções. Com efeito, a expressão “reserva do possível” recebe os mais diversos tratamentos pela doutrina. Como consenso, julga-se relacionado à existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito, todavia, não existe acordo no que se refere a sua natureza e também quanto ao significado da sua atuação na aplicação das normas constitucionais¹⁶⁴.

Ademais, adaptando a teoria alemã ao arcabouço jurídico brasileiro, é possível verificar que ambos guardam peculiaridades, sendo visivelmente diversos.

Comparando as circunstâncias fáticas, Thiago Lima Breus observa que, no caso concreto utilizado no modelo germânico, a questão envolvia o direito à vaga universitária; enquanto, no direito brasileiro acaba sendo utilizada em situações mais extremas, como, por exemplo, no direito à vida (BREUS, 2007).

Neste tocante, a teoria da reserva do possível, em que pese sua possibilidade de aplicação, deve ser empregada com ressalvas, ou seja, desde que não reduza o

¹⁶³ E continua: “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental” (SARLET, 2007, p. 364 e ss)

¹⁶⁴ Para alguns autores a reserva do possível configura limite imanente dos Direitos Fundamentais sociais, para outros ela acaba por configurar um limite externo. Nessa linha, o entendimento de que a reserva do possível se configura como um elemento externo pode propiciar uma maior eficácia aos Direitos Fundamentais sociais. (BREUS, 2007).

texto Constitucional a mera carta de recomendações, nos casos em que este, de forma clarividente impõe ao Estado deveres indeclináveis (BREUS, 2007).

Até por isso, atento a essas dificuldades, o legislador pátrio fez inserir, no texto constitucional, normas que delimitassem uma obrigação clara e inequívoca de “seu querer”, determinando nos artigos 195, 204 e 212 da CF/88 e artigos 55 e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), disposições quanto às políticas públicas prioritárias¹⁶⁵.

Da lista, é possível identificar certo grau de precisão, sendo que foram determinados os meios para o cumprimento e promoção dos direitos fundamentais sociais de cunho vital¹⁶⁶; de modo que os gestores públicos não estão autorizados a se desvincular dessa determinação, sob pena de o Poder Judiciário poder intervir.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já foi instado, em mais de uma oportunidade, a se posicionar e, apesar das divergências, fundamentou ser possível a sua intervenção em tema de políticas públicas e no controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, com base na “dimensão política da jurisdição” que lhe foi atribuída e na “inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais” (BRASIL, 2004).

¹⁶⁵ Artigo 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais; [...]. Artigo 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes; [...]. Artigo 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. ADCT: Artigo 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde. Artigo 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: [...] (redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (BRASIL, 1988).

¹⁶⁶ Logo, existe a necessidade de se diferenciar o que não é possível porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos; e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. A própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados, consoante os dispositivos antes citados. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. (BREUS, 2007, p. 209).

No ensejo, o Supremo Tribunal Federal teceu ainda considerações acerca da cláusula da reserva do possível, de modo a concluir por sua aplicação desde que comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do Estado¹⁶⁷.

Só mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, a questão da reserva do possível foi reavaliada e teve reconhecida sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial¹⁶⁸.

Além disso, foi vista como “necessidade institucional”, a colmatação de omissões inconstitucionais fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais, como resultado de positiva criação¹⁶⁹ jurisprudencial do direito¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Em virtude de justificável limitação material, não haveria como exigir, de imediato, a implementação de uma política pública. É a ementa do *leading case*: 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) (BRASIL, 2004).

¹⁶⁸ Segundo o Ministro Celso de Mello: “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.” (BRASIL, 2013b).

¹⁶⁹ Entretanto, o controle judicial das atividades dos outros Poderes é exercido pelo Judiciário, principalmente, com base nos princípios e normas da Constituição, que são genéricos e muitas vezes utilizam conceitos juridicamente indeterminados. Portanto, podem ser “atualizados” por simples interpretação *construtivista* (criadora) do juiz, não havendo perigo real de “engessamento” da Administração Pública. Por isso, é importante que não existam normas constitucionais excessivamente específicas, pois não é a especificidade que garante a realização da finalidade legal, mas o tipo e a eficácia do controle da execução da lei, seja esta genérica ou específica. Essa interpretação construtivista permite que se preserve-mudando, pelo que favorece a formação gradual de uma cultura política. Pois, auxilia na criação pelos cidadãos de consciência dos seus direitos em sentido mais amplo, a começar pela consciência de seus papéis específicos no momento comunicativo do processo, enquanto consumidor, contribuinte e outros. (SANTOS, 2003, p. 265-278).

¹⁷⁰ A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade

Nesse contexto, incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações sociais que eliminem (ou minimizem) a vulnerabilidade dos cidadãos, sob pena de incorrer, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional que justifica comportamento positivo do Judiciário, sem que isso signifique intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

3.1.2.4 A ponderação de interesses

Como salutar e inevitável, a existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser admitida no constitucionalismo pós-moderno. Isso porque, sendo documentos dialéticos, as Constituições modernas consagram bens jurídicos que se obtemperam.

No âmbito da mediação entre os direitos fundamentais sociais, considerando que a maioria deles converte-se em direitos de natureza prestacional (o que denota uma obrigação estatal de escolher), a opção pela preponderância de um dos direitos seguramente entrará em jogo (LEAL, 2007, p 75-76)¹⁷¹.

E, quando a relação se dá com os direitos sociais relacionados ao mínimo existencial, a questão é ainda mais tensa, pois estes, para serem efetivados, não raras vezes, precisam ser percebidos em sua relação com os demais conteúdos e princípios estruturais da Constituição, de maneira que isso pode implicar limitação, ou mesmo exclusão, de alguns desses mesmos direitos, ou ainda; na interferência

institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (BRASIL, 2013b).

¹⁷¹ Para Canotilho, os pressupostos básicos que impõe a aplicação a ponderação ou balanceamento são: “a existência de pelo menos dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” ou “otimizadas” em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional. [...] Finalmente, é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica. Registre-se, ainda, a observância das regras constitucionais de competência, pois o método de *balancing* não pode dissolver os esquemas de competências constitucionalmente definidos” (CANOTILHO, 2003, p. 1240-1241).

da liberdade do administrador nas escolhas e na execução das políticas públicas a seu cargo.

Nestes casos, como deve ser a atuação do intérprete ante sua tarefa constitucional de redistribuir as riquezas e as oportunidades em favor dos contingentes sociais mais vulneráveis sem que isso signifique afronta ou aniquilamento arbitrário dos demais direitos de igual envergadura?

Como observa Luís Roberto Barroso, quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária, os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialização) não conseguem dar respostas satisfatórias ao seu deslinde. Neste cenário, apenas a ponderação de normas, bens ou valores pode ser utilizada pelo intérprete, por via da qual

[...] (I) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (II) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade* (BARROSO, 2006, p. 28, grifos do autor).¹⁷²

De modo comezinho, a técnica consistiria na atribuição de pesos (valores) diversos aos direitos colocados em jogo, como mecanismo indispensável na interpretação da concreta e dinâmica realidade social¹⁷³. Como observam Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, por se estar (sempre) diante de relações axiologicamente mutáveis, mister que a outorga de primazia axiológica seja feita numa relação específica (por meio da ponderação de bens), podendo inverter-se em situação diversa (CLÈVE & FREIRE *in* GRAU & CUNHA, 2003, p. 231-243 *apud* ROTHENBURG, 2008, p. 300)

Com efeito, a complexidade e especificidades das situações vividas carecem de mecanismos interpretativos que apreendam o conteúdo da ação e da história,

¹⁷² A título de esclarecimento, Virgílio Afonso da Silva aduz que o interesse despertado sobre o tema da proporcionalidade e da razoabilidade tem motivado uma identificação errônea entre os termos. Seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, nem sempre a regra da proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa. Em resumo, para o autor: proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, *não é sinônimo de razoabilidade*. (SILVA, 2002, p. 23).

¹⁷³ Para Canotilho, as ideias de ponderação ou de balanceamento surgem em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” entre bens jurídicos protegidos. [...] a ponderação é assim um modelo de verificação e tipificação da ordenação de bens em concreto. (CANOTILHO, 2003, p.1236 e 1238).

(tanto seus elementos objetivos quanto subjetivos) a fim de encontrar o equilíbrio entre a literalidade da lei e a construção das possibilidades interpretativas abertas do texto.

Nesse processo, nem sempre a justificação por dedução basta por si mesma (MACCORMICK, 2006, p. 73-93), atuando o postulado da proporcionalidade como instrumento metodológico apto ao fornecimento de argumentos consistentes e justificadores das escolhas; tornando-as insuscetíveis de elisão ou interpretação equivocada¹⁷⁴.

Subdividido em três “sub-regras” (quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito), interessa-nos, nesse momento, estudar a proporcionalidade em sentido estrito, chamada pelos críticos, representados principalmente por Böckenförde e Schlink¹⁷⁵, como método de sopesamento.

Segundo Walter Claudius Rothenburg, embora a discussão sobre o fundamento jurídico-positivo da proporcionalidade possa ser feita por intermédio de múltiplas visões (ROTHENBURG, 2008, p. 287 e ss)¹⁷⁶, o autor ressalta que o método é mais um critério de natureza precipuamente formal de metodologia na

¹⁷⁴ Nas palavras de Rodrigo Meyer Bornholdt, o critério da proporcionalidade atua, “em termos metodológicos”, como uma “exigência da tópica, apta a fornecer argumentos insuscetíveis de serem retirados diretamente do sistema”. A tópica participa do sistema, pois possibilita que as normas, em sua aplicação concreta, sejam integradas ou corrigidas. (BORNHOLDT, 2005 *apud* ROTHENBURG, 2008, p. 316). A partir da referida ideia é que fica mais evidente a relação que existe entre cláusula *pro misero*, metodologia tópica e ponderação de interesses.

¹⁷⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”, página 83; como juiz do Tribunal Constitucional, pôde Böckenförde expressar sua rejeição ao sopesamento entre direitos fundamentais em diversas decisões do Tribunal. Cf. BVerfGE 69, 1 [63-65]. Cf. também Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 76 e ss.; do mesmo autor, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, página 462. No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes, sempre influenciado pelas lições de Pieroth e Schlink (cf. *Grundrechte - Staatsrecht II*, Rn 293, página 68), menciona algumas vezes apenas os testes da adequação e da necessidade. Conforme, por exemplo, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, página 372. Contudo, do mesmo autor, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, página 80, para uma referência as três sub-regras, incluindo a proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 35).

¹⁷⁶ O autor, como exemplo, cita a derivação a partir dos direitos fundamentais, que leva Paulo Bonavides associar o princípio da proporcionalidade ao princípio da igualdade. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, embasados em fontes alemãs, consideram esse princípio sob o ângulo formal, reduzido à legalidade. E há aqueles que, radicalizando, identificam o fundamento último do critério da proporcionalidade na cláusula da dignidade humana. Para Walter Claudius, embora essa identificação pareça ser fundamentalmente verdadeira,- essa generalização – afigura-se pouco elucidativa, “dado o alto grau de abstração e imprecisão” do “sobrepincípio” da dignidade humana, conforme adverte Wilson Antônio Steinmetz (ROTHENBURG, 2008, p.287 e ss).

aplicação do Direito, com destaque para os casos de colidência entre direitos fundamentais.

Para ele, é preciso pontuar, antes de tudo, que a proporcionalidade nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, dirigindo-se apenas às relações que se estabelecem entre normas jurídicas de conteúdo “material” (quer dizer, que consagram importantes valores sociais)¹⁷⁷.

Para nós, com base nas lições de Canotilho, o “princípio da justa medida”¹⁷⁸ pode ser percebido da seguinte forma: chegando-se à conclusão de que uma medida é adequada e necessária¹⁷⁹, meios e fins devem ser colocados na equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim (CANOTILHO, 2003, p. 270). Trata-se de verificar, ou melhor, pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

Benefícios à parte, objeções não deixaram de ser formuladas ao uso da técnica da ponderação.

A primeira que surge, relacionada ao tema investigado, é que o método pode acarretar um perigoso esvaziamento dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho vital; pois, ao torná-los relativos, haveria subordinação a uma espécie de “reserva” (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p. 67), com o conseqüente enfraquecimento das conquistas sociais alcançadas.

Outra crítica é, como o método não propõe pautas racionais e objetivas para a solução dos conflitos, isso conferiria ao juiz margem ilimitada de discricionariedade na eleição dos elementos a preponderar, acarretando a valorização exagerada do Judiciário em detrimento do Legislador (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p. 68) (com a conseqüente desarmonia e desrespeito ao princípio da separação dos poderes).

Centrando-nos nas questões mais relevantes (já que as demais foram sobejamente discutidas), as críticas não guardam consistência a exame mais detido.

¹⁷⁷ Razão porque, linhas atrás, o identificamos como um postulado normativo.

¹⁷⁸ Sinônimo de proporcionalidade sentido estrito.

¹⁷⁹ Para Virgílio Afonso da Silva, há uma ordem preferencial para aplicação das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade sentido estrito: a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Na verdade, pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (SILVA, 2002, p. 34).

Como forma de resposta a problemas concretos envolvendo direitos fundamentais, a proporcionalidade apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações, sem deixar de ser racional (DIMOULIS & MARTINS, 2007, p. 178); havendo de ser manejada equilibrando rigor e sensibilidade (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p. 70)¹⁸⁰.

De outro giro, apesar do método do sopesamento requerer atividade criativa do Juiz, tal não o autoriza a julgar fulcrado no arbítrio, nem em usurpação de poderes tipicamente legislativos¹⁸¹.

Em acréscimo as considerações tecidas noutra lugar¹⁸², não se questiona que é indispensável à discussão a utilização da ponderação econômica como critério de decisão judicial prévia, levando em consideração os custos dos direitos e das escolhas trágicas que a escassez de recursos disponíveis enseja¹⁸³. Todavia, num modelo de Estado voltado ao bem estar social, opção eleita pelo Constituinte de 1988, questões ligadas à efetivação dos direitos sociais de cunho existencial, sobretudo, exigem, sem hesitação, decisões que imponham ao Estado gastos muitas vezes vultosos, ainda que em prol de apenas um cidadão¹⁸⁴.

¹⁸⁰ De qualquer forma, no método de ponderação de bens, a validade da decisão pode e deve ser aferida através de critérios racionais e, tanto quanto possível, objetivos, a partir da fundamentação decisória. Segundo o autor, o uso da ponderação de bens não permite que se “dissolva a normatividade da Lei Fundamental em mero voluntarismo do exegeta” e, embora não se possa realizar plenamente a praticidade requerida por alguns, a racionalidade e objetividade são metas que devem ser sempre perseguidas.

¹⁸¹ Para Daniel Sarmiento, o Judiciário só pode ponderar quando não houver lei específica acerca do objeto da lide. A presença de norma infraconstitucional em vigor inibiria o juiz de efetuar a ponderação, uma vez que ele teria que acatar a opção realizada de antemão pelo legislador. (*in* LOBO, 2001, p.71-72). Nada obstante, parece que mesmo diante da existência de lei, o Judiciário está autorizado a julgar. No caso levado a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do critério de miserabilidade exigido para a concessão dos benefícios assistenciais ao idoso e ao deficiente (Lei 8.742/93), a Corte acabou por decretar a inconstitucionalidade da lei, sem declarar-lhe a nulidade, para entender que o critério de ¼ do salário mínimo *per capita* não correspondia a realidade social para configuração do estado de miséria, devendo ser atualizado pelo Legislador.

¹⁸² Remetemos o leitor aos tópicos: 3.1.1.2.1 Os limites à Discricionariedade Administrativa e 3.1.1.2.2 O princípio da Separação dos Poderes.

¹⁸³ Nas palavras de Flávio Galdino: “Antes de ser inimiga ou mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos - ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos - através de análises de custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio Direito” (2008, p. 252).

¹⁸⁴ Inúmeras são as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos importados, de próteses, de tratamentos, ainda que só realizados ou obtidos no estrangeiro.

Pra finalizar, a aparente insegurança jurídica advinda do método de sopesamento, conforme observou Karl Larenz, mais do que prejudicial, parece ser salutar, pois, com o acréscimo das sentenças dos mais altos tribunais, criam-se possibilidades de comparações, mediante as quais serão tornadas ainda mais estreitas as margens residuais de livre apreciação (LARENZ, [s.d.], p. 502-503)¹⁸⁵; sem que isso signifique engessamento dos fatos sociais ou encastelamento em regras fixas.

Do exposto, como principal instrumento de inconformismo contra o descumprimento do compromisso constitucional perante as diferenças e a miséria sociais, a intervenção do Poder Judiciário tem sido o caminho mais utilizado perante a crescente necessidade do Direito abstrair-se para abranger situações heterogêneas e modificáveis em adaptação à dinâmica social contemporânea, correspondendo, o método de ponderação de bens seu mecanismo catalisador.

3.1.3 A sindicabilidade dos atos de Governo

Retomando as ideias desenvolvidas, é manifesto que as formas estruturais e os graus de complexidade da sociedade crescem aceleradamente, requerendo que o direito dia-a-dia seja, na perspectiva luhmanniana, reconstituído; “abandonando qualidades em princípio materiais (estabelecidas em termos de conteúdo ético, eudemonista ou utilitário) e adquirindo qualidades formais (abstratamente especificadas em termos conceituais) numa elasticidade conceitual-interpretativa de praticabilidade processual ótima” (LUHMANN, 1983, p.25)¹⁸⁶.

Por seu turno, aprisionado em um paradigma que já não responde à dinâmica dos fatos¹⁸⁷, o Direito Administrativo, ao ser interpretado, precisou, refletir os valores de toda sociedade, num longo período de tempo, e também, devido às rápidas e

¹⁸⁵ Daí falar-se na aproximação cada vez maior com a técnica do uso dos precedentes, mesmo nos países adeptos do *Civil Law* como o Brasil.

¹⁸⁶ Sobrepondo, Habermas vai dizer que “através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o Direito adquire uma relação com a moral. [...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do Direito. A moral autônoma e o Direito Positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca” (1997, p. 128).

¹⁸⁷ Que impede o diálogo fecundo com o gerenciamento público no modelo renovado de Administração Pública.

profundas transformações a que está sendo submetido o setor público do nosso tempo, admitir subordinação direta à Constituição em detrimento do legalismo outrora reinante¹⁸⁸.

A partir daí, para construção de projeto político para determinada comunidade (IKAWA, 2004, p.113) passou a ser exigido dos operadores do direito agir por meio de ações abrangentes; tanto no gerenciamento estatal (fixando metas e apontando diretrizes, com alto grau de decisão política); quanto na instrumentalização dessas políticas, praticando atos administrativos de concreção das metas alhures fixadas¹⁸⁹.

Ou seja, para que as políticas públicas se traduzam em programas de ação governamental que coordenem os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2002, p.241), é preciso aceitar, como inevitável, um grau cada vez maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política.

E é nesse contexto que, nos dias de hoje, sobrepuja o papel dos tribunais na formação atualizada do direito.

Atribuindo-lhe o poder de não só preencher as lacunas do ordenamento jurídico, mas também de imprimir, no julgamento de casos concretos, os valores que modernamente a sociedade reconhece como prioritários; ao Judiciário se apresentam questões afetas à educação, saúde e habitação (dentre outros), de forma desafiadora, as quais deixam manifesto como a dinâmica social hodierna vem “à reboque” dos preceitos enclausurados contidos nas leis¹⁹⁰.

¹⁸⁸ De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, o operador do direito (jurista, legislador ou administrador público) deve considerar o ordenamento jurídico dinamicamente, como uma viva e operante concatenação produtiva, como um organismo em perene movimento que, imerso no mundo atual, é capaz de autointegrar-se, segundo um desenho atual de coerência, de acordo com as mutáveis circunstâncias da sociedade (2013, p.213).

¹⁸⁹ Enquanto as primeiras são expressões dos atos de governo, as segundas; são atos meramente administrativos. Ademais, os atos de governo estão ligados ao Direito Constitucional porque são atos praticados com fundamento na Lei Maior. E o controle exercido sobre um ato de governo é chamado de controle político. Já os atos de administração estão ligados ao Direito Administrativo e tem como fundamento a legislação infraconstitucional. São atos de execução controlados pelo poder hierárquico da Administração, havendo uma relação de hierarquia entre o órgão de controlador e o órgão controlado. (DAVI, 2009, p.2).

¹⁹⁰ Além dessa desarticulação com o presente, Emília Simeão Albino Sako refere-se também à ausência (e/ou insuficiência) legislativa, o surgimento das tutelas diferenciadas dos chamados interesses difusos, fragmentados e coletivos como outros fatores que acentuam a exigência de dinamismo e da criatividade interpretativa dos tribunais (SAKO, 1997, p. 345).

No sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de que jurisprudência pode figurar como fonte direta e imediata do direito vem sendo fortalecido na medida em que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas¹⁹¹.

Posto não se possa aplicar o sistema puro de *common law* e nem falar em força vinculante dos precedentes¹⁹², é inspirado nesse cenário que muito se tem discutido no Brasil o ativismo judicial, a judicialização política da vida social e sindicabilidade dos atos de governo¹⁹³.

Mesmo não sendo o objeto central desta pesquisa, o tema guarda pertinência prática com o modo pós-moderno de interpretação do dever constitucional do Estado no cumprimento das políticas públicas relacionadas ao combate às debilidades sociais pela concessão do mínimo existencial.

A admissão da juridicidade administrativa alterou o foco dos administrativistas, pois passou aceitar que a atividade da Administração não só se respaldará na lei, mas, sobretudo, na Constituição, ainda que isto implique em contrariedade à lei infraconstitucional através de ponderação de princípios (especialmente o da legalidade estrita) (DAVI, 2009, p. 3).

¹⁹¹ Nos sistemas anglo-saxônicos de *common law*, marcados pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, a jurisprudência é considerada uma fonte direta e imediata do direito. Neles, o precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, adquirindo relevo a doutrina do *stare decisis*. Proveniente da expressão em latim que se traduz: "ficar com as coisas decididas", o *stare decisis*, muito comum no sistema da *common law*, aplica o sistema dos precedentes judiciais. Segundo Fredie Didier Júnior: "Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos". (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 347).

¹⁹² Nada obstante, segundo Luiz Guilherme Marinoni: "É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário" (MARINONI, 2011, p. 65).

¹⁹³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em princípio da justicialidade (DI PIETRO, 2012, p. 10). Saliente-se por oportuno que, para Luís Roberto Barroso, ativismo e judicialização não são sinônimos, embora "primos irmãos". Ele afirma que, enquanto a judicialização é um fato (uma questão com repercussão política/social chegar no STF para ser julgada), o ativismo é uma atitude. Em acréscimo, o autor aduz o conceito de autocontenção judicial ("self-restraint"), como o oposto do ativismo e unção contramajoritária do STF: que significa dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria. Por exemplo: no reconhecimento da união estável homoafetiva. (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Segundo Luis Roberto Barroso, a ideia de ativismo judicial está associada a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Para Luis Roberto Barroso (2012, p. 25-26), resumidamente, a postura ativista se manifesta por meio de condutas, que incluem:

(I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário¹⁹⁴;

(II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição¹⁹⁵;

(III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em complemento, noutro artigo, o autor aduz ainda, como necessário ao intérprete, não só reconduzir a interpretação ao sistema jurídico (a norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento), mas utilizar-se de fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis; que tenha pretensão de universalidade e leve em consideração as consequências práticas que sua adoção produzirá no mundo dos fatos (BARROSO, 2006, p. 29).

Do exposto, é perceptível que o fenômeno encerra uma face positiva e outra negativa. Como positivo, o Judiciário acaba atendendo a demandas da sociedade

¹⁹⁴ Nada obstante, alerta Emília Simeão Albino Sako, o juiz tenha liberdade para decidir, tal prerrogativa não lhe confere o poder de criar novos direitos. Nos casos complexos, como os que envolvem o mínimo vital, ainda que a solução encontrada seja única, inédita e faça lei entre as partes (e eventualmente em relação a terceiros), ela não integra o ordenamento jurídico como norma abstrata e de caráter geral. Citando Cappelletti: “a interpretação jurídica não é inequívoca, mecânica e predeterminada, mas a liberdade criativa não significa “direito livre”, no sentido de ser livremente criado pelo juiz; em grau maior ou menor os limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. O juiz não está autorizado a ignorar o sistema jurídico e fundamentar a solução do conflito em elementos estranhos à ordem jurídica, ou decidir com base apenas em sua convicção pessoal, pois nesse caso sua decisão não passará pelo teste da legitimidade” (SAKO, 1997, p. 346).

¹⁹⁵ Segundo Roger Stiefelmann Leal, o controle dos atos administrativos e o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos juntamente ao processo de ampliação do “campo” constitucional conferiram uma enorme esfera de poder aos órgãos jurisdicionais, ocasionando uma inevitável supremacia do Poder Judiciário sobre os demais (inclusive, o tornando mediador político no embate entre os poderes) (LEAL, 1999, p. 230-237).

que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento¹⁹⁶, todavia; ao revés, exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Legislativo (BARROSO, 2006, p.9), além de ter o agigantamento de seu papel, podendo isso significar, para alguns, o desrespeito ao princípio da separação harmônica dos Poderes da República.

De fato, conquanto Legislativo, Executivo e Judiciário exerçam controle recíproco sobre as atividades de cada um, as funções estatais de legislar (criar o direito), administrar (executar e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito no caso concreto) são atribuídas distintamente a cada um dos órgãos, pela Constituição, como forma de impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.

Entretanto, como já debatido, não é possível ignorar que, a partir da Constituição de 1988, o Poder Judiciário tem se revestido de acentuado caráter político como guardião máximo da Constituição Federal¹⁹⁷. E isso, em decorrência do novo perfil social do país, que passou a afiançar ao Judiciário o papel garantidor dos direitos fundamentais sociais, reduzindo a discricionariedade do administrador e enfraquecendo o império da lei¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Como exemplos, temos visto a atuação do Supremo Tribunal Federal na imposição das regras a serem aplicadas nos casos de greve no serviço público, no combate e eliminação do Nepotismo e no direito eleitoral (como a perda automática do mandato eletivo em caso de condenação penal transitada em julgado que determine a perda dos direitos políticos, conforme Ação Penal 470, dos “mensaleiros”).

¹⁹⁷ Segundo Martonio Mont’Alverne Barreto Lima: “Os problemas de manutenção de sentido constitucional por intermédio da compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico cedem espaço para o realismo de ações concretas e dialógicas. [...], só um Judiciário politizado, com uma política democrática includente, poderá manter a força da Constituição (não a retórica idealista). Por isso, afirmar que todos os julgadores possuem suas preferências político-ideológicas não representa novidade alguma. [...] Ninguém é neutro, até mesmo pelo fato de que a neutralidade traduz a adesão ao *status quo*, ou seja, a aceitação da realidade política objetiva que se tem. [...] a política democrática nada tem de condenável [e adiciona]; não se deve temer uma jurisdição constitucional politizada, não partidarizada” (LIMA *in* LIMA, 2006). Conquanto não se deva frisar preponderantemente o aspecto político (pecando pela unilateralidade), tal definição tem utilidade no entendimento da influência da política na atividade jurisdicional.

¹⁹⁸ A lei perde o seu prestígio e a sua grandeza, sob vários aspectos apontados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Em primeiro lugar, ela se desvinculou da ideia de justiça, passando de instrumento de realização do bem comum, para instrumento da realização da vontade de grupos, de classes, de partidos. Com isso a lei perdeu, em grande parte, seu caráter de generalidade, abstração, impessoalidade, e passou a ter caráter individual, na medida em que atende a interesses parciais da sociedade ou grupos. Essa politização das leis conduz à sua multiplicidade, muitas vezes irracional e à instabilidade do Direito. Em consequência ela perde seu prestígio, credibilidade, já que muda com mais facilidade e sem qualquer preocupação com o bem comum e com a justiça. A lei continua a existir, mas apenas no sentido formal (porque emanada de um órgão legislativo estatuído na Constituição), independentemente do seu conteúdo. (FERREIRA FILHO, 1988, p.45-48).

O Juiz, dentro dessa nova concepção, adquiriu maior margem de discricção¹⁹⁹, decidindo por meio de conceitos indeterminados, economicidade, moralidade, legitimidade, dignidade da pessoa humana, optando segundo sua visão²⁰⁰, pela resposta que considera certa, após o processo de interpretação.

A par dos benefícios, nesse momento, também se reconhece as ameaças que esse processo de politização do Judiciário é capaz de causar.

Segundo Ubiratan Jorge Iorio (IORIO, 2009), o ativismo exacerbado, aliado à praxe de súmulas vinculantes, subtrai o espaço de atuação constitucional e institucional do Legislativo²⁰¹. Para ele, concentrar poderes extraordinários nas mãos

A par disso, o executivo também edita medidas provisórias com força de leis (além dos decretos autônomos), o que gera ainda maior instabilidade e desconfiança, já que acentua uma proeminência do Executivo em relação ao Legislativo. Em suma: O Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes Legislativo e Executivo perderam.

¹⁹⁹ Não no sentido da discricionariedade administrativa. Conforme já expusemos, o juiz atua no campo interpretativo e não discricionário.

²⁰⁰ Daí, num mesmo caso, pode um juiz decidir pelo desenvolvimento econômico, enquanto outro; pela proteção ao meio ambiente, e um terceiro; pela proteção do interesse dos indígenas. Em todas elas, não há uma única resposta “correta”, mas todas podem ser fundamentada e constitucionalmente albergadas. Essa diferença de visões e vasta margem de discricção, inexistia e inexistiu, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis.

²⁰¹ Em preleção, Dirley da Cunha Júnior defende que não há subtração de espaço pelo Poder Judiciário, mas sim, preenchimento de espaços já deixados vazios pelo Parlamento e pelo Executivo que, pela provocação do jurisdicionado, requer atuação do Juiz (omissões inconstitucionais). Parecendo corroborar com o autor, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (BRASIL, [s.d.]), o Supremo Tribunal Federal: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (BRASIL, [s.d.]). [...] A incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, *ainda que*

de apenas onze ministros, é tornar o Supremo Tribunal Federal depositário único de todas as reivindicações da sociedade acerca de temas importantes, que deveriam ser debatidos à exaustão nas suas instâncias adequadas (IORIO, 2009, p.4).

Ademais, como no Brasil os juízes não são eleitos (pois prestam concursos públicos), nada lhes confere a autoridade política que outorgue o privilégio de imporem suas opções político-ideológicas²⁰² particulares na efetivação de direitos; não sendo respaldo suficiente sua formação técnica, que não contempla conhecimentos básicos indispensáveis para a tomada de decisões nas searas da Administração pública e privada²⁰³.

Nada obstante todas as objeções aduzidas, no arcabouço institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou infralegais, é o Judiciário o órgão melhor vocacionado a fazer, numa atitude conciliatória, tal reflexão (BARROSO, 2006, p.15).

À vista da imparcialidade que deve nortear a atividade judicante, não há que falar em arbitrariedade na interpretação²⁰⁴. Toda decisão (judicial ou não) carece graduar-se na moldura legal, devendo estar fundamentada nos elementos que

excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, *com tal comportamento*, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...] (RE 581352/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (BRASIL, 2013b).

²⁰² Nesse particular, Alexy chama a atenção, pois, poderiam ir além da barreira do conteúdo essencial, por exemplo, quando, no modelo *decisionista de sopesamento*, a definição do enunciado de preferência fosse resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. Para tanto, o autor apresenta o modelo fundamentado que pugna pelo sopesamento baseado em um enunciado de preferência fundamentado de forma racional. (ALEXY, 2006, p.164-165). Em sentido diverso, para Ubiratan Jorge Iorio, os magistrados brasileiros emitem juízos puramente políticos, com fundamento em uma prerrogativa distorcida – “o controle difuso” –, sem respaldo na devida representatividade política e sem responsabilidades nas alocações de recursos estabelecidas nos orçamentos. Isto, entre outros males, acarreta o esvaziamento dos objetivos e funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

²⁰³ Em Judiciários politizados, como nos Estados Unidos da América, os magistrados possuem ampla formação nas searas jurídica, econômica, social e administrativa. Além disso, são eleitos, tendo a devida representatividade política. (IORIO, 2009, p.5).

²⁰⁴ Emília Simeão Albino Sako assevera: “o juiz possui certo grau de liberdade para interpretar, para qualificar a prova, para decidir sobre a lei aplicável e, a decisão que profere não se contrapõe a outra como sendo a melhor, como sendo a mais correta. [Todavia] isso não significa que tenha ampla e irrestrita liberdade de ação. Liberdade para interpretar não pressupõe o exercício de um poder discricionário, fora do controle da lei ou das partes. Até mesmo nos casos trágicos em que o juiz tem plena autonomia para decidir em favor de um ou outro interesse em conflito, sua decisão não é discricionária” (SAKO, 1997, p 339).

compõem o sistema jurídico (ser adequada, justa e racional²⁰⁵), segundo padrões razoáveis exigidos pela sociedade, estando sempre sujeita a controle pelas partes do processo e pela sociedade (DIREITO, 2000).

Assim, se por um lado, a persuasão consentida com base na lógica do razoável pressupõe (como aspiração, pelo menos) a igualdade de oportunidades dos participantes nas decisões judiciais²⁰⁶, por outro lado, para ser persuasivo, o juiz precisa, em seu discurso, procurar os argumentos mais convincentes nas circunstâncias (SANTOS, 1988, p.94), ressurgindo a dialética do processo judicial²⁰⁷ como uma das opções mais democráticas quando o assunto é políticas públicas²⁰⁸.

Ademais, conforme o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45:

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, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

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 programático²⁰⁹.

Em suma, sem descurar dos limites e atento às necessidades sociais, sobreleva-se o papel do Poder Judiciário que, numa atividade conciliatória, pode e

²⁰⁵ Na tentativa de definir um discurso prático jurídico, Robert Alexy criou as suas 27 regras para um discurso racional, aplicáveis à argumentação jurídica. Segundo ele, quanto mais forem cumpridas as regras, mais próximo de um discurso racional e ideal se estará. (ALEXY, 2001).

²⁰⁶ Não sendo sem razão a busca pela pluralização do debate com a participação direta dos cidadãos por meio do *amicus curiae*, por exemplo.

²⁰⁷ No ponto de vista processual, as ações coletivas realizariam mais perfeitamente tal mister. Ao contrário, em virtude dos ônus financeiros impostos por decisões judiciais tomadas em casos individuais, a princípio, estas não seriam a melhor forma para manifestação judicial.

²⁰⁸ Dito de outra maneira: os direitos fundamentais deixam de ser meros limites de atuação estatal para se converterem em instrumentos jurídicos de controle de sua atividade positiva, o que traz como consequência a possibilidade de participação dos indivíduos e grupos no processo político, conferindo legitimação e democratização às escolhas realizadas

²⁰⁹ Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004 (BRASIL, 2004).

deve realizar o reenquadramento dos fatos sociais mediante as expectativas socialmente compartilhadas.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA CLAUSULA *PRO MISERO*

4.1 A VISÃO CONTEMPORÂNEA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

4.1.1 O contributo da filosofia e da linguagem na construção da hermenêutica neoconstitucional

Inelutavelmente, no estudo da hermenêutica constitucional pós-moderna é preciso considerar o papel que a linguagem²¹⁰ e o discurso²¹¹ podem oferecer no momento da interpretação. Isso porque, o primeiro espaço em que a hermenêutica possui relação privilegiada é o da linguagem e, de modo mais especial, da linguagem escrita²¹².

Nessa perspectiva foi que se desenvolveram diversos estudos, que tinham como alvo a significação técnica dos símbolos; sendo precursor em importância os de Ferdinand de Saussure²¹³.

Na antropologia, foi com Claude Lévi-Strauss que as ideias de Saussure foram aplicadas, surgindo o Estruturalismo Antropológico²¹⁴.

²¹⁰ Além dos símbolos, signos e mitos mencionados no Estruturalismo de Ferdinand de Saussure. Tributa-se a Saussure o estudo da Semiologia, concedendo autonomia científica ao estudo da Linguística.

²¹¹ representado pela dialética entre explicar e compreender. Em outras palavras, para Paul Ricoeur, a epistemologia da interpretação seria uma ontologia de “via longa”, na qual se deseja entender “o que é compreensão”, ao invés de procurar um método para compreensão. Para Ricoeur, há uma correlação entre explicar e compreender e vice-versa; constituindo o que, mais tarde, se denominou de círculo hermenêutico.

²¹² Conforme Ricardo Maurício Freire Soares, após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando durante a Idade Média pelas interpretações agostiniana e tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza eminentemente filológica. (SOARES, 2013, p. 208).

²¹³ Resumidamente pode-se dizer que o autor, desprezando o discurso, centrou-se nas regras que permitem a língua operar; interessando-se na *infraestrutura* da língua; naquilo que é *comum* a todos os falantes e que funciona em nível inconsciente; numa inquestionável tentativa de conferir cientificidade ao estudo; relacionando a língua apenas com que lhe é pertinente (sincronia), desvinculada da história (diacronia).

²¹⁴ Para Strauss, como leitores, podemos permanecer *suspensos* do texto, tratá-lo apenas como texto *sem mundo e sem autor* e explicá-lo então por suas relações internas; por suas estruturas; fugindo assim da subjetividade do autor e alcançando a objetividade do texto. Dessa forma, o antropólogo francês pretendia aferir o *modus operandi* do espírito humano. No seu entender, existem no texto elementos universais, entendidos como partes irreduzíveis e suspensas em relação ao tempo, que perpassariam todo o modo de pensar dos seres humanos; atingindo-se, nessa operação, a almejada objetivação que reina nas ciências naturais.

Em todos eles, era comum o uso de regras que permitissem o desenvolvimento de estudo pragmático, fundado no distanciamento sujeito-objeto e na neutralidade, pois só assim se evitava os subjetivismos e transcendentalismos, revestindo-se de cientificidade as ciências sociais²¹⁵.

No plano jurídico, foi sob a influência da neutralidade axiológica pugnada por Hans Kelsen que se buscou a referida segurança científica.

O positivismo, assentado no discurso da autoridade, foi usado, por longo período, como instrumento de dominação, no controle da produção dos textos jurídicos, sem qualquer mudança na realidade social. O ordenamento era entendido de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos, transformando o Direito soberano ou nacional num direito de sistematização centralizada nas normas de exercício do poder de gestão estatal²¹⁶.

²¹⁵ A respeito da preeminência da epistemologia das ciências naturais sob as ciências do espírito, Boaventura de Souza Santos exemplifica: “[...] Deste lugar central da matemática na ciência moderna derivam duas consequências principais. Em primeiro lugar, conhecer significa(va) quantificar. O rigor científico afeia-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto (eram), por assim dizer, desqualificadas e em seu lugar passa(vam) a imperar as quantidades em que eventualmente se podem traduzir. *O que não (era) quantificável (era) cientificamente irrelevante*. Em segundo lugar, o método científico assenta(va-se) na redução da complexidade. O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente. Conhecer, significa(va) dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou” (SANTOS, 2008, p. 27-28). Só após, na década de 1960, com o sincretismo teórico e metodológico, a discussão do pluralismo jurídico abriu espaço para uma nova proposta, fundamentada na ideologia liberal. A consolidação de uma nova sociedade capitalista impôs uma nova concepção do político e do jurídico e uma crescente autonomia das ciências, livres do domínio religioso. A partir daí, admite-se que é difícil, senão impossível, desenvolver um conjunto plenamente elaborado de conceitos culturalmente neutros para analisar comparativamente as sociedades. As ciências sociais passaram a ostentar o *status* de ciência pela análise cultural que faz das sociedades. Mais uma vez, recorremos as palavras de Boaventura: “[...] O argumento fundamental é que a ação humana é radicalmente subjetiva. O comportamento humano, ao contrário dos fenômenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores e objectiváveis, uma vez que o mesmo ato externo pode corresponder a sentidos de ação muito diferentes. A ciência social será sempre uma ciência subjetiva e não objetiva como as ciências naturais; tem de compreender os fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas ações, para o que é necessário utilizar métodos de investigação e mesmo critérios epistemológicos diferentes dos correntes nas ciências naturais, métodos qualitativos em vez de quantitativos, com vista à obtenção de um conhecimento intersubjetivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objetivo, explicativo e nomotético” (SANTOS, 2008, p. 38).

²¹⁶ Nesse sentido, Lênio Streck chama esse discurso dogmático de “fetichização do discurso jurídico”, explicando que, por meio de tal discurso, “a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade natural (STRECK, 2005b, p. 95). Não

Porém, como não poderia deixar de ser, ao pretender tal distanciamento, que condicionava o estatuto científico das ciências, a verdade ficava comprometida, perdendo a densidade ontológica da realidade estudada (GADAMER, 2008).

Todavia, com o surgimento da fenomenologia, rapidamente sua influência foi sentida em diversos ramos do conhecimento, e no Direito, atuou no resgate da relevância do papel do intérprete na concepção da verdade (ROCHA *et al.*, 2011, p. 150). Contrariamente a atitude neutra e distanciada do racionalismo, a fenomenologia pugna pela necessária interferência do subjetivismo na apreensão e compreensão do mundo.

Segundo Hans Georg Gadamer, só a totalidade psíquica do intérprete, relacionada à percepção dos fatos sociais regulados pelo Direito, permite realizar plenamente a compreensão. A revelação quanto à linguagem e ao conteúdo de um texto contemporâneo, só se dá “no vaivém do movimento circular entre o todo e as partes” (GADAMER, 2008, p. 298).

Nessa linha de compreensão, Manoel Jorge e Silva Neto, alerta que a tradição e a pré-compreensão compõem o fenômeno hermenêutico, pois interpretar “decorre necessariamente do *prévio conhecimento* (tradições aliadas à pré-compreensão) a respeito do que empiricamente se sucede na vida real”²¹⁷. E é esta

obstante, cabe nesse instante uma advertência: enganam-se aqueles que imaginam que Kelsen ignorava a influência dos aspectos sociológicos, políticos ou econômicos na interpretação da norma jurídica. Absolutamente não. Kelsen não reduziu o Direito à norma. Em verdade, ele entendia que, para construção de uma epistemologia jurídica, uma Teoria Pura, tais aspectos deveriam ser alijados, a fim de se sistematizar uma “verdadeira” ciência, livre de interferências de elementos extranormativos, sob pena de “[...] a pureza de método da ciência jurídica (estar) então posta em perigo; não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas - muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral. (KELSEN, 2003, p. 67).

²¹⁷ Efetivamente, o pré-conceito (ou pré-juízo), no sentido positivo que Hans Georg Gadamer lhe confere, ou ainda a autoridade e a tradição são condição prévia de toda a compreensão, ou seja, não há compreensão sem pré-compreensão (ou preconceito), porque só podemos compreender a partir de um horizonte de sentido que já temos de antemão, determinado pela nossa pertença a um “mundo” e a uma tradição e dentro dos seus pressupostos. O círculo hermenêutico (ou arco hermenêutico, como já destacado) põe a nu o jogo que vai da pré-compreensão à compreensão, no processo recorrente, contínuo e sempre inacabado, de compreender mais para compreender melhor. Não há, pois, compreensão sem pré-compreensão, por um lado, e nunca há uma compreensão ou interpretação última, por outro, já que cada horizonte a partir do qual se compreende é apenas um horizonte, este horizonte, e podemos sempre retomar o processo, mais tarde, desde um outro horizonte, o que nos permitirá compreender não só mais, mas melhor ou, ainda, de outro modo (GADAMER, 2008, p. 344-353). Todavia, é salutar esclarecer que,

interação que permite ao intérprete mergulhar na linguisticidade do objeto hermenêutico, aproveitando-se da textura aberta da obra (SOARES, 2011).

Não obstante, ainda hoje, quando aplicado à dimensão jurídica, a percepção do círculo hermenêutico é alvo de censuras, em especial, no âmbito da teoria da decisão.

A ideia de sistema jurídicocientífico aberto, nunca tomado de forma definitiva, pode oferecer, segundo alguns teóricos, insegurança e arbitrariedades²¹⁸.

Todavia, como já sinalizado, dentro da perspectiva neoconstitucionalista, cresce, ao lado do sentimento jurídico²¹⁹, a importância do exame das circunstâncias sociais do caso concreto. Circunstâncias essas, dinâmicas e mutáveis; repletas de diversidade nas tradições culturais²²⁰, religiosas e morais existentes²²¹.

De fato, segundo Dirley da Cunha Júnior, “o Direito é cultura porque é criação do Homem: Tudo que existe, ou sucede, por intervenção do homem, e em que se

na concepção de Manoel Jorge e Silva Neto, quando se refere a pré-compreensões: “[...] não se refira que é o caso da *ideia inata*, porque, se colocarmos uma criança de tenra idade diante de uma circunstância desconhecida, não saberá distinguir as situações que nunca vivenciou. [...], pois, a ausência de discernimento quanto aos fatos inviabiliza, por completo, o fenômeno interpretativo”. (SILVA NETO, 2013, p. 137).

²¹⁸ Admitir que o subjetivismo do intérprete faça parte dos critérios da interpretação é deixar ao alvedrio do aplicador a escolha. No domínio da decisão, seria admissível que o juiz, quando a norma em questão carecesse de interpretação, formasse em primeiro lugar o seu convencimento (do que seria a decisão “justa”), por vias distintas da subsunção a lei, e só então, de certo modo para efeitos de controle, passasse a procurar fundamentar na lei o resultado previamente obtido. Com isto, o resultado seria decorrência da escolha do método e as valorações particulares adotadas pelo julgador, residindo aí à maior crítica. (LARENZ, [s.d.], p. 168-169).

²¹⁹ Por *sentimento jurídico*, refere Karl Larenz, como processo psíquico que encerra uma opção ou valoração e que se expressa como uma aprovação ou desaprovação da decisão (assim proposta ou emitida). Tal expressão não pode ser senão a exteriorização de um processo psíquico do foro interno. (*Idem*, página 169). Assim, o sentimento jurídico não seria um sentimento individualizado, mas sim, um sentimento compartilhado no seio da comunidade (cf. SANTOS, 1988, 17-19).

²²⁰ Partindo das ideias do fenomenologista Edmund Husserl, Carlos Cossio identificou a existência de quatro regiões ônticas do conhecimento (objetos ideais, naturais, culturais e metafísicos), as quais foram representadas por meio de uma tabela por Manoel Jorge e Silva Neto. Reconhece o autor que o Direito busca no substrato empírico da realidade social a fonte que, ao depois, será materializada através do processo de adscrição dos enunciados linguísticos. (SILVA NETO, 1998, p. 113-114).

²²¹ Aceitando como necessária à convivência de realidades diversas, o multiculturalismo surgiu como um movimento baseado no pluralismo e na coexistência pacífica, dentro de um mesmo país, região ou local, de diferentes culturas e tradições. Inclusive, foi a partir dele que Marcelo Neves desenvolveu sua tese acerca do transconstitucionalismo, admitindo o diálogo transversal entre as diversas ordens jurídicas ou mesmo extrajurídicas na resolução de problemas constitucionais comuns. À propósito, para consulta: David & McGrew (2001); Santos (1997); Pinto (1999, p. 56-69).

incorpora ou procura incorporar-se um valor, é cultura”²²². E em arremate, sintetiza Manoel Jorge e Silva Neto: “de um objeto cultural (leia-se: do Direito) não se extrai um sentido, mas sim, convictamente, um valor” (SILVA NETO, 1999, p. 11).

É sob esse aspecto que se pretende estudar a hermenêutica nesta tese; pois “tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas [...] sendo a hermenêutica inseparável da própria vida humana” (SOARES, 2011).

4.2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Numa perspectiva mais conservadora, pode-se conceituar a interpretação jurídica²²³ como processo silogístico (de subsunção dos fatos à norma), sendo a lei; a premissa maior e os fatos; a premissa menor, tendo como resultado a sentença (conclusão).

Nesse processo clássico, o papel do juiz se restringe em revelar a vontade da norma, desempenhando atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

Não obstante, diante do influxo das modernidades sociais, como alertam Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso, mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já se sentia a necessidade de serem sistematizados novos e diferentes princípios de interpretação constitucional, mais específicos e aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p. 308).

²²² Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, a Constituição seria um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura, sendo ao mesmo tempo condicionante desta, emanada da vontade existencial da unidade política e reguladora da existência, estrutura e fins do Estado, bem como do modo de exercício e limites do poder. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 93).

²²³ *A priori*, cumpre realizar a distinção entre terminologias parecidas, pois, embora possam ser confundidos, é contestável a ideia de que os termos hermenêutica e interpretação sejam sinônimos. Segundo Paulo de Barros Carvalho “para bem explicar a diferença que se instala entre a Hermenêutica e a interpretação, convém dizer que neste instante, enquanto tratamos de modo genérico, dos meios, dos critérios e esquemas interpretativos, estamos laborando em campo nitidamente hermenêutico. Agora, se nos propusermos analisar um determinado dispositivo legal e formos aplicar os princípios, instrumentos e fórmulas preconizados pela Hermenêutica, aí, sim, estaremos certamente desenvolvendo uma atividade interpretativa” (*apud* SILVA NETO, 1998, p. 78).

A grande transformação na interpretação constitucional se deu a partir do momento em que se constatou como não verdadeira a crença de que as normas jurídicas - em particular as normas constitucionais – tragam em si um único sentido, objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidem²²⁴.

Na atualidade, a hermenêutica mantém-se associada à ideia de compreensão, todavia, libertada do caráter dogmático, é um posicionamento interpretativo frente aos problemas do ser.

Em outras palavras, mais do que mera técnica, a atividade interpretativa contemporânea é um espaço para o desenvolvimento criativo de reflexão do jurista; o que sugere o envolvimento, não apenas a dimensão gramatical do discurso, mas também o significado contextualizado da norma em conexão com os valores acolhidos em dada sociedade.

Tanto é assim que, segundo Manoel Jorge e Silva Neto,

A interpretação da norma jurídica tem por objetivo a explicitação do seu conteúdo e do alcance quanto ao objeto dela mesma, que não é o homem, como rotineiramente se conclui, mas sim o seu comportamento nela normado, resultando daí a irrecusável complexidade do fenômeno interpretativo normativo, e também a sua importância, mais ainda quando é através da interpretação que se cria o sentido preponderante, tendente a mitigar a tensão desencadeada pela dúvida no ordenamento, com a prática finalidade de criar-se condições para uma *decisão possível* (SILVA NETO, 1998, p.77).²²⁵

Assim, hoje, existem técnicas e valores que ganharam destaque. E outros que, sem desaparecerem, passaram a dividir o espaço, perdendo a primazia do papel principal²²⁶.

Não obstante, embora a nova interpretação constitucional esteja vivendo movimento revolucionário de ruptura (próprio na evolução das ciências) (KUHN, 1998), ainda conserva muitos dos princípios e processos tradicionais, que, por

²²⁴ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação”. (FERRAZ JÚNIOR, 1980).

²²⁵ No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior assevera que, por interpretação jurídica, deve-se entender a atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de aplicá-las a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por mero diletantismo, mas para resolver problemas jurídicos concretos. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 200).

²²⁶ Um bom exemplo: a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p. 309).

necessário, serão estudados na sequência; aos quais, todavia, se agregam novas ideias para atendimento das novas demandas.

4.2.1 Princípios de interpretação constitucional

Antes de examinar os princípios constitucionais que devem nortear o labor interpretativo, deve-se lembrar de salvaguardar, na significação da norma, o limite intransponível no momento da sua consumação: *a constitutio scripta*.

De fato, adverte Manoel Jorge e Silva Neto:

O intérprete, inebriado pelo fascinante princípio da máxima efetividade, deve ter todo o cuidado para não proceder à reforma do texto constitucional através do procedimento interpretativo, pois a Constituição escrita é o limite que não se pode eliminar (SILVA NETO, 1999, p. 12).

Assim, em toda a análise, não se pode olvidar que o texto é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite da tarefa interpretativa (o intérprete não pode ir além, aquém ou contrário ao sentido literal do texto da norma).

Ademais, sem prejuízo do que se virá afirmar a seguir²²⁷, segundo Luís Roberto Barroso, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional (BARROSO, 2006, p. 24).

Tais princípios, continua o autor, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais (BARROSO, 2006, p. 24); sendo que se afiguram mais adequados para o estudo da cláusula *pro misero*: o princípio da coloquialidade, da máxima efetividade, da proporcionalidade, da proibição de proteção insuficiente e da proteção das minorias.

À vista da meta aqui perseguida, busca-se com a aplicação desses princípios, além da análise dos textos jurídicos livres de pré-compreensões²²⁸, concebê-los

²²⁷ No próximo tópico, reconhecemos que, embora se apliquem os processos tradicionais de interpretação das leis também às normas constitucionais, estas possuem um conteúdo material aberto e fragmentado, circunstância que justifica e reivindica a existência de uma interpretação “especificamente” constitucional. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 204).

²²⁸ No sentido de dogmas e pré-definições prontas e acabadas.

através de perspectiva dinâmica e valorativa²²⁹ que pragmaticamente solucione da forma mais justa os problemas sociais.

4.2.1.1 Princípio da coloquialidade

De forma direta, preleciona Manoel Jorge e Silva Neto, identificando-o como o princípio que determina que o significado atribuído às palavras inseridas na Constituição deve adotar caráter coloquial já que dirigido a toda a comunidade (SILVA NETO, 2013, p. 175).

Corroborando ao pensamento do autor, Renata Malta Vilas-Boas aduz que o princípio da coloquialidade ou do sentido usual das normas constitucionais, reportamos à teoria textualista na interpretação literária, defendida por Umberto Eco, onde a interpretação deve-se ater ao sentido literal, determinando uma interpretação consensual do que as pessoas geralmente tem em mente (VILAS-BOAS, 2010, p. 25).

Desta forma, pode-se afirmar que o princípio da coloquialidade nada mais é do que aceitar que as palavras contidas no texto constitucional devem ser tomadas primeiramente em seu sentido normal, usual, habitual.

No desenvolvimento de sua teoria da Argumentação Jurídica, Neil MacCormick aduz, como principal categoria de argumentação, a dos "argumentos linguísticos", naquilo que diz respeito ao recurso frequentemente usado pelos juristas de dar "sentido claro" às palavras usadas pelo uso da "linguagem ordinária".

Segundo MacCormick, o uso da linguagem coloquial é imposição dada ao legislador, a fim de ele seja pronta e diretamente compreendido pelos cidadãos, de um modo tão direto e imediato quanto possível. Segundo o autor,

[...] observar esse princípio evitará que os juízes atribuam novos sentidos de forma retrospectiva, aos textos legislativos colocados em ação, o que resultaria em desvantagem para os cidadãos, de modo que observar esse princípio consiste em sustentar um princípio fundamental de justiça (MACCORMICK, 2008, p. 167-168).

²²⁹ Interpretar significa explicitar ou revelar o sentido da norma, na interação com elementos de sua estrutura fático-axiológico, enquanto geradora de significados jurídicos (Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale).

Ademais, conquanto se lhe reconheça importância, é preciso esclarecer que esse princípio não deve ser usado continuamente.

A partir do momento em que essa forma de interpretação leve ao absurdo, ambiguidade ou contradição com o sistema constitucional vigente, deve-se alijá-la; recorrendo-se, nesta hipótese, ao sentido técnico dos vocábulos ou qualquer outro significado que, em consonância com o resto da Constituição, resulte num entendimento coerente com o Texto Maior (VILAS-BOAS, 2010, p. 25).

Como proposição, vê-se, com clareza, que o princípio em exame possui relação direta com a construção da ideia *pro misero* aqui defendida.

Isso porque, na medida em que o princípio da coloquialidade traduz em mecanismo que permite ao intérprete aproximar do cidadão a norma fundamental pelo emprego das palavras no seu sentido comum, tal princípio acaba por incidir imediatamente na definição da cláusula investigada.

Ao esquadrinhar o sentido usual dos termos, caberá ao interprete, em sua tarefa, cotejar, na consciência coletiva, aquilo que é entendido, por exemplo, como diferença, diversidade e igualdade, tentando extrair, por meio da coloquialidade, a síntese da ideia partilhada por todos acerca dos mesmos.

Nesse propósito, é que será possível não só avizinhar-se dos problemas sociais emergentes, mas, sobretudo dar respostas mais ajustadas às expectativas aquinhoadas no ideário da população, comparecendo o princípio sob análise como cúmplice na percepção autêntica e no aniquilamento eficaz da vulnerabilidade social.

4.2.1.2 Princípio da máxima efetividade

Traduzido por Konrad Hesse como a “força normativa da Constituição”, o princípio da máxima efetividade nada mais é do que a manifesta necessidade de se reconhecer força operativa aos direitos constitucionais, sob pena de tão-somente restar, ao Direito Constitucional, a inditosa função de mero justificante das relações de poder (HESSE, 1991, p. 11).

Considerando ter sido discorrido sobre o tema minuciosamente em outros itens²³⁰, cumpre-nos mencioná-lo, sob a perspectiva da interpretação, apenas como

²³⁰ Nos itens: 2.1.4.1.3 A máxima efetividade e 4.2.2.5 A força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

o princípio que recai sobre o intérprete na forma de imperativo ético-jurídico²³¹ em sempre fazer a escolha da solução que mais efetividade confira aos direitos fundamentais sociais.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Em acréscimo ao assunto, remetemos o leitor às considerações tecidas no tópico específico, julgando ser topográfica e logicamente mais profícuo para o desenvolvimento da presente pesquisa.

4.2.1.3 Princípio da proporcionalidade

Posto já se tenha falado acerca do princípio da proporcionalidade linhas atrás²³², devido o prestígio de sua aplicação nos conflitos entre direitos fundamentais sociais, cumpre assinalar, por oportuno, a compreensão do referido princípio engendrado à luz da interpretação *pro misero*.

Segundo Virgílio Afonso da Silva um conceito preliminar de proporcionalidade, é considerá-la como “regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais” (SILVA, 2002, p. 24).

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome sugere, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, restringindo aquém do necessário, adequado e proporcional.

²³¹ A ideia que se quer transmitir é de um dever inescusável, irretorquível e indeclinável que pesa sob o intérprete no momento de decodificar o querer da Constituição.

²³² Através dos itens 2.1.4.1.4. A vedação do retrocesso e 3.1.1.2.4 A ponderação de interesses.

De origem alemã, o princípio da proporcionalidade ostenta “qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito” (MENDES, 2004, p. 47), tendo, como principal função, a proteção das liberdades fundamentais do cidadão contra as insuficiências das leis ou arbítrios do Estado.

Fundamental na interpretação constitucional, boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.310).

Relacionando à cláusula *pro misero*, vê-se que o princípio em estudo assume papel especial na mediação entre os direitos fundamentais sociais de natureza essencial e as prerrogativas estatais de escolher discricionariamente a destinação dos recursos públicos no cumprimento de suas obrigações.

A rigor, a necessidade de se efetivar os direitos fundamentais requer, em sua análise, harmonizar, tanto quanto possível, a efetivação dos demais conteúdos e princípios insculpidos no texto constitucional, e, não sendo possível, decidir, qual direito, no caso concreto, deve prevalecer no sopesamento²³³.

E é aqui que se vislumbram os influxos da socialidade na interpretação do princípio da proibição do excesso²³⁴.

Isso porque, a partir da contemporização das sub-regras da proporcionalidade, tem-se atribuído a cláusula *pro misero* o papel de criar espécie de hierarquia axiológica móvel entre os princípios conflitantes, capaz de justificar, na

²³³ Harmonização e ponderação são práticas distintas. Harmonizar equivale a uma transação entre princípios de forma a assegurar, no caso concreto, a aplicação coexistente entre ambos os princípios em conflito. Já ponderar ou sopesar, significa decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor. (CANOTILHO, 2003, p.1241).

²³⁴ No trecho, novamente nos valem da terminologia de Canotilho para quem proporcionalidade e proibição de excesso são sinônimos. (2003, p. 268). Entretanto, cumpre registrar advertência de Virgílio Afonso da Silva: “outra questão terminológica deve ser resolvida, a par de tantas outras já referidas nessa pesquisa: àquela que se refere ao uso do conceito de *proibição de excesso*, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Embora estejam ligados, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais”. (SILVA, 2002, p. 27).

ponderabilidade dos direitos, a prevalência do núcleo essencial sobre as prerrogativas do ente público.

Nesse cenário, mais do que exigência para a construção da solução justa nos casos em que comparece, a cláusula *pro misero* consagra-se fundamento imediato e autônomo de pretensões subjetivas de direitos, realizando a “integração do momento justiça no palco da conflitualidade social” (CANOTILHO, 2003, p. 269) e reafirmando, vez por todas, a vinculatividade operada pela dignidade humana no plano fático-jurídico nacional.

4.2.1.4 Princípio da proibição de proteção insuficiente

A maior parte da doutrina identifica o princípio em estudo como uma das interfaces do princípio da proporcionalidade ao lado da proibição de excesso (GALVÃO, 2008, p. 93)²³⁵.

De evidente relevância na operatividade dos direitos fundamentais, o princípio da proteção insuficiente pode ser visto não só como resultado da necessidade de defesa do cidadão contra os abusos dos poderes estatais, mas, sobretudo como imperativo de proteção a ser destinada a todos os direitos, inclusive os de ordem prestacional²³⁶.

²³⁵ Como dito, há quem identifique sinonímia entre proporcionalidade e proibição do excesso. Todavia, segundo Walter Claudius Rothenburg, parte da doutrina identifica duas dimensões diversas e complementares da proporcionalidade: a primeira, com acento eminentemente “negativo”, busca seu fundamento na *proibição de excesso*, que quer dizer, a maior promoção possível do(s) direitos(s) em jogo, em face de uma menor possível restrição. O “negativo” está na proibição de atuação desmedida. A segunda dimensão, acentuadamente “positiva”, pode ser identificada como a *proibição de proteção insuficiente*, cuja exigência principal é de atuação bastante em prol de direitos (às mais das vezes, fundamentais). Por meio de tal entendimento, importa que se busquem mecanismos jurídicos de combate e superação à indevida omissão (inconstitucional). (ROTHENBURG, 2008, p. 302). Nesse sentido, é que Gilmar Mendes e Paulo Gonet, citando Canaris, salientam: “os direitos fundamentais, contêm, além de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção [...] não apenas proibição de excesso, mas uma proibição de proteção insuficiente. (MENDES & BRANCO, 2012, p. 1893 *apud* CANARIS, 1989, p. 161).

²³⁶ Por essa razão é que, segundo Lênio Streck, não se pode mais falar em função exclusivamente negativa do Estado – garantismo negativo -, mas “o Estado também será omissor quando se omite ou não adota medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais; o chamado garantismo positivo ou proibição de proteção insuficiente” (STRECK, 2005a).

Frequentemente ligado ao campo do direito penal, foi o Tribunal Constitucional Alemão que pela primeira vez reconheceu a teoria dos deveres de proteção e de sua proibição deficiente.

Naquela ocasião, o Tribunal afirmou que o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento de seu dever de tutela, que façam com que se obtenha tutela adequada e, enquanto tal, eficaz (GALVÃO, 2008, p.101).

Segundo Carlos Bernal Pulido, a proibição de proteção deficiente pode ser definida:

[...] como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção das omissões estatais (GALVÃO, 2008, p.101).

Em outras palavras, da mesma forma que se devem combater as ações desproporcionais do poder estatal (pelo princípio da proibição do excesso), devem ser combatidas as medidas que traduzam ações que ficam aquém do mínimo exigido constitucionalmente, frustrando expectativas legítimas dos cidadãos pela omissão ou proteção deficiente do Estado²³⁷.

Nesse estado de coisas, já se percebe a pertinência da inserção do princípio da proteção insuficiente como instrumento teórico que permite ao intérprete dar efetividade à cláusula *pro misero*.

Comungando do articulado acima, julgamos que a proibição de proteção insuficiente encerra verdadeira ferramenta de medição do dever de prestação legislativa e de identificação do mínimo exigível a título de imperativo de tutela²³⁸.

Notadamente aplicado nos casos de omissões do Estado na promoção de políticas públicas referentes aos direitos fundamentais sociais de cunho existencial,

²³⁷ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, existe uma substancial congruência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, porquanto esta encontra-se abrangida pela primeira, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível proporcionalmente no plano da proibição do excesso, equivale ao mínimo exigível quando se fala em proibição de insuficiência. (SARLET, 2005)

²³⁸ A doutrina denomina de imperativo de tutela a função intrínseca dos direitos fundamentais de proteção contra agressões perpetradas não só pelo Estado, mas também pelos particulares. (SARLET, 2005).

o princípio comparece corrigindo, na maioria das controvérsias, a atuação estatal em prol do cidadão que teve seu direito preterido²³⁹.

Nessa quadra, o princípio da proteção insuficiente desponta como conformador da vontade, tanto do legislador quanto do administrador, ao afastar da interpretação constitucional qualquer sentido que importe em flagrante desproporcionalidade na concretização precária de direitos sociais marcados pela essencialidade.

4.2.1.5 Princípio da proteção das minorias

Conquanto exista conexão intrínseca entre o princípio da democracia social e o princípio majoritário (ou das maiorias), haverá sempre um direito em afluência, suscetível de reconhecimento e consideração: o direito das minorias.

Em razão de forte heterogeneidade das comunidades modernas, no seio das sociedades contemporâneas vivem hoje minorias étnicas, religiosas e linguísticas; as quais, longe de serem ignoradas, tem exigido do ordenamento jurídico, direitos, liberdades e garantias, com toda a disciplina constitucionalmente franqueada²⁴⁰.

Segundo Canotilho (2003, p.269):

Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria.

²³⁹ Continua o autor: “A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)” (SARLET, 2005, p. 132).

²⁴⁰ Como produto desse reconhecimento, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em dezembro de 1992, uma declaração de direitos para as pessoas pertencentes às minorias nacionais, religiosas e linguísticas. No Brasil, as ações afirmativas de inclusão de deficientes, negros e índios podem ser identificadas como inspiradas pelo princípio em estudo.

No campo dos direitos fundamentais existem, pelo menos, duas categorias de minorias: uma de direitos dos indivíduos pertencentes às minorias e outra; de direitos das minorias propriamente ditas.

Quando relacionado ao tema explorado, vê-se que, embora não sejam direitos das minorias propriamente ditas, os direitos sociais de matriz existencial são facilmente identificados como direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; seja pela assimetria de higidez física, social, cultural, econômica ou até mesmo de oportunidades.

Nessa senda, a concepção *pro misero* surge em estreita conexão aos anseios dos vulneráveis, vocacionada a dar real operatividade e eficácia à inserção social dos grupos minoritários.

Nesses casos, como pessoa, o cidadão pouco consegue reivindicar; mas como grupo, “dada sua identidade e forte sentimento de pertença” (CANOTILHO, 2003, p.269), as minorias tem impulsionado sua proteção e inclusividade por meio de programas, incentivos, subvenções e, finalmente, por interpretação constitucional específica, que estima valor superior à sua diferença; em tudo coerente à hermenêutica constitucional *pro misero*.

4.2.2 Processos de interpretação constitucional

4.2.2.1 Os processos clássicos de interpretação constitucional

Como visto, em se tratando de normas constitucionais, a interpretação e aplicação requerem métodos e princípios próprios e adequados²⁴¹ que lhe confirmam a peculiaridade e autonomia que a espécie reclama²⁴², destacando-se a supremacia de suas normas, a natureza da linguagem que adota, o seu conteúdo específico e o seu forte caráter político (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 204).

Como fruto dessa especificidade e de uma cultura diferenciada, segundo Oliveira Vianna, na interpretação da Constituição, é curioso como os americanos

²⁴¹ Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, a par das peculiaridades e hermenêutica específica, a interpretação constitucional é também informada por critérios utilizados para se alcançar o sentido das leis ordinárias (se bem que compareçam com importância bastante relativizada em virtude da antedita especificidade da norma constitucional) (SILVA NETO, 2013, p. 141).

²⁴² Embora existam autores que discordem desta assertiva, como Uadi Lammego Bulos, para quem se aplicam os mesmos critérios de interpretação dos outros ramos do Direito.

empregam duplo método ou técnica. Ora eles encontram o sentido do seu texto, aplicando as regras da interpretação, processo lógico formal, à maneira do que fazemos quando buscamos a interpretação dos textos de nosso direito privado. Ora, eles pesquisam o sentido do texto constitucional por processo mais completo, que é o processo que eles chamam de “construção”. Entre eles, ora a Constituição é interpretada; ora é construída (VIANNA, 1937, p. 5)²⁴³.

No Brasil, embora os influxos desses processos sejam sentidos, não se pode afirmar, de maneira clara e positiva, que essas concepções sejam parte de sua cultura²⁴⁴.

Segundo Luís Roberto Barroso, aqui,

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (I) quanto ao papel da norma, cabendo a lei oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (II) quanto ao papel do juiz, cabendo a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção (BARROSO, 2006, p. 26).

Ou seja, parte-se da premissa de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Portanto, interpretar a Constituição é interpretar uma lei; a chamada tese da identidade²⁴⁵.

²⁴³ Segundo Vianna, os processos de construção e interpretação são distintos. Enquanto alguns textos necessitam apenas de interpretação; outros precisam ser construídos, sem o que não poderão revelar o seu sentido verdadeiro e profundo. Pelo primeiro método (interpretação), o sentido dos dispositivos constitucional é o que resulta da letra da lei, do seu conceito gramatical e lógico e do confronto com os outros dispositivos. Pelo segundo método (construção), usam-se os mesmos métodos, mas incluem também outro critério extrajurídico, ou meta-jurídico – porque de natureza política. (VIANNA, 1937 *apud* COOLEY, 1903, p.70 e ss; WILLOUGHBY, 1910, p. 40 e ss; BRYCE, 1900, p. 256 e ss).

²⁴⁴ Posto o texto de Oliveira Vianna seja de 1937, reputamos válidas muitas de suas colocações. Nossos juristas, em sua maioria, ainda não tem o espírito afeiçoado à observação das realidades da vida das sociedades, ao estudo das estruturas econômicas e políticas e seus numerosos reflexos sobre a superestrutura constitucional do Estado. Daí vem que ainda somos tímidos e relutamos em realizar uma verdadeira “construção” em nossa Constituição Federal. Vários de seus preceitos continuam sem aplicabilidade efetiva, sendo rapidamente esvaziados de seu espírito inovador pela apertadas exegeses, evoluindo para uma omissão inconstitucional que abre espaço para atuação legítima do juiz. (VIANNA, 1937, p. 12).

Sob influência da Escola de Exegese, a interpretação filológica ou gramatical das leis foi o primeiro método empregado e teve seu auge logo depois do surgimento do Código Civil de Napoleão, por volta do século XIX. Não obstante, muito antes tal método já era tido como o mais relevante, pois os códigos antigos eram escritos em línguas mortas, o que exigia maior empenho de intérprete do ponto de vista literal.

De fato, é através do elemento gramatical que o intérprete trava seu primeiro contato²⁴⁶ na compreensão da norma legal. A interpretação gramatical analisa o valor semântico das palavras empregadas no texto (sintaxe), na qual o aplicador examina cada vocábulo do texto normativo, isolado ou em cotejo com o resto da sentença (análise sintática), pesquisando a origem etimológica ou atentando inclusive para a pontuação (SILVA NETO, 2013, p. 141)²⁴⁷.

Não obstante, embora seja inegável a importância de tal método interpretativo para o descobrimento do sentido da norma constitucional, a interpretação calcada exclusivamente neste critério não estará apta a abarcar a compreensibilidade do fenômeno jurídico, que desprezará o elemento contextual e valorativo, vinculando-se ao texto normativo apenas (SILVA NETO, 2013, p. 141-142).

²⁴⁵ Segundo Larenz, a metodologia de Savigny foi a primeira, após o ocaso do Direito natural (moderno) a sistematizar um método hermenêutico (chamado clássico), que parte da legalidade, próprio da exegese privatista para interpretar. (LARENZ, [s.d.], p. 6). Como preocupação, deve-se salvaguardar o princípio da legalidade, pois, conforme dito alhures, “o texto é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite da tarefa interpretativa”.

²⁴⁶ Michel Mialle faz críticas severas a forma como é apresentado o Direito aos alunos já nas graduações. Para ele: “[...] a ciência jurídica tal como é praticada habitualmente, não é mais do que uma formalização, uma espécie de racionalização de textos jurídicos mais ou menos homogêneos e compatíveis entre si. A ciência jurídica limita-se a ser uma apresentação, exaustiva em alguns casos, por amostragem representativa noutros, das regras e das instituições. [...] Os ensinamentos do direito permanecem geralmente muito teóricos [...] de modo que a crítica habitual refere-se a esta característica e o remédio tradicional consistiria numa maior preocupação de “prática”, uma maior ligação com “a prática”. (MIALLE, 2005, p. 27-28 e 100-101). Essa realidade retratada por Mialle parece ser, salvo melhor juízo, bem ilustrada pelos longos anos dedicados ao estudo das regras de Direito Privado e Processual, inversamente proporcional ao tempo dedicado as disciplinas publicistas, restrito, na maioria das vezes, aos primeiros anos da graduação. Infelizmente, quando os jovens ainda não tem maturidade suficiente para entender a importância dessas matérias.

²⁴⁷ Dito de outra maneira, entende-se como filológica, a interpretação onde há predomínio da análise da pontuação e outros elementos lexicais, a crítica aos erros dos copistas, além da semântica das palavras e sintática dos textos, como a correlação entre os parágrafos, alíneas e incisos constantes na lei; através dos quais se pode, a princípio, captar todo o valor expressional da norma jurídica.

Nesse sentido, Karl Larenz reconhece que toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua função social: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social (LARENZ, [s.d.], p.62).

A par da filologia, têm-se o método de interpretação lógico dedutivo que empresta da Lógica Geral seus fundamentos.

Por meio da lógica, busca-se chegar ao conhecimento do Direito mediante deduções lógicas ou silogismos, com o qual Aristóteles designou a “argumentação lógica perfeita”, constituída de três proposições declarativas: as duas primeiras, chamadas premissas, e a última; conclusão (se A é igual a B, e se B é igual a C, então A é igual a C).

Entretanto, fortes críticas contra o referido dedutivismo e ao que denominaram modelo mecânico de decisão judicial foram lançadas, especialmente por J. Holmes e Roscoe Pound.

Considerados autores anti-conceitualistas, para eles, explicar o significado da lei envolveria elementos externos ao Direito (*law in actio* era diferente da *law in books*), padecendo o raciocínio jurídico lógico-dedutivo do necessário realismo e construtivismo inerentes ao fato social (semelhante ao processo norteamericano do *common law*)²⁴⁸.

Já a interpretação sistemática, conforme Manoel Jorge e Silva Neto, toma por parâmetro o sistema em que está inserida a norma jurídica, promovendo o inter-relacionamento com os outros dispositivos remanescentes a versarem sobre o mesmo objeto (SILVA NETO, 2013, p.144)²⁴⁹.

Assim, “as normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático” (PERASSI, *apud* BOBBIO, [s.d.], p. 71). Considerado como

²⁴⁸O pensamento quase unânime é que a construção lógico-formal dos conceitos não é possível por meio do emprego exclusivo de proporções lógicas; mas que é preciso apelar para os dados da natureza política, principalmente quando se trata de conceitos ou preceitos de direito constitucional e administrativo. (MANZONI, 1934, p. 121 *apud* VIANNA, 1937, p. 8-11).

²⁴⁹O autor inclusive alerta para o sentido atribuído, no caso, à palavra sistema; como aquele atribuído por Bobbio: ordenamento em que as normas jurídicas são deriváveis de alguns princípios gerais (BOBBIO, [s.d.], p. 75-80).

sistema, não pode haver incompatibilidade de normas, devendo eliminar a norma incompatível²⁵⁰.

Por fim e seguindo a linha da mutação constitucional, o método histórico-evolutivo de interpretação constitucional.

Manoel Jorge e Silva Neto, citando Francesco Ferrara, assim leciona

O direito [...] é produto duma lenta evolução, é uma fase dum desenvolvimento histórico muito longo que remonta ao direito romano e depois, através da elaboração medieval, onde confluem correntes do direito germânico e canônico prossegue no direito comum e daí, pelo trâmite do direito francês, entra no nosso código (SILVA NETO, 2013, p. 91 *apud* FERRARA, [s.d.], p. 145).

E continua: tal é a importância desse método que “uma grande parte dos princípios contidos nos códigos são a reprodução de princípios análogos vigentes no passado [...]” (SILVA NETO, 2013, p. 91 *apud* FERRARA, [s.d.], p. 145).

Como parte das transformações já noticiadas (tanto em relação à norma quanto em relação ao intérprete), hodiernamente são incluídos, por José Joaquim Gomes Canotilho, fatores reais, antropológicos, institucionais e valorativos que, malgrado não engessem, controlam a atividade do poder constituinte originário, fazendo-o não relegar por completo a “experiência constitucional anterior”. É o chamamos, linhas atrás, de “supraconstitucionalidade autogerativa” (CANOTILHO, 2002, p. 121).

4.2.2.2 A tópica de Theodor Viehweg

Em face da riqueza dos procedimentos argumentativos e da forte ingerência que as leituras da sociedade contemporânea vem imprimindo nas questões sociais, comparece de relevância singular, no estudo da hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*, a opção metodológica de aplicação do método²⁵¹ tópico de interpretação.

²⁵⁰ Antinomias: existência real ou aparente de normas incompatíveis dentro do mesmo sistema.

²⁵¹ Usamos o termo “método”, todavia cientes de que há objeções a escolha. O próprio Viehweg afirmou que a jurisprudência tópica não é um método, mas um estilo. Corroborando, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Quando se fala, hoje, em tópica, pensa-se, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. [Não obstante] trata-se de um estilo e não propriamente de um método. Ou seja, não é um conjunto de

Como já tivemos oportunidade de mencionar, é na prática judicial que frequentemente se tem manifestado o caráter tópico-retórico do discurso visto como a melhor forma de elaboração do raciocínio jurídico justo²⁵² quando se está diante de pleitos que envolvam direitos sociais de natureza vital.

Inclusive, o exame prático da questão tem provado que o significado do dever constitucional de combate à miséria e às vulnerabilidades, em boa parte dos casos (e há muito tempo), já não deriva do conteúdo gramatical dos vocábulos nele expressos, mas sim da leitura dos “prós e dos contras” das diversas opiniões que dele fazem não só os aplicadores do direito, mas a sociedade como um todo.

Oriunda da antiga tópica aristotélica²⁵³ e reavivada pelos estudos de Theodor Viehweg²⁵⁴, nos anos 50, o desenvolvimento do pensamento tópico-problemático remonta a época clássica (126 a.C a 285 d.C) pela atividade dos pretores e jurisconsultos romanos, como forma de fundamentar o raciocínio na busca da decisão.

princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente”. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.328-329).

²⁵² Segundo Paulo Roberto Soares Mendonça, a aporia da justiça tem na atualidade a sua concretização exatamente a partir da prática decisória dos tribunais, como ocorria no passado com a jurisprudência romana e os juristas-práticos da Idade Média e da Era Moderna. Assim, ainda que na tradição jurídica da Europa continental o eixo da criação do direito tenha sido deslocado dos tribunais para o poder legislativo, os procedimentos de hermenêutica jurídica preservaram o caráter de concretização normativa inerente às decisões judiciais. (MENDONÇA, 2003, p. 275).

²⁵³ Sobre a tópica como um pensamento aristotélico, explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Tópica é o nome específico de um dos livros do Organon aristotélico. Trata-se de uma obra que alguns encaram como um trabalho que antecedeu à posterior elaboração dos Analíticos, uma espécie de tentativa frustrada de produzir um tratado de lógica, que foi repensado nos livros que se seguiram. Outros, porém, a viram como um texto referente a uma forma peculiar de raciocínio, diferente daquela que se encontra nos Analíticos. [...] Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.328-329).

²⁵⁴ Contribuíram na construção do pensamento tópico: Joseph Esser, Theodor Viehweg e Chaim Perelman, sendo dominante em Viehweg e Esser a elaboração da dimensão tópica e no último, a elaboração da dimensão retórica. Quanto a Theodor Viehweg, o jurista alemão lançou-se em sua pesquisa quando estava na Universidade de Munique, com vistas à obtenção do título de livre-docente. Seu texto veio ao público em 1953. Nas palavras de Eduardo Bittar e Guilherme Almeida: Viehweg “reintroduz a argumentação como ferramenta do direito para a busca da decisão”. (BITTAR & ALMEIDA, 2002, p.409).

Segundo Paulo Roberto Soares Mendonça, já naquela época, diante dos fatos concretos, houve a necessidade de flexibilização do conteúdo das normas jurídicas a fim de que pudesse o juiz oferecer solução compatível com a finalidade social da lei ou mesmo resolver situações para as quais inexistia norma específica (MENDONÇA, 2003, p.277).

Em outros casos, dada a pobreza do texto legal, a solução do conflito concreto demandava saída casuística, com base na *opinio communis* e na argumentação retórica, construindo-se a justiça com base nos princípios extraídos de cada decisão e que serviriam de fundamento de validade a cada nova decisão. (FIUZA, 2007, p.109-110)

Todavia, essa proposta, surgida pela necessidade prática de resolver os problemas, findou por criar, na era moderna, alguns impasses de natureza metodológica no campo do direito, “cujo instrumento utilizado para analisar os raciocínios jurídicos estava fixado no positivismo jurídico de método sistemático lógico-dedutivo” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p.328).

Só no período do pós-guerra, houve a redescoberta da tópica, impulsionada especialmente pelo imperativo de repressão às barbáries cometidas pelo nazismo. Agindo sob o manto das leis, atrocidades eram toleradas e até mesmo justificadas como válidas, ressurgindo a tópica, nesse panorama, como via alternativa às leis e nova fonte de legitimação para as decisões judiciais.

Sobre a tópica e sua perspectiva viehwegiana, Manuel Atienza avalia:

(1) a ressurreição da tópica exsurge como um fenômeno que ocorre na Europa do pós-guerra em diversas disciplinas, e não apenas, nem em primeiro lugar, no Direito; (2) a contraposição entre lógica e tópica é uma das idéias centrais da obra de Viehweg e também um dos aspectos mais discutidos com relação à tópica jurídica; (3) as idéias de Viehweg têm uma íntima ligação com as defendidas por Edward H. Levi, que afirma que o processo de raciocínio jurídico se dá caso a caso, do particular para o particular (ATIENZA, 2000, p. 60).

De início, duas questões precisam ser esclarecidas. A primeira é que Theodor Viehweg nada traz de novo, mas apenas resgata a antiga tópica aristotélica e propõe que essa forma de raciocínio seja a mais adequada para solucionar as questões suscitadas no mundo jurídico.

A segunda, conforme ressaltou Bonavides, é que a proposta metodológica viehwegiana pretende reavivar o raciocínio jurídico voltado para o problema, todavia, em momento, apregoa uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar (BONAVIDES, 2006, p. 490).

Em verdade, o que Viehweg queria, segundo Esser, era apenas demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional (BONAVIDES, 2006, p. 490), comparecendo a tópica, na resolução dos conflitos normativos, como contrapondo a “fria arte de julgar”.

Contudo, embora se reconheça o inegável mérito da tópica em reaproximar o direito da realidade e dos valores sociais, críticas foram feitas ao pensamento viehwegiano.

Como já ventilado linhas atrás, um dos problemas para entender a proposta de Viehweg é que ele não define precisamente os elementos fundamentais de seu trabalho como o que é a tópica e os tópicos (BONAVIDES, 2006, p. 490). Nesse sentido, explica Larenz, toda e qualquer ideia ou ponto de vista, que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie for, podem, na perspectiva de Viehweg, ser considerado um *topoi* (LARENZ, [s.d.], p. 172).

Ademais, a imprecisão dos *topoi* e a pretensão em construir consenso em torno deles, não é só tarefa árdua, mas permite com facilidade que seu emprego seja feito indistintamente por ambas as partes de um litígio; sendo esse mais um argumento em seu desfavor.

A despeito das críticas, parece-nos mais acertado e proveitoso focar o estudo sobre a pertinência ou não do uso da tópica nas discussões jurídicas e como ela funciona na prática real.

De forma singela, pode-se dizer que a tópica é o pensamento jurídico que gira em torno do problema – não da norma. Segundo Ney de Barros Bello Filho:

A hermenêutica tópico-problemática de Theodor Viehweg caracteriza-se como uma “técnica de pensamento problemático” – uma técnica de investigação/ resolução prática de problemas concretos a partir da articulação de pontos de vista argumentativos (*topoi*), que abrangem premissas ou verdades consensuais do senso comum (*doxa*). Essa técnica remonta à retórica aristotélica e renasce na modernidade em oposição ao pensamento sistemático cartesiano. No Direito, a hermenêutica tópica propõe uma abordagem de resolução de problemas concretos diversa daquela proposta pela hermenêutica sistemático-dedutiva; enquanto o pensamento sistemático prioriza o fator cognitivo. Instrumental para o processo

lógico-dedutivo, o pensamento tópico inclui todos os fatores, inclusive os volitivos, implicados no problema, possibilitando uma contextualização histórica do problema que favorece a sua resolução prática. Essa resolução é construída a partir da convergência dos diversos pontos de vista argumentativos sobre o que seria considerado justo no dado problema, numa perspectiva de justiça social material. (BELLO FILHO, 2003, p. 136-144).

Para Maria Helena Diniz, a tópica é técnica que permite encontrar meios para resolver problemas jurídicos, problemas das lacunas e das contradições das normas jurídicas. Em linhas gerais, segundo a autora, a operacionalização da argumentação tópica seguiria um fluxograma tendo início com o questionamento sobre a existência ou não de conflito de normas. Em seguida, passar-se-ia a fase de indagações a respeito dos fatos, se eles existem e quem é o autor (DINIZ, 2013).

Fixados os pilares (conhecimento dos fatos e do autor), a terceira fase é estabelecer relação dos fatos com o significado do texto das normas. O quarto envolve avaliação dos graus de validade das normas que serão aplicadas, por meio do descobrimento das hipóteses e das premissas. Estas últimas, depois de descobertas, seriam validadas mediante o emprego dos raciocínios dedutivo e indutivo (SZYNWELSKI, 2008, p. 69).

Já para Daniel Sarmiento, a construção da tópica em Viehweg acontece da seguinte maneira: em um primeiro momento, o raciocínio tópico se utiliza de pontos de vista escolhidos arbitrariamente pelo julgador. É a chamada “tópica de 1º grau”. Com o passar do tempo, porém, em razão do acúmulo dos diversos *topoi*, um catálogo especializado é formado; classificado segundo cada área do Direito, redundando assim na chamada “tópica de 2º grau” (SARMENTO, 2003, p. 129).

E conclui: em virtude de sua natureza fragmentária e não exaustiva, a tópica permite, absorvendo toda a complexidade que a vida social pode produzir, encontrar no sistema, a resposta mais adequada para o caso concreto (SARMENTO, 2003, p. 129).

Para nós, à vista dos elementos citados, além de facilitar a atuação do juiz na tomada da decisão, o maior contributo prático da operação tópica advém das diversas listas de *topoi* formadas, pois, por meio delas, é que se solucionam os problemas reais diante das lacunas e das antinomias do direito.

Além disso, por esse processo, não se fecham e nem se concluem os problemas, posto que se dê a possibilidade de compreendê-los em sua amplitude

(problemática); sendo possível encontrar, em se tratando de direitos sociais mínimos, a decisão que, dentre as premissas socialmente compartilhadas, se destaque como a melhor resposta à questão sob exame.

No Brasil, na prática decisória dos Tribunais Superiores (e, em especial, do Supremo Tribunal Federal), a importância da manifestação tópica tem se manifestado vigorosa, conferindo a cláusula *pro misero* valor superior na construção do Estado do Bem Estar Social propugnado pela Constituição Federal de 1988.

Inclusive, conquanto não haja hierarquia entre os *topoi*²⁵⁵, nos julgamentos colacionados, viu-se que a cláusula tem assumido posição de preeminência quando relacionada a conflitos entre políticas públicas e direitos sociais mínimos; inspirados pela ideia de que, por meio de fundamentada motivação, deve-se atender prioritariamente a finalidade constitucional em detrimento de uma visão puramente técnica²⁵⁶.

Em face da diversidade de abordagens (distintos pontos de vista) ofertadas pela jurisprudência tópica, tem o Judiciário, em atendimento a sua necessidade institucional, feito uso de variados mecanismos interpretativos (corrigindo antinomias, aplicando argumentos analógicos, costumes e os princípios gerais de direito) para resolver, dentre outros, os casos de omissão dos entes públicos; tudo no propósito de dar respostas cada vez mais equitativas às questões que lhe são propostas (DINIZ, 2013, p.487).

À vista dessa realidade, é que se optou, na presente tese, pelo estudo mais detalhado da atividade dos Tribunais pátrios, desde os estaduais até o Supremo Tribunal Federal, sobretudo no desvelamento de suas responsabilidades na construção do consenso hermenêutico em torno da prevalência integral dos direitos sociais mínimos, que tem encontrado na dimensão *pro misero* seu principal referencial de interpretação.

²⁵⁵ *A priori*, os *topoi* não estão hierarquizados entre si. Razão porque, para a resolução de uma mesma questão, é possível fazer-se uso de tópicos diferentes; que podem gerar, em tese, resultados diferentes. (ATIENZA, 2000, p. 66).

²⁵⁶ “[...] na fundamentação das decisões, o juiz deve buscar uma adequação entre a tese adotada e o ordenamento jurídico em vigor”. (MENDONÇA, 2003, p.317).

4.2.2.3 A influência do neoconstitucionalismo na interpretação constitucional

É fato que nova interpretação constitucional foi deflagrada no país, pelo trabalho da doutrina, com a elaboração de novos conceitos e categorias²⁵⁷, uso de arsenal teórico diversificado e pautado num salutar sincretismo metodológico (BARROSO, 2006, p. 25).

Na *praxis*, o reconhecimento do papel concretizador da jurisdição constitucional²⁵⁸, é hoje imposição objetiva ao Estado Brasileiro que atribuiu ao Poder Judiciário a tarefa de solucionar realisticamente os desafios que se lhe impõe; seja por meio do exercício do controle da constitucionalidade das leis, seja; das ações coletivas.

Como referencial teórico, a nova dimensão imposta foi fruto da adoção de novo modelo normativo-interpretativo da Constituição chamado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno.

Com efeito, o problema central do constitucionalismo pátrio ainda reside na luta que se trava contra o exercício arbitrário ou descompromissado do poder (que, antes se restringia ao seu âmbito político²⁵⁹, e, nos dias atuais, encerra seu viés

²⁵⁷Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Quanto a este último, Emília Simeão Albino Sako, aduz como um autêntico instrumento de interpretação, produção e aplicação da norma jurídica nas diversas esferas institucionais, que tem a função de sistematizar e harmonizar o ordenamento jurídico. Para ela, argumentar juridicamente significa construir argumentos e manejá-los com habilidade, o que requer prévia assimilação de conceitos básicos de argumentação jurídica e uma certa noção de argumento dedutivo. (SAKO, 1997, p 339). O filósofo Chaim Perelman, com a colaboração de Olbrechts-Tyteca, elaborou um tratado da argumentação onde pretendeu, por meio do discurso, obter uma ação eficaz sobre os espíritos a partir dos conhecimentos utilizados pela lógica formal. Já Robert Alexy, como já informado, criou as suas 27 regras para um discurso racional, aplicáveis à argumentação jurídica.

²⁵⁸ Na sequência, serão estudados o procedimentalismo e o substancialismo, que discutem essencialmente os limites e abrangência da jurisdição constitucional no país. Considerando que a interpretação da cláusula *pro misero* tem seu desenvolvimento particularmente no Judiciário, afigura-se de relevância ímpar o desenvolvimento da dicotomia.

²⁵⁹ Segundo Miguel Calmon Dantas, há mesmo um desencantamento do povo com a política partidária e, conseqüentemente, com a democracia representativa, pela mercantilização do processo político-decisório e o esvaziamento dos projetos ideológicos-programáticos dos partidos políticos que, cada vez mais, acolhem a razão estratégica de busca pelo poder para habilitar a vivência da política e não pela política (WEBER, 2005, p. 63-64 *apud* DANTAS, 2008).

econômico) diante de um constitucionalismo social que exige atuação proativa na defesa e realização dos programas sociais²⁶⁰.

Nesse contexto, como forma de superação do vetusto modelo formalista, o neoconstitucionalismo surgiu, lastreado no pós-positivismo, marcado pela defesa da normatividade dos princípios, concebidos como instância ética ou reserva material de justiça, na qual se assegura, por meio de um sistema de garantias, a função primordial de guarda da força normativa constitucional (DANTAS, 2008, p. 31).

Como marco filosófico, o pós-positivismo seria a forma equilibrada de aproveitar o que o jusnaturalismo e o positivismo, em suas formas puras, têm de vantagens, extirpando seus excessos e subsídios anacrônicos.²⁶¹

Nas palavras do autor:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2006, p. 20).

Corroborando ao articulado, Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 151-152) indica, no âmbito interpretativo, quais seriam os caracteres desse fenômeno:

- I) a forte oposição a clássica técnica da subsunção;
- II) a defesa da força normativa dos princípios constitucionais, especialmente daqueles de cunho social;

²⁶⁰ Para Miguel Calmon Dantas, no contexto constitucional adrede apresentado, faz-se necessário situar o dirigismo como uma proposta de reflexão destinada a solucionar o problema principal de inefetividade do Texto Maior, sendo o neoconstitucionalismo seu reforço normativo. O autor fala em neoconstitucionalismo dirigente.

²⁶¹ Segundo Luis Roberto Barroso, o pós-positivismo “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. (BARROSO, 2006, p. 19).

III) o uso da técnica de sopesamento de bens (mediante o juízo de ponderação) diante da existência de princípios aparentemente antinômicos ou excludentes;

IV) a percepção do Direito como instrumento de transformação da realidade física (ao invés de mero reprodutor desta realidade), gerando, como consequência, a autorização da independência da Constituição *versus* Legislador²⁶² e do juiz *versus* liberdade do legislador²⁶³.

À vista desses novos elementos, o neoconstitucionalismo não só deu nova roupagem à interpretação jurídica tradicional (“restilizando” sua aplicação), mas também fez surgir novas categorias de interpretação; mais ajustadas à solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.

No que se refere à interpretação da cláusula *pro misero*, pode-se dizer que, na perspectiva neoconstitucionalista, a efetivação das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais sociais, encontra-se em dimensão axiológica superior, que se sobrepõe inclusive a qualquer argumento de oponibilidade ao núcleo essencial (MACHADO & HERRERA, [s.d.], p. 3290) que perfectibiliza o combate à miséria e as vulnerabilidades.

A partir da constatação e pela indicação dos alicerces do pensamento neoconstitucionalista e sua influência na construção dos novos contornos interpretativos, passemos a referir uma de suas peculiaridades, atada aos domínios da jurisdição constitucional, de importância fundamental na construção da hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*.

4.2.2.4 Procedimentalismo e substancialismo

Antes de adentrarmos no estudo nos conceitos e categorias da nova interpretação constitucional, cumpre aduzir como, desse conjunto de fenômenos, resultou a construção de duas concepções importantes no desenvolvimento do

²⁶² Segundo o autor, significa dizer que a norma constitucional deve funcionar, sempre, como guia ao legislador a partir e com fundamento no qual promove as suas escolhas políticas quando da edição da lei. (SILVA NETO, 2013, p.152).

²⁶³ Ultrapassada que está a técnica da subsunção diante da presença dos princípios constitucionais (ou normas-princípios), ao juiz se impõe o encargo de contígua adequação da lei às prescrições constitucionais. (SILVA NETO, 2013, p.152).

Constitucionalismo contemporâneo (capazes de influir de forma direta na jurisdição constitucional), quais sejam: o procedimentalismo e o substancialismo²⁶⁴.

Em poucas palavras, é possível compreender que o conteúdo dessas concepções implica discutir qual é a extensão da jurisdição dos juízes num determinado país.

As raízes históricas da dicotomia podem ser encontradas no *leading case* norteamericano *Marbury versus Madison* (1803), que inaugurou a discussão e consolidou o paradigma, nos Estados Unidos, de que toda e qualquer questão pode ser analisada pelo Poder Judiciário²⁶⁵.

Entretanto, foi considerado pelo relator que o poder judicial, nos Estados Unidos, é estendido a todos os casos decorrentes da Constituição²⁶⁶. Lá; “a Constituição é o que o juiz diz que ela é”.²⁶⁷

²⁶⁴ Como representante do procedimentalismo, é possível identificar Robert Alexy, especialmente quando exaustivamente propõe a construção de um discurso racional em bases racionalistas que, malgrado possa produzir respostas diametralmente opostas, devem ser seguidas à risca na construção da argumentação jurídica. Ao revés, como adepto do substancialismo, tem-se Ronaldo Dworkin, que admite a existência de uma resposta correta apenas, de caráter absoluto, a ser encontrada.

²⁶⁵ O Caso "*Marbury versus Madison*" foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Nesse julgado firmou-se o princípio da supremacia da decisão judicial, abrindo caminho para a chamada "*Judicial Review*", que dá ao Judiciário a possibilidade de rever os atos do Congresso praticados em ofensa à Constituição. A decisão envolveu o equilíbrio dos Poderes naquele país. Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams, devido ao curto espaço de tempo, não entregou o diploma de nomeação a Marbury. Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de justiça James Madison, se negou, a pedido de Jefferson, a intitular Marbury. Marbury apresentou um *writ of mandamus* (Mandado de Segurança) perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o Juiz John Marshall, em 1803, que concluiu, segundo interpretação própria, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*. (USA, 1803).

²⁶⁶ Acerca dos poderes dados aos juízes pela Constituição: “Could it be the intention of those who gave this power, to say that, in using it, the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises? This is too extravagant to be maintained. In some cases then, the constitution must be looked into by the judges. And if they can open it at all, what part of it are they forbidden to read, or to obey? [...]. If such be the real state of things, this is worse than solemn mockery”. Traduzindo: “Poderia ser a intenção de quem deu esse poder, para dizer que, em usá-lo, a Constituição não deve ser analisada? Que um caso decorrente da constituição deve ser decidido sem examinar o instrumento em que ele

No Brasil, como sentenciado por Sidnei Agostinho Beneti:

Ainda estamos, em nosso país, à espera de uma decisão que divida as águas com essa força, como ocorreu com *Marbury versus Madison*, mas é preciso constatar que o Poder Judiciário no Brasil se afirma progressivamente e é acatado, a despeito das névoas dos mais diversos matizes político-econômico-ideológicos que sempre surgem diante das decisões judiciais fortes, as quais sempre tiveram e terão o dom de incomodar (BENETI, 2003, p. 23).

De fato, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, o papel do Judiciário não é o mesmo que possuía anteriormente, que se pautava pela formulação clássica das relações de poder com os demais poderes estatais. Todavia, apesar de a jurisdição constitucional pátria ser exercida amplamente no país,²⁶⁸ ainda não se pode vislumbrar, segundo Lênio Streck, que no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, uma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) seja francamente perceptível (STRECK, 2005b, p. 48).

Conforme Manoel Jorge e Silva Neto²⁶⁹, na visão tradicional, que tem por base a tese procedimentalista, a Corte Constitucional só tem o papel de mero fiscalizador da Democracia de Direito, devendo criar, citando Habermas (2012), esfera de proteção para respeito ao procedimento estatuído pelo Estado Democrático de Direito²⁷⁰.

surge? Isto é muito extravagante para ser mantido. Em alguns casos, então, a constituição deve ser analisada pelos juízes. E se eles podem abri-la em tudo, em qual parte dela lhe seria proibido ler ou obedecer? [...] Se tal é o estado real das coisas, isso é pior do que zombaria solene” (USA, 1803).

²⁶⁷ “The Constitution is what the judge says it is” (Cf. SILVA NETO, 2013, p. 234; MACCORMICK, 2008, p. 145 e ss); os autores ressaltam, com referência à decisão, as consequências inaceitáveis que surgiriam caso fosse decidido de forma diferente (argumentação e consequencialismo).

²⁶⁸ Desde o juiz estadual aos ministros do Supremo Tribunal Federal; todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional. (BARROSO, 2006, p. 53).

²⁶⁹ Em preleção, na disciplina Teoria da Constituição ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, no ano de 2012.

²⁷⁰ Sustentando a tese procedimentalista, Jürgen Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de “gigantismo do Poder Judiciário”, surgido no pós-guerra. Como contraponto, propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “ação de cultura” mas, sim em uma “nação de cidadãos”. (HABERMAS, 2012, p. 297-298).

Expoente do Procedimentalismo, Habermas critica duramente a invasão da política e da sociedade pelo Direito, partindo da ideia de que os sistemas jurídicos construídos a partir do final do século XX, mesmo nas democracias das massas do Estado Social, impõem visão procedimentalista do Direito (SILVA NETO, 2013, p. 295 *apud* HABERMAS, 2012, p.297 e ss).

Ao que parece, por meio dessa noção, o filósofo alemão busca prevenir que uma jurisdição juridicamente criativa de Tribunal Constitucional torne-se uma instância estadista, sendo fulcral, segundo ele, no exercício da judicatura, que haja distanciamento da política e que o foco de suas atribuições se mantenha pautado na racionalidade superior de seus discursos. E acrescenta: “sob olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – de cidadania que transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor” (HABERMAS, 2012, p. 347).

Todavia, em virtude da cada vez maior proatividade cobrada dos poderes públicos em sede de efetivação e concretização dos direitos sociais, surgiu, em oposição ao procedimentalismo, a tese substancialista; que, no Brasil, tem em Lênio Luiz Streck um de seus mais entusiasmados defensores.

Segundo o autor:

[...] na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira (STRECK, 2005b, p.48).

Na mesma linha, citado por Manoel Jorge e Silva Neto, tem-se L. H. Tribe, para quem, tendo a constituição valores substantivos, tais devem ser implementados pelo Judiciário; fato que demanda, até mesmo a participação democrática do cidadão, para a construção e pleno desenvolvimento da vontade política do Estado (TRIBE, [s.d.], p. 133 *apud* SILVA NETO, 2013, p. 295-296).

Com efeito, tendo como norteador a tese procedimentalista, o Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar sobre concretização de normas programáticas e direitos sociais, frequentemente recorria à separação dos poderes para entregar ao Poder Executivo a missão de conduzir as políticas públicas nessas áreas. Entretanto, o que se espera do Judiciário hoje, não é posição subalterna

perante os outros poderes, sobretudo com relação àqueles a quem cabe a produção normativa (MACHADO & HERRERA, [s.d.], p. 3289).

Assim, a querela em pauta nessa dissertação, centra-se na análise das duas grandes teses a serem equalizadas pelo Judiciário: a “Teoria da Reserva do Possível” e a “Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais Sociais *pro misero*”, sob olhar, nesse exercício, a partir de dois eixos: o procedimentalismo e o substancialismo.

Ao nosso sentir, aos argumentos de cariz procedural (contrários à legitimação do controle de políticas públicas pelo Judiciário) inelutavelmente devem se opor argumentos favoráveis à atuação do juiz, conferindo-lhe o poder de dar vida à Constituição (sendo essa sua tarefa precípua) e, conseqüentemente, promover intervenção concretista dos direitos sociais de núcleo vital (MACHADO & HERRERA, [s.d.], p. 3290).

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Como fatores de fomento dessa nova realidade, podem-se citar: a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, a criação, pelo Texto Constitucional pátrio, de novos direitos; introduzido novas ações com ampliação da legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual²⁷¹ e a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário, que passou a desempenhar papel simbólico importante no imaginário coletivo (BARROSO, 2006, p. 53).

Outrossim, o referencial fático produzido pela sociedade brasileira vem impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão dos poderes da República, desautorizando até mesmo a atividade legislativa de romper a barreira do núcleo essencial, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Nesse viés é que a garantia do conteúdo essencial *pro misero* surge amparado basicamente na ideia de limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais sociais e na inadmissão do desrespeito à Constituição, tanto mediante ação quanto inércia

²⁷¹ Atuação dos Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, associações, sindicatos, dentre outros

governamental, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (MACHADO & HERRERA, [s.d.], p. 3291).

Aliás, como apontado por Manoel Jorge e Silva Neto, a visão substancialista de condução do Poder Judiciário nos interesses sociais relevantes parece ser muito mais uma etapa para atingimento da ideia procedimentalista de cidadania ativa, destinada a realizar, no plano político, os valores substanciais da coletividade (SILVA NETO, 2013, p. 296).

Prova disso, é o crescimento do comportamento ativo do cidadão nos espaços políticos e nas centenas de decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte que, sufragando o entendimento por nós esposado, vem alijando os argumentos conservadores (que sustentam a aplicação da teoria da reserva do possível e da repartição hermética dos poderes)²⁷², e adotam, por meio da ponderação de bens, o de que há direitos positivos, ligados à dignidade humana, que implicam leitura relativizada da cláusula financeira²⁷³.

Embora ainda não se possa falar em adesão plena a qualquer uma das teses²⁷⁴, constata-se o desenvolvimento da judicialização das questões políticas e sociais no país, o que será demonstrado ilustrativamente pelo conjunto de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais a ser colacionado nos tópicos seguintes.

Antes disso, como produto dessa nova tendência, cumpre aduzir as técnicas de interpretação que instrumentalizam, no campo da hermenêutica constitucional, tal realidade. São elas: o pensamento possibilista de Peter Häberle e a força normativa de Konrad Hesse que integram, ao lado do método tópico, os alicerces conformativos da cláusula *pro misero*.

²⁷² Com vistas a configurar limites fático e teórico à concretização dos direitos fundamentais.

²⁷³ Esse, inclusive, foi o posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal, na decisão prolatada pelo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013 (BRASIL, 2013a).

²⁷⁴ Mesmo o Supremo Tribunal Federal não tem sido uniforme quanto à primazia absoluta dos direitos sociais em detrimento da cláusula da reserva do possível, tendo entendido, no julgamento da ADPF 45, ser justificável a oposição de limitação material pela Administração, não havendo como exigir, de imediato, a implementação de uma política pública. (Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004) (BRASIL, 2004).

4.2.2.5 A Constituição aberta à pluralidade de intérpretes de Peter Häberle

De maneira geral, a interpretação constitucional está ainda muito vinculada a uma sociedade fechada, sendo atribuída privativamente aos juízes²⁷⁵ e instrumentalizadas por formas fixas sob a administração institucionalizada do Estado²⁷⁶.

Contudo, como é fácil perceber, os grupos sociais da pós-modernidade apresentam formas diversificadas de vida e padrões que evoluem rapidamente para atender as necessidades básicas dos cidadãos que, a cada dia, se modificam e renovam na busca de sua dignidade. E é nesse cenário que floresce a tese de interpretação constitucional proposta por Peter Häberle.

De fato, o pensamento possibilista de Häberle foi revolucionário, já que rompeu acintosamente os paradigmas até então existentes e trouxe, para a problemática central, a questão relativa aos participantes do processo hermenêutico; em oposição ao que antes ocorria; no qual as indagações centrais convergiam essencialmente sobre tarefas, objetivos e métodos de interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 11)²⁷⁷.

Sinteticamente, Häberle parte da ideia de que a norma não é algo perfeito e acabado, senão simplesmente “pura possibilidade jurídica” (SILVA NETO, 2013, p. 158). Sendo assim, os direitos fundamentais, como sistema de valores, não podem ser concebidos de forma abstrata, exterior ou superior à própria Constituição ou ao ordenamento jurídico; mas como valores que estão concretizados e positivados constitucionalmente (HÄBERLE, 1994, p. 45-60 *apud* MACHADO & HERRERA,

²⁷⁵ Sem esquecer que é deferido ao legislador, ao administrador e demais operadores do direito (membros do Ministério Público, das Defensorias Públicas e advogados) participarem do processo; conferindo-se, no entanto, a palavra final ao julgador.

²⁷⁶ Nas palavras do autor: “A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados”. (HÄBERLE, 1997, p. 12).

²⁷⁷ À propósito: como superação ao modelo de hermetismo positivista, o surgimento da teoria constitucional de Häberle abandonou a estrita obediência à norma legitimamente criada pelo ente estatal, adotando, em seu lugar, a argumentação retórica para solução dos conflitos sociais. Através da confluência de valores universais e “senso comuns” trazidos pela tradição, o novo modelo comparece como imposição das sociedades pós-modernas, essencialmente pluralistas e multiculturalistas; a exemplo da sociedade brasileira hodierna.

[s.d.], p. 3291). Ou seja, que só podem ser conhecidos mediante a reaproximação da Constituição à realidade em que se insere.

Segundo o autor, a melhor forma de compreensão desse quadro, se faz por meio da participação de todas as potências públicas, grupos sociais e cidadãos envolvidos ou que, de forma direta ou indireta, influenciem, no labor interpretativo dos agentes formalmente legitimados para produzir a norma em abstrato e em concreto²⁷⁸.

Ademais, tornando o processo constitucional mais democrático, não só se confere maior legitimidade²⁷⁹ às decisões (no âmbito político e judicial), ao tempo em que se vislumbra maior compromisso na concretização dos direitos constitucionais fundamentais reputados urgentes pela sociedade²⁸⁰.

No Brasil, inspirado no pensamento possibilista de Peter Häberle, foi introduzida, pela Lei 9.868/99²⁸¹, a figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte”.

²⁷⁸ Segundo Gilmar Mendes, no entendimento de Haberle, “todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete”. (HÄBERLE, 1997, p. 9 e 13).

²⁷⁹ Por oportuno, cumpre ressaltar que a legitimação a que se refere Häberle não se confunde com aquela teorizada por Nicklas Luhmann na sua obra “Legitimação pelo procedimento”. Na observação do próprio Häberle: “Também a ‘legitimação pelo procedimento’ no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante a participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de uma ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes” (HÄBERLE, 1997, p. 31-32). Em síntese, enquanto a primeira exige a participação qualitativa e de conteúdo dos intérpretes (em sentido lato e estrito) para se alcançar a legitimação da jurisdição constitucional, esta última, teorizada por Luhmann, prevê a conformação com o procedimento adequado e sujeitos legitimados para produzir uma verdadeira interpretação.

²⁸⁰ Lembrando, mais uma vez, a ideia de Habermas em que “verdade é consenso”. É de se ressaltar, no entanto, que embora seja difícil a obtenção do consenso numa sociedade marcada pelo pluralismo, tal dificuldade não é justificativa para se deixar de proporcionar a participação de todas as potências públicas no processo de interpretação Constitucional. Um dos maiores críticos da ideia habermasiana seria Robert Alexy. Em defesa, Boaventura de Souza Santos. (cf. SANTOS, 1988).

²⁸¹ O artigo 29 da referida lei modificou o art. 482 do Código de Processo Civil, que ficou acrescido dos seguintes parágrafos: [...] § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. [...] § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos; e [...] § 3º: O relator, considerando a

Expressão salutar da pluralização do debate e abrangência que a coleta de variados pontos de vista pode oferecer aos problemas em deslinde, já é possível sentir as vantagens e desvantagens advindas da diversidade de manifestações coligidas²⁸² no âmbito dos julgamentos das ações de controle de constitucionalidade das leis brasileiras²⁸³.

Como vantagem, rompe-se com o monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo-se as participações, não só dos tradicionais intérpretes da norma (juízes e políticos), mas também daqueles que atuam como co-intérpretes (*experts*, grupos interessados, sindicatos, organizações religiosas, imprensa, dentre outros), que, influenciando no processo criativo, ajudaram no desvelamento dos diversos valores acolhidos em uma sociedade marcada por profundas disparidades sociais, como é a do Brasil.

Além disso, pelo menos mais uma contribuição pode ser extraída, segundo Rafael Caiado Amaral:

Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados.

À medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminui. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidificação dessas interpretações até que a Corte Constitucional defina qual ou quais são aceitáveis e adequadas para aquela matéria. [...] O aumento na participação produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima (AMARAL, 2003, p. 138-157).

relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

²⁸² A diversidade aqui indicada faz parte das sociedades pluralistas. O pluralismo, não é de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. Se um projeto não puder ser realizado de forma alguma, por limitações impostas pelo grupo que assume o poder central, então os projetos minoritários são fadados a desaparecerem, e com eles o próprio pluralismo [...] Evidentemente, a defesa do pluralismo é uma característica do Estado Democrático de Direito, paradigma que a Constituição do Brasil prescreve não só como modelo de Estado, mas também como um projeto para a sociedade. (BITENCOURT & LEAL, 2008, p. 5135).

²⁸³ Em julgamentos importantes, como a interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos e no uso de células-tronco, a participação da sociedade civil foi fundamental na captação pelo Supremo Tribunal Federal dos elementos e controvérsias em que estavam envoltas as questões.

Como desvantagem, não é fácil a obtenção do consenso quando se tem uma sociedade plural e heterogênea como a sociedade pós-moderna, sendo difícil estabelecer atmosfera de oficialidade que resulte da interação ótima entre a persuasão e a coerção próprias do discurso jurídico.

Dificuldades à parte, é visível a projeção da teoria da Constituição de Peter Häberle na hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*.

De certo, embora a doutrina nada refira sobre o tema²⁸⁴, é possível ver a alusão à cláusula ainda incipiente no trabalho dos juízes, e particularmente, nas ações de cunho previdenciário²⁸⁵.

Por meio da aproximação mais intensa às questões de importante repercussão na vida do cidadão, especialmente daqueles achados na linha mais estreita de oportunidades, vê-se que as decisões vêm sendo formadas e justificadas, ainda que contra o texto expresso da lei.

Para tanto, houve necessidade de se admitir, no julgamento, a participação das partes, de assistentes sociais, de sociólogos²⁸⁶, dentre outros, permitindo ao juiz não só especificar o autêntico conteúdo da cláusula *pro misero*, mas também apreender, na realidade social, os sentimentos nefastos partilhados pelas pessoas desassistidas e miseráveis desse país.

Inclusive, diante das inúmeras e profundas alterações ocorridas no seio da sociedade brasileira, não é de se estranhar que sejam extraídas diversas interpretações; todas possíveis, de um mesmo texto legal, a depender do tempo e espaço (LEAL, 2007, p. 114-115); condição que apenas reconhece, na expressão

²⁸⁴ Não encontramos, em nossas pesquisas, a relação de afinidade entre mínimo existencial e o combate as vulnerabilidades de diversas ordens proposta nessa dissertação. À relação designamos “cláusula *pro misero*” tendo por objetivo fornecer ao leitor uma síntese da referida ideia.

²⁸⁵ É possível ver referência ao termo na ADI 1231-1/DF, na qual foi declarada a constitucionalidade da norma do art. 20 e seu § 3º, da Lei 8.742/93, que define limites gerais para o pagamento do benefício assistencial, não tendo sido afastada, entretanto, a possibilidade, no exame do caso concreto, do juiz fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais, fosse cumprida.

²⁸⁶ Necessária a incorporação das ciências sociais e das teorias jurídico-funcionais, e de métodos hermenêuticos que despertem o interesse e sejam voltados precisamente ao entendimento dos cidadãos, na realização do bem estar de todos. (BITENCOURT & LEAL, 2008, p. 5136).

cultural das vivências sociais²⁸⁷, o papel legitimador da própria participação do maior número de pessoas nesse processo.

Democratizar a interpretação, realizando essa tarefa em sintonia com as necessidades sociais refletidas na Constituição, significa, sem sombra dúvidas, passo fundamental na concretização da promessa de combate e erradicação da inóipia social da forma como clama a sociedade pluralista brasileira; contributo esse de inegável matriz haberleniana.

4.2.2.6 A força normativa da Constituição, de Konrad Hesse

O método em questão parte da premissa de que toda a interpretação constitucional deve buscar a concretização, tendo por pressuposto subjetivo, a “compreensão” do conteúdo da norma a concretizar, e; objetivo, o problema, que requer, na mediação do intérprete, encontrar o resultado constitucionalmente “correto” (SILVA NETO, 2013, p. 156).

Propugnada por Konrad Hesse, que tem no princípio da máxima efetividade seu propulsor, parte-se da ideia de que é preciso admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Isso quer dizer que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas; transformando-se em força ativa por meio de três hipóteses: 1) se essas tarefas forem efetivamente realizadas, 2) se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, e 3) se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem (HESSE, 1991, p. 18-19).

²⁸⁷ Inclusive para Peter Haberle, cultura tem sentido amplo, abarcando a realidade social em todos os seus aspectos. Dessa forma, nos apresenta um conceito que envolve a vivência dos cidadãos, tanto no aspecto histórico, ontológico, considerando as regras que são estipuladas pela sociedade, como também o aspecto psicológico no sentido que se vive e do que se aprende nas experiências cotidianas. Por óbvio, o autor reconhece a cultura em sentido educacional, aquela que em consenso nos é transmitida seja pela experiência histórica ou como forma de regulamentação social, mas ele traz a multiplicidade de aspectos que podem envolver e influenciar tudo que vemos e vivemos. (BITENCOURT & LEAL, 2008, p. 5138).

Aliado a essa ideia, por meio de processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto sobre o qual incide²⁸⁸, Hesse vai propor que os elementos fornecidos pelos métodos clássicos de interpretação (literal, sistemático, histórico, teleológico) sejam considerados *topoi* e discutidos à exaustão. O cerne da preocupação do autor é: obter a resolução do problema sem se afastar da dimensão normativa da disputa (SARMENTO *in* LOBO, 2001, p. 64).

Sobretudo invocada na proteção dos direitos fundamentais, pode-se, em resumo entender que a força normativa é aquela que retrata a “vontade da Constituição” e conduz as escolhas do intérprete àquelas que maior operatividade dê aos dispositivos constitucionais, sem, contudo, ultrapassar-lhe os limites.

Como pode ser visto, é indubitosa a aproximação dessa técnica ao da Tópica e, por conseguinte, à haberleniana de Constituição aberta. Nada obstante, não é possível confundir os métodos.

Com referência a tópica, como observado por Manoel Jorge e Silva Neto, as técnicas diferem porque “a concretizadora assenta a interpretação como atividade normativamente vinculada, constituindo a *constituo scripta* limite intransponível [...] - diretriz que não se coaduna com a eleição ilimitada do *topoi* - não admitindo o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema” (SILVA NETO, 2013, p.156).

Da mesma forma, distingue-se da teoria possibilista, pois, no sentido lato de interpretação de Häberle²⁸⁹, a compreensão da realidade social deve ser a mais dilatada possível, dando aos fatores, sociais, políticos e econômicos preeminência; não conferida por Hesse; que a dedica ao texto constitucional²⁹⁰.

Em auxílio às ideias até aqui desenvolvidas, o método em questão comparece de maneira peculiar, dotando de amplitude e força vital a interpretação da cláusula *pro misero*.

²⁸⁸ “Não existe interpretação desvinculada dos problemas concretos”. (HESSE, 1992, p. 45-46).

²⁸⁹ Para Häberle, a efetividade da constituição decorrerá da união das duas modalidades de interpretação (estrita e lata), porque se correlacionam e interpenetram, salientando que a “mudança social, ao acarretar as mudanças constitucionais tácitas decorrentes do fator tempo, só se explica à luz de uma interpretação da constituição em sentido amplo”. (SILVA NETO, 2013, p. 157).

²⁹⁰ Apesar de reconhecer o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, Hesse enfatiza o aspecto da vontade de Constituição. (HESSE, 1991, p. 5).

Com efeito, embora não imune a críticas²⁹¹, numa sociedade como a brasileira, o método concretizador parece incorporar, mediante meticulosa ponderação (entre relações fáticas do presente e proposições normativas constitucionais), interpretação que preconiza efetividade no favor dos mais vulneráveis. Isso porque, ao ter como objetivo a busca pela sintonia entre texto e a realidade social, pela inserção da cláusula no âmbito constitucional, por conseguinte, maior há de ser o incentivo pelas melhorias efetivas nas condições da vida dos menos afortunados do ponto de vista social ou econômico.

Em outras palavras, quanto mais o conteúdo da Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento da força normativa da cláusula *pro misero*, assegurando-lhe, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência coletiva (HESSE, 1991, p. 20-21) ainda que prenhe em processo de permanente mudança política e social.

Assim, pelo método hesseniano não só se assiste ao atendimento das necessidades e valores que “reflitam uma ordem normativa inquebrantável (“que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”)” (HESSE, 1991, p. 19), mas também se impede que a realidade ponha termo à sua normatividade, derogando os princípios que se busca concretizar (HESSE, 1991, p. 21-22)²⁹².

Na prática, a interpretação da cláusula *pro misero*, tendo o respeito à Constituição como fundamental, vem gerando uma consciência nos operadores do direito a prestar-lhe preferência, sobretudo naquelas situações onde sua observância revela-se incômoda (por exemplo, quando em jogo direitos qualificados pela essencialidade e escassez de recursos do Poder Público).

Graças à pretensão de eficácia, tem-se buscado imprimir ordem e conformação à realidade, fazendo a cláusula não apenas sofrer os influxos determinados pela faticidade social, mas também a fazendo determinante em relação a esta (HESSE, 1991, p. 15).

²⁹¹ A maior crítica ao proposta de Konrad Hesse fica por conta da vinculação normativa ao texto como uma barreira ao desenvolvimento mais completo da vontade da Constituição.

²⁹² A concretização da normatividade constitucional é fundamental para que a constitucionalização não represente meramente uma “constitucionalização simbólica”, conforme o conceito de Neves: “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização-jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais” (NEVES, 2007, p. 92).

Como *topoi*, a cláusula parece adaptar a Constituição as efetivas mudanças das condicionantes sociais, políticas e econômicas brasileiras, até mesmo às referentes ao estado espiritual de seu tempo, protegendo o Texto Maior da obsolescência, tendo assim como preservada sua força normativa (HESSE, 1991, p. 15)²⁹³.

Como ilação, vê-se que, sem o concurso da vontade humana, essa nova ordem não lograria ser eficaz; tendo a força normativa destaque comprovado na nova tarefa da Teoria Constitucional de conferir operatividade à interpretação da cláusula *pro misero*.

²⁹³ Nas palavras do autor: “[...] a Constituição não deve assentar-se numa estrutura *unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente — no mais tardar em momento de acentuada crise — que ela ultrapassou os limites de sua força normativa” (HESSE, 1991, p. 21).

5 A CLÁUSULA *PRO MISERO* E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

5.1 A COMPREENSÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA *PRO MISERO*

Fixados os contornos teóricos da cláusula *pro misero*, supomos ter chegado o momento oportuno para compreender, a partir do exame das decisões judiciais dos tribunais pátrios, como e em que medida os juízes tem aplicado na prática o referido *topoi*, especificamente em relação a cada direito social eleito de natureza existencial.

Para tanto, foram observadas, sobretudo, as razões determinantes que motivam, no panorama atual, a judicialização política da vida social brasileira e qual a função das decisões na concretização do direito à saúde, à alimentação, à educação, à moradia e a assistência social no cotidiano da população.

A partir dos julgados colacionados, viu-se que é recorrente a tensão entre os referidos direitos, constitucionalmente previstos, e a teoria da “reserva do possível”, diuturnamente aduzida pelo Poder Público como argumento justificante da excusa de execução do seu dever.

Neles, pode-se perceber que, ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, a opção do julgador, a par das dificuldades, recaiu sempre sob a alternativa que manifestasse respeito à dignidade da pessoa humana, formado pelo conjunto daqueles direitos subjetivos inalienáveis assegurados pela própria Constituição, em detrimento do interesse financeiro e secundário do Estado.

Por meio desse expediente, acreditamos construir, de maneira irrefragável, argumento conclusivo quanto aos méritos do desempenho proativo do Judiciário em conferir prevalência aos direitos sociais mínimos, de modo a evidenciar, na condução desse raciocínio, os influxos interpretativos da cláusula *pro misero*.

5.1.1 O direito fundamental à saúde

A Constituição, mais do que mera exortação, refere não só em seu artigo 6º, mas também no artigo 196, a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, que deve ser garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”²⁹⁴.

Posto que as primeiras iniciativas institucionalizadas na promoção da saúde datem de 1979, foi a partir da década de 1980 que se intensificaram os movimentos em prol de transformações políticas e sociais médicas, defendendo-se a tese de que era necessário melhorar as condições de vida da população (FERRO; LOURENÇO; ALMEIDA FILHO, 1997, p. 488)²⁹⁵.

De lá para cá, muitas foram às políticas públicas na área sanitária²⁹⁶, inclusive com a ampliação teórica do conceito de saúde²⁹⁷, objetivando o alargamento também das responsabilidades do governo. E é nessa quadra que a expansão dos serviços médicos acabou por gerar também a expansão dos gastos públicos²⁹⁸.

²⁹⁴O direito à saúde estatuído na CF/88 tem 06 diretrizes: a) universalidade; b) dever do Estado; c) garantido por políticas sociais e econômicas; d) redução dos riscos de doenças e outros agravos; e) regido pelo princípio igualitário e f) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

²⁹⁵Embora a proteção social no Brasil tenha sido inserida na década de 30 do século passado, segundo os autores, o 1º Simpósio Nacional de Políticas de Saúde, só foi realizado em 1979, em Brasília. Ali se apresentou pela primeira vez uma proposta para reestruturação do sistema de saúde em vigor, denominada Sistema Único e Descentralizado de Saúde (SUDS). O projeto, arrojado para época, propunha um sistema cujo propósito era a universalização do direito à saúde, integrando ações preventivas e curativas, e com democrática participação da população. (FERRO; LOURENÇO; ALMEIDA FILHO, 1997, p. 488).

²⁹⁶Por exemplo, através do Decreto nº 94.657 (20.07.1 987) a política sanitária brasileira foi redefinida com mudanças significativas na administração do Sistema de Saúde: previa a institucionalização do Sistema Unificado de Saúde; definia as atribuições dos governos Federal, Estadual e Municipal; e incluía o processo de estadualização e municipalização dos serviços. (FERRO; LOURENÇO; ALMEIDA FILHO, 1997, p. 491).

²⁹⁷Para se ter uma ideia da diversidade de conceitos, mais do que a parte clínica, a saúde deve ser vista como resultado da concessão, pelo governo, de boas condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de médica. (FERRO; LOURENÇO; ALMEIDA FILHO, 1997, p. 491). Já para Jayme Landmann: A saúde, assim como a maioria das coisas na vida, tem seu conceito variável de acordo com o contexto histórico e cultural em que está inserida. Em grande parte, a crença individual e os valores relacionados com o conceito de saúde e doença são determinados socialmente. (LANDMANN, 1983, p. 13). Como visto, a par de alguma uniformidade, o próprio conceito de saúde é tido como indeterminado, encontrando-se diante dele proposições como: ausência de moléstia, o bem estar físico, mental e social e defesa da vida. (SCHWARTZ & RACTZ, 2006, p. 157). Inclusive, na concepção de Julio César de Sá da Rocha: “a imprecisão do termo “saúde” revela pensamentos distintos sobre o tema: de um lado, o entendimento de que a saúde relacionava-se como o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro, o conceito de saúde como ausência de doenças”. (ROCHA, 1999, p. 43).

²⁹⁸Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha reconhecem que a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custos é repugnante, ou

Hoje, inobstante seja amplamente aceito que o direito à saúde compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais de natureza indisponível e cujo desrespeito compromete a própria dignidade humana, na prática, ainda se vê que inúmeras situações, que interferem no bem estar individual e social dos cidadãos, encontram resistência da Administração em dar-lhes cumprimento, restando ao Judiciário, como protagonista nesse processo, determinar coativamente a prestação.

Como já sustentado, dadas as dificuldades de efetivação próprias dos direitos sociais de cunho existencial, cumpre ao Poder Judiciário atuar e, por meio de articulado derivado (ainda que implicitamente) da cláusula *pro misero*, dar interpretação que confira prioridade aos direitos distinguidos por sobredita cariz.

Nesse sentido, reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando, por exemplo, o fornecimento gratuito de medicamentos não só a pessoas carentes, mas também a pessoas portadoras do vírus HIV e de outras doenças graves a despeito do articulado estatal²⁹⁹:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE IMPOSSIBILITADO DE ARCAR COM OS CUSTOS DO TRATAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. GARANTIA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO E DA INCAPACIDADE FINANCEIRA EM ADIMPLI-LO. **AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOPONÍVEL FRENTE À TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.** MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. PRECEDENTES. (TJ-RN - Apelação Cível AC 23404 RN 2011.002340-4. Natal, 05 de julho de 2011).

até imoral. Mas o argumento do custo com tratamento tornou essa posição sustentável. Nenhum país no mundo, por mais rico que seja, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos. (LIMBERGER & SALDANHA, 2011, p. 434; AMARAL, 2001, p. 136).

²⁹⁹ Nesse particular, é importante trazer as considerações de Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha: “[...] não se pode deixar de citar que, pelo menos 2/3 das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e a compreensão ampla em matéria de medicamentos, nos quais se compreende fraldas, leite e complementos alimentares. Em muitas ações, o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Com a banalização do direito, ações dessa natureza caem em descrédito jurídico”. (LIMBERGER & SALDANHA, 2011, p. 431 e 441).

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). [...] 5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1107511 RS 2008/0265338-9 (STJ) Data de publicação: 06/12/2013).

Percebe-se que é diante da inércia estatal que a atividade judicial opera.

Ao deixar de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, o Estado viola negativamente o seu dever constitucional, ostentando, tal comportamento, gravidade de natureza político-jurídica³⁰⁰.

De outro lado, em todos os julgamentos, não se deixou de examinar, com significativo relevo, o tema da reserva do possível.

A priori, a Suprema Corte brasileira vinha entendendo que, uma vez comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desautorizada restaria a imediata efetivação do comando constitucional requestado. É o que se convencionou chamar de "justo motivo".

Entretanto, em razão do *status* diferenciado ostentado pelos direitos que compõe o mínimo existencial, mesmo a ocorrência de "justo motivo", tem admitido

³⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno (BRASIL, [s.d.]).

relativização; não podendo ser invocado, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Nesse sentido, afirmou o STF:

EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE **OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796). A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227).**

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

[...] Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações

positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.³⁰¹
³⁰²(grifos nossos).

Na mesma direção, aduz Flávia Piovesan que as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não só endossam o direito à saúde como dever do Estado, mas determina o fornecimento “de tratamento mais adequado e eficaz; capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento” (PIOVESAN, 2008, p. 167)³⁰³.

Além disso, em muitos casos, é mesmo necessário determinar medidas contrárias ao texto literal da norma, rompendo a ótica formalista em prol da implementação do mínimo existencial:

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. DOENÇA GRAVE. FILHO DO TITULAR. **HIPÓTESES DE SAQUE. ART. 20 DA LEI 8.036 /1990. INEXISTÊNCIA DE TAXATIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ.** MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.164/2001. HONORÁRIOS. “(...) A enumeração do art. 20, da Lei 8.036 /90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. **Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje, LINDB). Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantia fundamental**

³⁰¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013 (BRASIL, 2013a)

³⁰² Em complemento (ainda como argumento a favor do direito à vida): “[...] a indevida manipulação da atividade financeira e/ou político-administrativa do Estado não pode 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”. (Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello. Pleno) (BRASIL, [s.d.]).

³⁰³ Deste modo, deve ser assegurado o medicamento mais eficaz e adequado ao tratamento, mesmo que não previsto em portaria do Ministério da Saúde, com fundamento nos direitos à saúde e à vida. Não obstante, é importante fazer um exame das razões que levaram ao SUS (Sistema Único de Saúde) a não fornecer a prestação requerida, bem como devem ser privilegiados os tratamentos fornecidos pelo órgão, em detrimento daquele pretendido pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Por fim, essa solução não afasta que, peculiaridades do caso concreto, comprovem que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz ou adequado para o caso específico. (LIMBERGER & SALDANHA, 2011, p. 442).

assegurada constitucionalmente. *In casu*, o recorrido ajuizou ação ordinária com pedido de tutela antecipada, objetivando o levantamento do seu saldo da conta vinculada ao FGTS, para atender à necessidade grave de sua mãe, portadora de Hiperinsuflação Pulmonar, Artéria Aorta Alongada e Depressão profunda, necessitando dos respectivos valores para tratamento, tendo em vista o alto custo dos medicamentos necessários, e o fato de o autor estar desempregado. [...]. No mesmo sentido, REsp 644557/RS, DJ de 27.09.2004 página 279. TRF 2- Apelação Cível AC 350987, 2004.51.01.003910-0, publicado em 30 de maio de 2005. (grifamos).

Como ilação, inspirados pela diretriz da cláusula *pro misero*, a maioria dos juízes³⁰⁴ vêm considerando, na concessão do direito, a finalidade precípua do Estado de prestar serviços públicos que realizem os objetivos fundamentais da Constituição e, em sintonia com a realidade brasileira, representem as necessidades compartilhadas por muitos; o que, em geral, ocorre em sede de ações coletivas propostas pelos Ministérios Públicos³⁰⁵ e Defensorias Públicas³⁰⁶ de todo o país.

³⁰⁴ Apesar de ser uma tendência minoritária, há aqueles que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afasta a justiciabilidade do direito à saúde. O argumento central é que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área da saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes, bem como da ofensa a critérios de dotação orçamentária, com base ainda no princípio da “reserva do possível”. (PIOVESAN, 2008, p. 173). Nesse sentido exemplificadamente: decisão advinda da Justiça estadual do Estado do Rio Grande do Norte Suspensão de Segurança nº 1.836-AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11/10/2001) diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do Impetrante; oportunidade em que se poderia produzir efeito multiplicador”. (SS 3073/RN, Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, Brasília, 14 de fevereiro de 2007, p. 21. No mesmo sentido: STF, SS 3145/RN, Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, publicação 18 de abril de 2007, página 17).

³⁰⁵ Exemplificando a hipótese: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. [...] 4. Agravo regimental não provido. (AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli).

³⁰⁶ Na decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da medida cautelar da ADIN 558 MC (RJ), o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em parte do seu voto, manifestou: “[...] a atribuição da Defensoria Pública insculpida no artigo 134 da Constituição Federal [...] decorre de atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública”. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.

Em se tratando do direito fundamental à saúde, todo um conjunto de fatores precisam ser demonstrados, sopesados e viabilizados, mormente nos seus aspectos de integralidade e universalidade³⁰⁷, sendo que garanti-lo nada mais é do que perfectibilizar um dos aspectos que integram o mínimo indispensável à vivência e sobrevivência dignas do cidadão.

5.1.2 O direito fundamental à alimentação

O reconhecimento do direito à alimentação já é hoje pacificado não só no plano interno³⁰⁸ como no plano internacional³⁰⁹.

Como componente das condições mínimas a ser provida a qualquer cidadão, a preocupação com a fome surgiu, inicialmente, como decorrência de uma saúde

(Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 558, Medida Cautelar. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Amicus Curiae: Associação Nacional dos Defensores Públicos– ANADEP. Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília 26 de março de 1993) (BRASIL, 1993).

³⁰⁷ A reserva do possível abrange muito mais do que a simples disponibilidade de recursos financeiros para o custeio de um direito, como no caso a saúde pública. Incute-se nesta ideia também o planejamento de toda uma política pública voltada para o atendimento amplo do direito e ainda, ao considerar um caso específico deve-se ponderar o limite do razoável. (DAVIES, 2013, p. 18).

³⁰⁸ A Constituição Federal de 1988 incorporou uma série de direitos fazendo com que fosse chamada de Constituição Cidadã. A princípio, não havia menção expressa ao direito à alimentação. Em 2010 o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Emenda Constitucional nº 64 que alterou o art.6º da Constituição Federal admitindo a alimentação como um direito fundamental: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”. Ademais, em 2006, foi editada a Lei 11.346 de Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional como aperfeiçoamento do programa “Fome Zero”. Nessa lei, foram estabelecidas “as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada” (artigo 1º). Por fim, em 2011, a presidenta Dilma Rousseff lançou o plano “Brasil sem miséria” que tem como objetivo retirar da linha de extrema pobreza cerca de 16 milhões de brasileiros cuja renda *per capita* não ultrapasse R\$ 70,00 (cf. Decreto Presidencial nº 7.492/2011), incluindo, dentre as iniciativas, ações na área alimentar.

³⁰⁹ Previsto originalmente no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde é examinado no contexto da promoção do direito a um padrão adequado de vida, o direito fundamental à alimentação foi reafirmado no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). (CARVALHO, 2012, p. 181).

adequada. Somente depois, o direito à alimentação passou a ser visto como autônomo e universalizado, por excelência³¹⁰.

Posto que existam, no contexto sociojurídico nacional, programas e estratégias³¹¹ para o combate à escassez dos alimentos e melhoria em sua qualidade³¹², a garantia do direito fundamental à alimentação ainda ressoante, na prática, de concretização.

Como resultado, é possível encontrar ações judiciais que versam sobre o referido direito, sobretudo no atendimento de pleitos especiais de pessoas portadoras de doenças específicas, com saúde fragilizada ou sem condições financeiras para custear seu tratamento (STEFANUTTO *et al.*, 2011, p.188-189):

EMENTA: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR MENOR QUE APRESENTA QUADRO DE BRONCO ESPASMO, DIARRÉIA E DERMATITE ATÓPICA EM DECORRÊNCIA DE ALERGIA ALIMENTAR À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA, NECESSITANDO PARA A SUA ALIMENTAÇÃO DE 8 (OITO) LATAS DE LEITE NEOCATE POR MÊS, ATÉ QUE COMPLETE 3 (TRÊS) ANOS DE IDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO DA FAZENDA ESTADUAL BUSCANDO A INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE.

Comprovação médica de que a recorrida é portadora da doença referida, bem como de que não dispõe de situação sócio-econômica que lhe permita arcar com o respectivo custo. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial, este tido por interposto, e voluntário improvidos³¹³.

³¹⁰ Como demonstram Falavinha Stefanutto, Dantas Junior, & Marchetto: De fato, é possível que o direito à saúde, educação e moradia gere diversas discussões (se é possível garanti-los de forma universal ou se sua concessão merece uma avaliação de como cada comunidade convive). Inobstante, quanto à alimentação, tal raciocínio deve ser desprezado. Isso porque, alimentar-se é gênero de primeira necessidade, sendo possível identificar universalidade quanto a sua obrigação. Todas as pessoas, independente da variedade de cardápios, necessitam tê-lo de forma regular para o desenvolvimento de uma vida digna. (STEFANUTTO *et al.*, 2011, p. 180-181).

³¹¹ Como exemplo, cite-se: cooperação social, campanhas solidárias, “Fome Zero” e o “Brasil Sem Miséria”.

³¹² Conforme Flávio Valente: [O direito à alimentação] “é, pois, premissa básica de sobrevivência de todos os seres humanos, mas que não se limita ao simples acesso à “ração básica nutricionalmente balanceada”. Deve-se levar em consideração também os aspectos pertinentes aos hábitos e práticas, além da quantidade e qualidade adequadas da alimentação. (VALENTE, 2002, p. 38).

³¹³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0016525-79.2010.8.26.0625 Relator(a): Aroldo Viotti Comarca: Taubaté Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público São Paulo, 25 de julho de 2011 (BRASIL, 2011d).

EMENTA: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR MENOR PORTADOR DE REFLUXO GASTROESOFÁGICO QUE APRESENTA INTOLERÂNCIA AO LEITE DE VACA, NECESSITANDO PARA A SUA ALIMENTAÇÃO DE DOSE DIÁRIA DE LEITE DE SOJA, ATÉ QUE COMPLETE 3 (TRÊS) ANOS DE IDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO DA MUNICIPALIDADE BUSCANDO A INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE.

Comprovação médica de que o recorrido é portador da doença referida, bem como de que não dispõe de situação sócio-econômica que lhe permita arcar com o respectivo custo. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial e voluntário improvidos³¹⁴.

A par das singularidades das situações acima, é possível identificar ainda outras intervenções do Poder Judiciário na realização do direito fundamental à alimentação em favor daqueles reconhecidamente miseráveis e famintos.

Como exemplo, o Ministério Público Estadual, juntamente com o Ministério Público do Trabalho, ajuizou Ação Civil Pública em favor de quatro “favelas”³¹⁵ do Município de Maceió, com a intenção de tornar pública a omissão das autoridades municipais para com os direitos fundamentais daquelas comunidades, especialmente quanto à grave insegurança alimentar e nutricional a que aqueles cidadãos eram submetidos.

No julgamento, apesar de parcialmente procedente, o juiz não só decretou a omissão inconstitucional da Municipalidade, mas também determinou, sob pena de multa diária, a apresentação de propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo órgão municipal, com abrangência suficiente e oferta concreta de soluções à curto, médio e longo prazo para a referida população, no prazo máximo de 90 (noventa dias)³¹⁶.

³¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001584-59.2010.8.26.0582 Relator(a): Aroldo Viotti Comarca: São Miguel Arcanjo Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público São Paulo, 18 de julho de 2011 (BRASIL, 2011c).

³¹⁵ Conhecidas por Mundaú, Sururu de Capote, Torre e Muvuca.

³¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ação Civil Pública nº 4.830/07. Autores: Ministério Público Estadual e Ministério Público do Trabalho. Réu: Município de Maceió-AL Juiz Fábio José Bittencourt Araújo. Maceió, 21 de março de 2007 (BRASIL, 2007b). Conforme estudo de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehad: “Ao final, esta Ação Civil Pública teve o seu pleito parcialmente acolhido, sendo, no entanto, descumprido pelo município de Maceió-AL na sua fase originária, ensejando um movimento emblemático na cidade, e em algumas outras, por meio de entidades de direitos humanos para a ratificação e implementação da decisão pelo Tribunal de Justiça competente”. (CHEHAD, 2009, p. 105)

Em outro caso, na defesa da população indígena, foi determinado o bloqueio de verbas públicas para satisfação das necessidades da referida comunidade em situação de extrema pobreza alimentar e vulnerabilidade social:

PROCESSUAL CIVIL. ARRESTO. PEDIDO DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS E PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. ÍNDIOS. DIREITO À ALIMENTAÇÃO E À MORADIA. EXTREMA VULNERABILIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS INTERESSADOS. URGÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA. REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

I - A jurisprudência pátria, no exercício da missão de compatibilizar os princípios constitucionais, tem aberto exceções à regra do art. 100 da CF/88 e do art. 730 do CPC, admitindo em determinadas circunstâncias, com base num juízo de ponderação, a possibilidade de bloqueio de recursos públicos com vistas a satisfazer obrigação de pagar indispensável à concretização de direitos fundamentais do cidadão. Precedentes do STJ e do STF.

II - *Se os Tribunais Superiores, inclusive o STF, que exerce o mister de guardião-mor da Constituição, autoriza o bloqueio de valores para assegurar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos "como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde", pela mesma razão se revela possível a adoção de medida no presente caso, em que se postula o cumprimento de obrigação, pela FUNAI, de entrega de cestas básicas e de pagamento de aluguéis aos apelantes. Os direitos à alimentação e à moradia³¹⁷ vinculam-se igualmente aos direitos à vida e à dignidade, revelando-se essenciais à sobrevivência digna dos cidadãos. São, portanto, tão fundamentais quanto o direito à saúde.*

III - Vale ressaltar que os índios mereceram tratamento especial do Constituinte, que lhe dedicou um capítulo inteiro na CF/88 (Capítulo VIII do Título VIII - art. 231 e 232). No presente caso, os apelantes ostentam posição de grave vulnerabilidade sócio-econômica, vez que foram expulsos de suas casas e aldeias por outros índios. Em outras palavras, foram excluídos pelos próprios excluídos, o que os situa na periferia da periferia da sociedade. Precisam, portanto, do urgente amparo estatal, direito esse que foi reconhecido em acórdão desta Turma, da lavra da DD. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli (AC402280-PE), pendente de cumprimento³¹⁸. (grifos nossos).

³¹⁷ Falaremos do direito fundamental à moradia nas próximas linhas. Todavia, a decisão já serve como exemplo pertinente à comprovação da nossa hipótese.

³¹⁸ Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 494114 PE 0001775-82.2009.4.05.8302. Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Substituto). 4ª Turma. Publicação: 27 de maio de 2010 (BRASIL, 2010).

Pelo padrão dos argumentos desenvolvidos nas decisões, mesmo a falta de alimento pode ser objeto de requerimento perante o Poder Público, malgrado seu fornecimento exija, por melhor conformação, pleito e prestação coletivas, em prejuízo dos pedidos exclusivamente individuais³¹⁹.

Por fim, em consonância com a interpretação *pro misero* aqui sustentada, vê-se, mais uma vez, que na ponderação dos bens em jogo (o direito social de cunho existencial e os demais princípios constitucionais colidentes), o resultado, como não poderia deixar de ser, foi em prol, sempre e em definitivo, do direito jusfundamental à alimentação.

5.1.3 O direito fundamental à educação

Conforme preceitua a Carta Fundamental, o direito à educação consubstancia obrigação do Estado, que deve não só garanti-lo, mas também estimulá-lo desde tenra idade³²⁰.

³¹⁹ Exemplificando, Diego Stefanutto, Genival Dantas Junior & Patrícia Marchetto provocam: “um mendigo em precária situação, sem qualquer auxílio do poder público, pode se dirigir à Defensoria Pública e requerer ao Poder Judiciário a efetivação de tal direito? Ou, ainda, uma família que sofre com a fome, pode clamar ao Poder Judiciário que o Estado lhe forneça uma cesta básica mensal como forma de garantia do direito à alimentação, agora constitucionalmente positivado?” (STEFANUTTO *et al.*, 2011, p. 189). Como já mencionado, para que as medidas alcancem o maior número de cidadãos, assumindo a universalidade que lhe inerente, melhor será a superação do referido perfil e adoção de ações coletivas. Isso porque, a resposta judicial prestada a um cidadão nonimado, certamente trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas também integrantes do corpo social. (LIMBERGER & SALDANHA, 2011). Excepcionalmente, como previsto no artigo 100 da Constituição Federal e 730 e ss. do Código de Processo Civil, os créditos de natureza alimentar gozam, mesmo contra a Fazenda Pública, de privilégios no pagamento, livrando-se da rigorosa ordem de precedência reservada às dívidas comuns. (Cf. BARROS, 1997, p. 93).

³²⁰ Citem-se, por oportuno, alguns dispositivos constitucionais que deferem proteção e incentivo ao direito à educação. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, [...] na forma desta Constituição. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010); Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, *será promovida e incentivada* com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de

De fato, os estudiosos do crescimento econômico e os da desigualdade social já constataram: o retorno dado pela educação ao capital humano releva que, a presença ou ausência da realização desse direito, interfere tanto na vida das pessoas (através da melhoria das condições de acesso ou retorno social³²¹) quanto na competitividade do país (com maior produtividade das empresas e emancipação econômica da nação³²²).

Entretanto, ainda que sejam manifestos os benefícios, no Brasil, os níveis de educação ainda são muito baixos e ficam menores se comparados a outros países³²³. E justifica-se: promover a educação envolve custos, tanto dos entes públicos quanto dos privados³²⁴.

2006) [...]. Artigo 208, inciso IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). No plano infraconstitucional: Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB (Lei nº 9.394/96), artigo 4º: O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II- atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade [...]. Esclareça-se, por necessário, que, na data do Estatuto da Criança e do Adolescente, a educação básica fundamental começava aos sete anos de idade e a educação infantil do 0 aos 6 anos. Atualmente, o ensino fundamental é de 09 anos, começando aos seis, com a obrigação dos pais matricularem seus filhos a partir de 06 anos de idade. (vide artigos 6º e 32 da lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases).

³²¹ O substantivo educação, que deriva do latim *educatio, educationis*, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. (TORRINHA, 1942, p. 278). A partir da definição, vê-se que a educação permite o pleno desenvolvimento da pessoa humana e é um pré-requisito imprescindível à própria cidadania. Com a educação, o homem compreende a extensão de sua liberdade, a maneira de exercício de seus direitos e a seriedade de seus deveres, possibilitando a sua associação em uma democracia efetivamente participativa. Do ponto de vista prático, por exemplo, o nível educacional se reflete na hierarquia trabalhista, leia-se ocupação x salário. O ganho em média é de 15% adicional por ano completo de estudo, mas no primeiro ano da pós-graduação este ganho corresponde a 42%. Além disso, a escolarização interfere em outros aspectos da vida das pessoas, como taxa de fecundidade e de criminalidade; sendo menores nos indivíduos com maior escolarização, bem como na expectativa de sobrevivência; aumentando em dois anos a cada um ano adicional de estudo. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, [s.d.]).

³²² A cada ano adicional de estudo, o crescimento populacional cai 0,26 ponto percentual (p.p.), as exportações aumentam 0,7 p.p e o crescimento da renda *per capita* sobe 0,35 p.p. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, [s.d.]). É difícil imaginar investimento, social ou privado, mais rentável do que a criança passar de ano aprendendo!

³²³ Posto que existam projetos em desenvolvimento no país (programas sociais de transferência de renda, concessão de incentivos em produtos e insumos escolares como bônus, financiamento estudantil e crédito educativo), o Brasil está entre os 10% piores nos quesitos educacionais num grupo de 57 países. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, [s.d.]).

³²⁴ A expansão do sistema escolar com qualidade tanto física (dos estabelecimentos de ensino e do material didático) quanto humana (com qualificação dos professores

De outro lado, como já asseverado, no plano normativo nacional³²⁵, a educação é direito de estatura diferenciada, integrante do núcleo duro dos direitos fundamentais sociais; o que significa dizer que requer compreensão global, prioritária e absoluta frente às prerrogativas do Estado.

No Judiciário, há significativo número de casos relativos ao exercício do direito fundamental à educação. Neles, em concordância ao articulado defendido, se reconhece a absoluta relevância do direito ao ensino fundamental, com destaque à decisão do Supremo Tribunal Federal que assim afiançou:

EMENTA: 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, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [...]

- 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. [...]

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa³²⁶.

acompanhada de valorização e melhoria salarial) depende de prioridade nos investimentos. Todavia, independente dos dispêndios, numa compreensão mais ampla, pode-se ver na redução da pobreza financeira e da desigualdade social reflexos em outras áreas, como a economia; pois, por meio de uma melhor educação, abre-se os mercados aos vulneráveis e permite-se, *a contrário sensu*, que os assimétricos se aproximem dos mercados. (NERI, [s.d.], p. 79). Como não poderia deixar de ser, todos saem ganhando, especialmente, o setor privado.

³²⁵ Também, as Declarações de Direitos e Pactos Internacionais contemplam o direito à educação com variadas e relativamente extensas especificações. É o que se pode apurar no artigo 13 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966. (TAVARES, 2010).

³²⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 411518/SP. Requerente: Município de Santo André. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo (em favor de Graziela Moresi dos Santos). Relator: Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2006. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento 594101 SP, Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ticiano Nascimento de Souza e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de fevereiro de 2009 (BRASIL, 2009).

Na mesma direção, aduz Flávia Piovesan (2008, p. 170): há decisões que reforçam o dever do Estado de garantir vaga em creche para crianças de 0 a 6 anos, estabelecendo que os Municípios devam atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil³²⁷, tanto na oferta de vagas em estabelecimento próximo à casa da criança³²⁸ (ou, havendo indisponibilidade, a expensas do ente público, o custeio integral de estabelecimento similar) quanto no fornecimento de material de estudo e uniforme ao estudante.

Em sentido convergente, decisões do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul acerca do direito fundamental da criança independentemente da sua condição econômica ou da existência de vaga e disponibilidade financeira estatal:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. MUNICÍPIO DE CANOAS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. VAGA EM CRECHE. ALEGAÇÃO DE OFERTA IRREGULAR. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. RESPONSABILIDADE EXPRESSAMENTE DEFINIDA EM LEI [...].

1- A educação básica a ser fornecida pelo Estado é um direito de toda e qualquer criança, sem distinção de sua condição econômica. É dever do poder público municipal assegurar ao menor atendimento em creche, nos termos do inciso IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, porquanto se trata de direito fundamental social.

2- Tratando-se, a educação, de um direito social que figura entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e, portanto, obrigação estatal, despiciendas as alegações de ausência de verbas ou de falta previsão orçamentária específica para o cumprimento, dado que o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador [...].

Apelação Parcialmente Provida³²⁹.

AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. [...]

2. O direito à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de

³²⁷ Constituição Federal, artigo 211, § 2, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 14 de 1996 (BRASIL, 1988). No mesmo sentido: RE 398722/SP; RE 377957/SP; RE 411332; RE 402024; AI 410646 AgR; RE 411518; RE 352686/SP, dentre outros.

³²⁸ Artigo 53, inc. V do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, [s.d.]).

³²⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70017717802, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Rio Grande do Sul, 11 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006b).

zero a seis anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF, artigo 54, IV, do ECA e artigos 4º, IV, e 11, V, da Lei nº 9.394/96. [...]”³³⁰

Mesmo no que excede a educação básica, tem sido reservada proteção ao ensino, como por exemplo, nos casos relativos à matrícula em universidades e à cobrança de mensalidades escolares.

A tendência majoritária das decisões, em se tratando de estudantes inadimplentes do ensino superior, tem sido no sentido de que não se pode condicionar a renovação de matrícula ao pagamento de mensalidade atrasada, restando consagrado o direito³³¹.

Também a legislação garante que, havendo débitos junto à instituição de ensino, não é possível interromper a prestação dos serviços educacionais, sendo “proibidas a suspensão de provas, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento”³³².

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO-OCORRÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA.

³³⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70042425249, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26 de maio de 2011 (BRASIL, 2011e).

³³¹ Ver decisões do STJ, RESP 611394/RN; Resp 311394; Resp 365771; Resp 384491; AgRg Resp 491202.

³³² O artigo 6º da Lei 9.870/99 dispõe: “São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, *caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias*. § 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. [...] § 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais [...]”. Dessa forma, os débitos devem ser cobrados em ação própria, sendo vedado à entidade de ensino interferir na atividade acadêmica dos seus alunos para obter o pagamento das mensalidades. Quanto ao prazo de 90 dias, o STJ considera que a falta de pagamento até esse prazo é, para efeito da lei, impontualidade. Só é inadimplente o aluno que exceder os 90 dias. Assim sendo, a instituição de ensino está liberada para não renovar a matrícula se o atraso for superior a 90 dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas. “O estudante que é devedor de uma, duas, três ou quatro prestações, para evitar a pecha de inadimplente, deve quitá-las no prazo de 90 dias”, alertou a ministra Eliana Calmon no julgamento (REsp 725.955). (BRASIL, 2012c).

NEGATIVA DE TRANCAMENTO DE MATRÍCULA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS, COMO TAMBÉM DO VALOR CORRESPONDENTE A 6 (SEIS) MENSALIDADES VINCENDAS, CORRESPONDENTE AO SEMESTRE QUE SE PRETENDE TRANCAR. APLICAÇÃO DE PENALIDADE PEDAGÓGICA PARA COMPELIR A QUITAÇÃO DOS DÉBITOS. VEDAÇÃO PELO ARTIGO 6º, DA LEI 9.870/99. COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS. CLÁUSULA ABUSIVA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 51, §1º, III, DO CDC. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. [...]

2. É nula a cláusula contratual que condiciona o trancamento de matrícula de instituição de ensino superior ao pagamento do correspondente período semestral em que requerido o trancamento, bem como à quitação das parcelas em atraso.

3. *Isso porque, a cobrança das mensalidades vencidas e não quitadas como condição para que se viabilize o trancamento da matrícula constitui penalidade pedagógica vedada pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do disposto no artigo 6º da Lei n. 9.870/99.*

4. Do mesmo modo, tem-se por nula de pleno direito, nos ditames do artigo 51, §1º, III, do CDC, a cláusula contratual que prevê a cobrança das mensalidades correspondentes ao período semestral em que solicitado o trancamento da matrícula. Ao trancar a matrícula, o aluno fica fora da faculdade, não frequenta aulas e não participa de nenhuma atividade relacionada com o curso, de modo que não pode ficar refém da instituição e ver-se compelido a pagar por serviços que não viria receber, para poder se afastar temporariamente da universidade.

5. Ademais, embora o estabelecimento educacional tenha o direito de receber os valores que lhe são devidos, não pode ele lançar mãos de meios proibidos por lei para tanto, devendo se valer dos procedimentos legais de cobranças judiciais.

6. Recurso especial não provido³³³.

Outro tema recorrente no contexto do direito à educação se encontra na aplicação das políticas e ações afirmativas.

Segundo André Ramos Tavares “as denominadas ‘ações afirmativas’ compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, *grosso modo*, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas ‘raças’ ou segmentos” (TAVARES, 2007, p. 534).

Embora não seja objeto principal desta pesquisa, a conjugação das ações afirmativas tem densificado o acesso à educação, admitindo concessões de preferências e benefícios no incremento das oportunidades (TAVARES, 2010, p. 15).

³³³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.081.636/SP, Recorrente: Sociedade Visconde de São Leopoldo. Recorrido: Samira Hassan Zoghaib Conde Ventura. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 26 de novembro de 2008. A inadimplência também não é justificativa para que a instituição de ensino se recuse a entregar o certificado de conclusão de curso ao aluno (REsp 913.917) (BRASIL, [s.d.]).

Como ilustrativa decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, baseado nas políticas afirmativas, determinou acessibilidade a estudante portadora de necessidades especiais mediante o acompanhamento de intérprete nas aulas:

ENSINO SUPERIOR. ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PRETENSÃO DA ALUNA DE OBTER APOIO DE INTÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS, PARA ACOMPANHÁ-LA DURANTE AS AULAS E DEMAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. POSSIBILIDADE.

1. Consiste em dever constitucional de o Estado ofertar a educação escolar às pessoas que requerem cuidados especiais (CF, art. 208, inciso III).

2. A Impetrante é deficiente auditiva, portadora de surdez profunda bilateral congênita, razão pela qual, necessita de um intérprete em Libras – Língua Brasileira de Sinais, a fim de viabilizar a realização de seus estudos no curso superior de Pedagogia.

3. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), em seu art. 58, § 1º, dispôs que *"haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender as peculiaridades da clientela de educação especial"*.

4. O Ministério de Estado da Educação, considerando "a necessidade de assegurar aos portadores de deficiência física e sensorial condições básicas de acesso ao ensino superior", editou a Portaria nº 1.679/99, revogada pela Portaria 3.284/2003, que incorporou em seu texto a mesma norma no sentido de determinar que nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de sua autorização e reconhecimento, haverá a inclusão de requisitos de acessibilidade.

5. A mencionada portaria não restringiu o acompanhamento de um intérprete em Libras, quando da realização e revisão de provas, restando, portanto, patente o direito vindicado.

6. Remessa oficial improvida³³⁴.

Também aplicando as políticas afirmativas, o plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), julgando, por unanimidade, improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM). Na análise da matéria, o relator, ministro Ricardo Lewandowski afirmou que:

³³⁴ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REOMS 200538000128884, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quarta Turma, Publicação: 09 de abril de 2007 *in* Boletim Jurídico Emagis/trf4, 140, novembro/2013. Princípio da autonomia universitária X direito de acesso à educação, página 15 (BRASIL, 2007c).

As políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, os meios empregados e os fins perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade, razoabilidade e as políticas são transitórias, com a revisão periódica de seus resultados. [...]

[Assim a] política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição³³⁵.

Pela seleção dos julgados, vê-se que a proteção estendida à educação superior e a aplicação das ações afirmativas na área do ensino, por concorrerem na formação plena da cidadania do indivíduo, não tem passado despercebidas pelo Judiciário, podendo-se vislumbrar, na proteção anexa, sintonia com o conteúdo *pro misero*.

Isso porque, ao proclamar o direito à educação como fundamental, a Constituição promove, de imediato, conexões³³⁶ com outros direitos, *v.g.*, como a busca do pleno emprego e a profissionalização, tencionando munir o indivíduo de ferramentas que o habilitem a disputar, com dignidade, sua inserção no mundo e na sociedade. Ou seja, resumindo em uma palavra, lhe confere “oportunidades”³³⁷.

Dessa forma, em harmonia com a diretriz *pro misero*, o direito fundamental à educação ocupa, dentro do universo dos cidadãos do Estado, *status* essencial na inclusão dos mais carentes e debilitados, equalizando e oportunizando, na prática, aos marginalizados, chances reais de liberdade e igualdade social.

³³⁵ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, Arguinte: Partido Democratas (DEM). Arguente: CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 de abril de 2012 (BRASIL, 2012a).

³³⁶ Para André Ramos Tavares, conjugando as leis e os pactos internacionais, é possível extrair a compreensão do sentido do direito à educação intencionalmente abrangente, no qual se busca, em última instância, a realização da dignidade da pessoa humana. (*Idem*).

³³⁷ Houve, portanto, um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à ideia de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de acesso as minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. (GOMES, 2001, p. 40). Saliente-se que, embora o autor, no contexto esteja se referindo às ações afirmativas de cotas nas universidades, entendemos que tais políticas se aplicam a negros, índios, pobres, deficientes, enfim, as minorias vulneráveis.

5.1.4 O direito fundamental à assistência social

Densificar, no plano dos fatos, a erradicação da miséria e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais³³⁸ é tarefa das mais complexas.

Muitas medidas são requeridas e os requisitos não são uniformes, sendo que, a depender do ramo do Direito em que se esteja falando, os parâmetros e os critérios para aferição da miserabilidade não são os mesmos³³⁹.

À vista dessa realidade, elevado número de ações são endereçadas ao Judiciário, nas quais se demanda, de um lado, o exame das circunstâncias sociais que eventualmente indiquem, no caso concreto, as condições reais do requerente e, de outro, a prova de insuficiência de provimento de suas necessidades, sendo o equacionamento dessa tensão o cerne para o deslinde dos processos.

Como paradigmática da controvérsia, no dia 18 de abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário 567985/MT³⁴⁰, no

³³⁸ CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

³³⁹ Por exemplo, a Lei nº 1.060/50 exige, para conceder os benefícios da justiça gratuita, a teor do artigo 2º, parágrafo único, a comprovação da impossibilidade de pagar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família do litigante; o que é diferente da impossibilidade pura e simples de quitá-las, por total carência de recursos financeiros disponíveis. Assim, no caso concreto, nada impede que o benefício seja deferido àquele que, na condição de trabalhador, não tenha condições de pagar as custas processuais, alegando não prover de recursos suficientes para suportar esse encargo simultaneamente com suas despesas familiares. De outro lado, já o programa de transferência de renda “Bolsa Família”, criado em 2003, faz uso do parâmetro da ONU (Organização das Nações Unidas) para selecionar os beneficiários do programa. Considera-se na extrema pobreza aquele que aufera renda mensal de R\$ 70 reais por pessoa (Decreto: 5.209/ 2004) “Art. 18. O Programa Bolsa Família atenderá às famílias em situação de pobreza e extrema pobreza, caracterizadas pela renda familiar mensal per capita de até R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) e R\$ 70,00 (setenta reais), respectivamente”. Redação dada pelo Decreto nº 6.917, de 2009). Por fim, exemplificando, por meio da estruturação dos programas sociais, foi criado o CadÚnico que, aperfeiçoando o “Bolsa Família”, passou a priorizar o acesso aos serviços públicos, cursos profissionalizantes, extensão rural e tarifação reduzidas para água, energia elétrica e contribuições previdenciárias àqueles que auferam renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa ou renda mensal total de até três salários mínimos. (Fonte: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/cadastrounico>). Só por esses exemplos, fica fácil perceber a diversidade de critérios.

³⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 567985/MT. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de outubro de 2013. Entrementes, o Tribunal reuiu o entendimento da ADI 1232, que havia considerado constitucional o critério objetivo de aferição da miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social (BRASIL, 2013c).

qual se pleiteava a análise do requisito financeiro estabelecido pelo artigo 20, §3º da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social): “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

Embora a questão já tivesse sido objeto de pronunciamento, a Corte, em decisões monocráticas, vinha revendo seu posicionamento e adotava critérios diversos ao disposto na lei, à vista das “notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistências por parte do Estado Brasileiro)”³⁴¹.

Nesse sentido, já se viam também decisões do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742/1993. INCAPACIDADE NÃO DEMONSTRADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. O entendimento jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que o *critério mencionado no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 não é o único a comprovar a condição de necessidade* prevista no Texto Constitucional.

2. Não obstante essa compreensão, no caso concreto, o julgador monocrático negou o amparo por entender que o autor não é pessoa portadora de deficiência. De igual modo, o Tribunal local manteve a sentença por considerar que inexistente incapacidade para as atividades da vida diária. [...] ³⁴² (destaques nossos).

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE REQUESTIONAMENTO. RENDIMENTO MENSAL PER CAPITA. ART. 20 DA LEI nº 8.742/93. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. PROVIMENTO NEGADO.

³⁴¹ Como já mencionado, paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais flexíveis para a concessão de outros benefícios assistenciais: Lei 10.836/2004, que criou o “Bolsa Família”; Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Lei 10.219/01, que criou o “Bolsa Escola”; Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 567985/MT. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de outubro de 2013). Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes haveria processo de “inconstitucionalização” a partir dessas leis (BRASIL, 2013c).

³⁴² Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AGRESP) nº 940616 Processo: 200700805340/SP Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 19 de junho de 2008 (BRASIL, 2008a).

1. É inviável o exame de tema novo trazido exclusivamente no agravo regimental, acerca da ilegitimidade passiva da União. Não obstante as condições da ação serem questões de ordem pública, cognoscíveis ex officio, é impossível enfrentar matéria não previamente questionada nas instâncias ordinárias.

2. O julgado regional reprochado foi proferido com base no conjunto probatório construído de forma idônea nos autos, o qual indicou expressamente a condição de miserabilidade do autor, requisito elementar à concessão do benefício assistencial. Portanto, a revisão deste quadro fático encontra óbice no Enunciado 7 da Súmula deste Sodalício.

3. *A comprovação da situação econômica do beneficiário e sua real necessidade não se restringem a hipótese do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que exige renda mensal familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois tal condição pode ser verificada por outros meios de prova.*

4. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento³⁴³. Destaques nossos.

Entrementes, no Supremo Tribunal Federal, seguindo a tendência, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo da Lei Orgânica da Assistência Social, todavia sem declaração de nulidade da norma³⁴⁴.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO E AO DEFICIENTE. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742 /1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742 /93 que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de

³⁴³ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AGRESP) nº 478379 Processo: 200201570690/RS Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 16 de março de 2006 (BRASIL, 2006a).

³⁴⁴ Considerando que a decisão se deu em controle difuso de constitucionalidade, sem edição de súmula vinculante, não se poderia impor ao INSS deixar de se utilizar do critério objetivo do art. 20, § 3º, da lei. Não obstante, parece urgente que o Congresso Nacional estabeleça outro critério legal, sob pena do Judiciário continuar a ser demandando sobre a questão e o INSS continue sendo condenado a pagamentos vultosos de benefícios assistenciais desde a entrada do requerimento em sede administrativa.

Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742 /1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. [...].

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º da Lei 8.742/93³⁴⁵. [...].

Na mesma senda de entendimento, o critério objetivo da renda *per capita* da família da pessoa ser inferior a ¼ do salário mínimo (Lei Orgânica da Assistência Social, artigo 20, § 3º) também já vem sendo desconsiderado pelo Judiciário para fins de cômputo e percepção de outro Benefício (seja de prestação continuada, seja de natureza previdenciária), senão vejamos:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. A finalidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência.

2. Nessa linha de raciocínio, *também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.*

3. *O entendimento de que somente o benefício assistencial não é considerado no cômputo da renda mensal per capita desprestigia o segurado que contribuiu para a Previdência Social e, por isso, faz jus a uma aposentadoria de valor mínimo, na medida em que este tem de compartilhar esse valor com seu grupo familiar.*

4. Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita *qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos,*

³⁴⁵ O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Por fim, não foi alcançado o *quorum* de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015.

*independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso*³⁴⁶. (destaques nossos)

Por analogia, não é considerada, no cômputo da renda família, a cota referente ao programa “Bolsa Família”:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. HIPOSSUFICIÊNCIA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. PERCEPÇÃO DE BOLSA-FAMÍLIA. EXCLUSÃO DA COMPOSIÇÃO DA RENDA FAMILIAR [...]

2. O benefício de prestação continuada é devido à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

3. A família com renda mensal per capita inferior a ¼ do salário-mínimo não é capaz de prover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/93). Contudo, o legislador não excluiu outras formas de verificação da condição de miserabilidade. Precedentes do STJ, da TNU e desta Corte.

4. *Outro benefício assistencial ou previdenciário, de até um salário-mínimo, pago a idoso, ou aposentadoria por invalidez de valor mínimo paga à pessoa de qualquer idade, não deverão ser considerados para fins de renda per capita; devendo-se excluir tanto a renda quanto a pessoa do cômputo para aferição do requisito (PEDILEF 200870950021545, Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJ 15/09/2009).*

5. Conclui o perito médico que, apesar de não haver dados suficientes para descrever a deficiência da autora, há como afirmar que ela não tem condições de ser enquadrada no mercado de trabalho e necessita de auxílio para o exercício das atividades do lar (fls. 64/65).

6. A autora reside com o marido e dois filhos menores. Consta nos autos que a renda familiar é composta pela percepção do Bolsa Família, no valor de R\$ 80,00 (fl. 29), pelos rendimentos do marido da autora, no valor de R\$ 80,00 (fl. 118), e pelas pensões alimentícias devidas aos dois filhos da autora nos valores de R\$ 212,98 e R\$ 112,49 (fls. 119/134).

7. *O Programa Bolsa Família foi criado pela Lei nº 10.836/2004 para apoiar as famílias mais pobres e garantir a elas o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde. Visa a inclusão social dessa faixa da população brasileira, por meio da transferência de renda e da garantia de acesso a serviços essenciais. A população alvo do programa é constituída por famílias em situação de pobreza ou extrema pobreza. As famílias extremamente pobres são aquelas que têm renda per capita de até*

³⁴⁶ Tribunal Nacional de Uniformização (TNU). Processo: Pet 7203 PE 2009/0071096-6, Relator(a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, 10 de agosto de 2011, Órgão Julgador: 3ª Seção (BRASIL, [s.d.]).

R\$ 70,00 por mês. As famílias pobres são aquelas que têm a renda per capita entre R\$ 70,01 a R\$ 140,00 por mês, e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças ou adolescentes entre 0 e 17 anos.

8. A renda familiar da autora, à época, era superior a um salário-mínimo. No entanto, a renda auferida pelo benefício do Bolsa Família deve ser excluída. Isso porque, a uma, se deve ser excluído o benefício assistencial e a aposentadoria da renda familiar, nos termos do art. 34 da Lei do Idoso, com mais razão deve ser excluído benefício que visa atender necessidade específica da família. A duas, o benefício de prestação continuada é mais benéfico. Sendo assim, cabe ao órgão responsável a verificação da permanência da autora no programa.

9. Apelação não provida³⁴⁷. (destaques nossos).

Em mais essa amostra de decisões, pela guia interpretativa da cláusula *pro misero*, ao direito jusfundamental mínimo deu-se primazia, conferindo ao cidadão mais do que sua saída da linha da miséria, mas acesso a padrão social mais elevado que realiza, no plano dos fatos, sua real dignificação.

5.1.5 O direito fundamental à habitação

No processo histórico de lutas sociais, o direito à moradia, ao lado do direito à alimentação, ressoa como item de primeira necessidade, associada à própria realização humana³⁴⁸.

Inclusive, essa percepção do imaginário social, parece-nos particularmente importante para fins de inclusão incontestável do direito à habitação dentre àqueles componentes do núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais.

A par disso, na perspectiva da Constituição Federal de 1988, a concepção de “função social” da propriedade ganhou relevo, havendo mesmo uma vinculação entre a fruição do direito e sua finalidade social e econômica³⁴⁹.

³⁴⁷Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível (AC) nº 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306. Relator: Desembargador: Francisco de Assis Betti. 2ª Turma. Brasília, 22 de agosto de 2012 (BRASIL, 2012b).

³⁴⁸ É íntima a conexão entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. Como sequela da exclusão social, o déficit habitacional e as moradias em áreas de risco são demonstrações reais do desnível a que estão submetidos os cidadãos brasileiros. No combate dessa realidade, podem-se citar os programas sociais “Minha Casa, Minha Vida” e “Minha Casa Melhor”. É de se salientar, em sintonia com a ideia aqui esposada, que o governo, na promoção das referidas políticas públicas de habitação, associa a conquista automaticamente à realização do “maior sonho de todo cidadão”.

³⁴⁹ O direito individual de propriedade encontra-se garantido pelo artigo 5º, inciso XXII da CF/88, pelo *caput* do art. 1.228 do CC/02 passando pela consagração da *livre iniciativa*

Delimitar o alcance do direito à habitação não é simples, existindo obstáculos não só de ordem normativa, mas de ordem prática que devem ser resolvidos e superados para efetivar genuinamente o direito à moradia digna para todos.

Demonstrando os embaraços gerados pelo atendimento do referido direito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando ação em que proprietários de uma área inserida num loteamento residencial buscavam reverter decisão administrativa da Prefeitura de Ribeirão Preto (que negara licença para edificar um prédio residencial, em virtude de ter sido aprovado por lei um "corredor comercial" para a região), argumentou que:

[...] não obstante a ausência de um plano diretor, a municipalidade agiu "dentro dos limites de sua autonomia, garantida constitucionalmente".

Ora, como é sabido, o direito de propriedade não é absoluto. Consoante preconiza a Carta da República, *a propriedade atenderá a sua função social*, inserindo-se nesse conceito o cumprimento dos ditames da *política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei*³⁵⁰.

Nesse exemplo, parece evidente que assegurar o direito social "habitação" não é só e necessariamente garantir habitação para todos; mas implica, como parte de seu conteúdo, a análise da sua função social, no caso, expressa pelo respeito à política de desenvolvimento urbano³⁵¹.

na ordem econômica em meio ao *caput* do art. 170 da Constituição Federal. A partir dessa formulação constitucional surgiram diplomas legislativos, tais como a Lei n. 4.132/62, que disciplinou as hipóteses de desapropriação por interesse social; a Lei Delegada n. 4/62, que previu a desapropriação por interesse social como forma de intervenção no domínio econômico; a Emenda Constitucional n. 10/64, tratando da hipótese de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária; o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), que estabeleceu os parâmetros para o cumprimento da função social da propriedade rural. Segundo Alberto Gosson: "Pela análise da evolução legislativa de nossas normas constitucionais até o estágio atual, depreende-se, sem muito esforço, que o direito individual de propriedade passa a estar irremediavelmente atrelado aos interesses da coletividade". (JORGE JUNIOR, 2004, p. 98-99)

³⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 178.836-4-SP, 2ª turma, trecho do voto do Min. Maurício Corrêa. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 20 de agosto de 1999 (BRASIL, 1999b).

³⁵¹ A respeito do caráter difuso das políticas públicas, pronunciaram-se José Afonso da Silva e Júlio César de Sá da Rocha: "O papel do Poder Público, tendo-se em vista a atividade urbanística, é o de garantir a função social da cidade, em conformidade com os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, os quais constitucionalizaram um capítulo destinado à política urbana. Erigiu-se como **valor fundamental o direito difuso à função social da cidade**, o qual, nos termos da doutrina "inclui o direito à vida com dignidade, à moradia, à alimentação, à saúde, à segurança, ao meio ambiente

Dos tantos assentamentos precários que nascem pelos milhares de bairros de todo o país³⁵², a ausência do Poder Público, durante um extenso período de tempo, fez eclodir um sem numero de ações judiciais, nos quais se deve equalizar, de um lado, o direito fundamental de habitação de inúmeras famílias assentadas e, de outro, o direito de propriedade do dono original³⁵³. E é na solução desse conflito que comparece, em auxílio, a orientação *pro misero*.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o colegiado deu prioridade a uma comunidade habitacional dotada de infraestrutura urbana em detrimento do direito dos proprietários do solo, considerando que:

[...] O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior do que a extensa favela, já consolidada, implica(ria) uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito³⁵⁴.

Pela guia da socialidade, ao aceitar a existência da favela como um fato consolidado há mais de vinte anos, dotada de água, iluminação pública e luz domiciliar, o acórdão apenas ratificou a realidade fática (JORGE JUNIOR, 2004, p. 15), pois a coisa reivindicada (o loteamento nu) não era mais concreta, nem mesmo existente. Era uma ficção. Os lotes de terrenos reivindicados e o próprio loteamento

ecologicamente equilibrado, de modo a garantir o bem estar de seus habitantes”. (grifou-se) (SILVA & ROCHA, [s.d.], p. 221 *apud* MANCUSO *in* MILARÉ, 2001, p. 711-712).

³⁵² O pesquisador português Boaventura de Souza Santos vivenciou, a partir do final da década de 1920, tal movimento. Com o estabelecimento de indústrias na região, o bairro do Jacaré – antes área de fazendas – passou a ser urbanizado e ocupado. É nesse período que a Favela do Jacarezinho surgiu no bairro. Segundo o pesquisador: “Ocupar os morros próximos às fábricas era a solução mais viável aos operários para evitar os gastos com moradia e transporte, uma vez que os salários recebidos eram insuficientes para arcar com todas as necessidades familiares. [...] A favela (surge como) um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro [...]” (SANTOS, 1988, p. 88).

³⁵³ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade. Muito embora a propriedade possa servir também como moradia ao seu titular, o direito à moradia é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios. Inclusive, dada a fundamentalidade material do direito à moradia, é possível que a habitação digna se sobreponha ao direito de propriedade. De fato, só a propriedade socialmente útil (isto é, que cumpre sua função social) deve ser constitucionalmente tutelada. (SARLET, 2003, p. 115-116).

³⁵⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8. Relator: Desembargador José Osório, 8ª Câmara Cível. Publicação 16 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994).

não passavam, a muito tempo, de mera abstração jurídica, sendo a realidade urbana coisa absolutamente diversa³⁵⁵.

Na mesma linha de entendimento, o tema "bem de família" há muito vinha sendo debatido nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, principalmente no que diz respeito à ampliação do instituto de proteção da moradia familiar ao imóvel de pessoas solteiras e solitárias³⁵⁶, bem como do devedor; proprietário de um único imóvel:

PENHORA. BEM DE FAMÍLIA ÚNICO. LOCAÇÃO.

Faz jus aos benefícios da Lei n. 8.009/1990 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, *utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.* (destaques nossos)³⁵⁷.

Da mesma forma, merecem proteção os bens que guarnecem o lar:

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. *O processo, como cedição, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social.*

II - *A Lei 8.009 /90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também*

³⁵⁵ Trecho do acórdão já citado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8. Relator: Desembargador José Osório, 8ª Câmara Cível. Publicação 16 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994).

³⁵⁶ Segundo a súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

³⁵⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0136589-44.2010.8.26.0100. Precedentes: 1- AgRg no Ag 385.692-RS, publicação em 19/8/2002, 2- REsp 315.979-RJ, publicação em 15/3/2004; 3- REsp 243.285-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, 26 de agosto de 2008 (BRASIL, 2008b).

aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

III - Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, (hoje LINDB) incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeioe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram, mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina. (destaques nossos) ³⁵⁸.

A priori, em convergência as ideias até aqui expendidas, é que o Supremo Tribunal Federal proclamou, a despeito da garantia voluntária, a impenhorabilidade do bem de família do fiador:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, artigos 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": Sua não recepção pelo art. 6º, C.F, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. [...]

A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI.

Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade.

Acontece que o art. 6º da C.F, com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." [...]

O bem de família a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio,

³⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 218882/SP - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 02 de setembro de 1999 (BRASIL, 1999a).

ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. [...]

Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000³⁵⁹.

À vista dos julgamentos, conquanto o direito fundamental à moradia, na maior parte dos casos, seja vigorosamente protegido, outros exemplos extraídos da jurisprudência pátria registram não só avanços, mas também retrocessos.

Prova disso são as decisões, tanto do STJ quanto do STF, que resistem à aplicação da teoria da inconstitucionalidade do inciso VII, artigo 3º da Lei 8.009/90 e chancelam a penhorabilidade do bem de família do fiador em prol do credor³⁶⁰; revelando como indispensável um maior investimento argumentativo à questão.

Precisamente nesses casos, é que a diretriz *pro misero* fornecerá o conteúdo e o padrão da proteção³⁶¹, afastando interpretações que suprimam ou esvaziem o referido direito e iluminando as mentes das autoridades judiciais no acesso e manutenção da habitabilidade; robustecendo, por fim, a eficácia e a efetividade do significado de ser cidadão.

³⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 352940, Recorrente: Ernesto Gradella Neto e Outra. Recorrido: Teresa Cândida Dos Santos Silva. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 25 de abril de 2005 (BRASIL, 2005).

³⁶⁰ Neste sentido, ver decisões do Superior Tribunal de Justiça: 1- REsp 539.982 - SE, 6ª Turma, STJ. Apelo desprovido; 2- Apelação Cível Nº 70009780271, 15ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 20/10/2004; 3- REsp 196.452/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 19/06/2000; 4- REsp 120.806/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 26/04/1999; 5- REsp 299663/RJ- 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Data do julgamento: 02.04.2001. Na mesma linha de entendimento, em 08 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 407688, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, reconhecendo a penhorabilidade do imóvel do fiador; em absoluto retrocesso social.

³⁶¹ Apesar de existir critérios internacionais qualitativos mínimos, estabelecidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a realidade concreta de “quem mora” e “onde mora” constitui premissa básica a ser considerada. Nesse sentido, foi editada a Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade que estabelece alguns critérios e regras de âmbito nacional, privilegiando, contudo, a esfera regional e, particularmente, a esfera local. (SARLET, 2003, p. 117).

6 CONCLUSÕES

Favorecer a parte socialmente “excluída”, naquilo que é lhe essencial, é tarefa das mais árduas. Isso porque, no meio de uma pluralidade de razões plausíveis, selecionar e dar prevalência a apenas uma delas pode proporcionar, segundo alguns, vantagens e privilégios censuráveis.

Inobstante, como resultado da imposição dos novos padrões interpretativos do Estado de Bem Estar Social insurgente, é que despontou o desenvolvimento de uma nova dogmática jurídica, tendo como principal foco a realização dos direitos sociais marcados pela existencialidade. A ela denominamos cláusula *pro misero*.

Do ponto de vista pragmático, a interpretação *pro misero* atua nos casos difíceis e na ponderação de bens colidentes e, embora só esteja atendendo o comando constitucional que defere preferência aos direitos fundamentais de cunho vital; a dogmática tradicional ainda melindra-se em adotá-la, seja porque muitas de suas soluções encontram-se fora do sistema, seja porque resultam de especificação gradual que eclode dos conflitos reais, fazendo parecer que se está diante de uma “justiça social nebulosa”.

Pelo estudo empreendido, pode-se verificar que a grande dificuldade de se aceitar as prerrogativas constitucionais das minorias reside no fato de que elas ainda não estão devidamente cultivadas e concretamente incorporadas à experiência cotidiana da democracia e da jurisdição brasileiras.

Como decorrência da travessia do Estado Democrático de Direito para o Estado de Bem- Estar Social, embora exista uma profusão de teorias que defendem a eficácia normativa dos direitos fundamentais sociais, a maioria dos teóricos permanece apegada aos modelos e princípios clássicos do legalismo administrativo, frustrando as legítimas expectativas constitucionais.

De outro lado, como consequência da principiologia adotada, grande parte dos estudos se volta para a teorização jurídica dos sobreditos direitos, restringindo-se ao seu âmbito normativo, sem se preocupar em examinar qual o mecanismo que os operacionalizam ou qual o motivo justificante das ações estatais que intentam realizá-los.

À vista da lacuna, observar as consequências globais das escolhas, incluindo a natureza das discussões envolvidas e a relação entre as pessoas parece ser não só questão de prioridade, mas diretriz de regência fundamental.

Inspirados pela hermenêutica constitucional da cláusula *pro misero*, ao se debruçar na análise dos casos concretos, os operadores do direito precisam, além de contemporizar regras, princípios e conceitos jurídicos indeterminados, construir, sob a adesão da maioria dos componentes sociais, a decisão mais justa e coerente com o sentido constitucionalmente albergado.

Nessa perspectiva, o próprio movimento neoconstitucionalista passou a reconhecer, na busca de sua contextualização histórica, articulados variados tais como a vedação do retrocesso social, a proibição de proteção insuficiente e de proibição de excesso, tencionando com isso favorecer a solução prática das questões postas e ampliar sua efetividade no agrupamento social.

Ainda como via representativa das mudanças sociais emergentes, a interpretação subsuntiva perdeu seu prestígio, passando o raciocínio jurídico a ser conduzido pela primazia da deliberação casuística. Eis que comparece, em auxílio, a metodologia tópica de Theodor Viehweg.

Admitindo que toda e qualquer ideia ou ponto de vista pode desempenhar papel relevante na solução das controvérsias, a metodologia tópica busca na complexidade da vida social a resposta mais adequada e proporcional para os casos concretos, colhendo do instrumental *pro misero* os contornos gerais apropriados à implementação fática do direito vitorioso.

Em função dessa nova ordem, admite-se inclusive, se assim for preciso, abandonar a aplicação unívoca e rigorosa das leis para assumir, em benefício dos reconhecidamente preteridos e marginalizados, atitude vanguardista que forneça, na integralidade, as prestações positivas capazes de propiciar mudança substancial no conjunto coletivo; papel que hoje é reservado, por sua autoridade e credibilidade, ao Poder Judiciário.

Protagonista na construção da semântica dos conflitos sociais, é na prática judicial que a interpretação *pro misero* tem seu desenvolvimento mais fecundo.

No enfrentamento das questões sociais, posto não se deva ignorar os custos das escolhas alocativas dos recursos públicos, tem os juízes salvaguardado os direitos sociais mínimos; dotando-os de força impositiva e precedência.

Nesse passo, pela análise dos julgados colacionados, viu-se que não só houve uma adequação dos parâmetros interpretativos à dimensão normativa da cláusula *pro misero*, mas se construiu uma barreira à atrofia das possibilidades de compreensão e resolução dos problemas, restando manifesto, em todos eles, a preocupação em conferir supremacia hierárquica à efetivação do mínimo existencial em detrimento das escolhas concebidas na programaticidade e neutralização dos valores sociais.

Por seu turno, ao potencializar a perspectiva comunitária do mínimo vital, a cláusula acabou também por obstacularizar as condutas atentatórias dos agentes públicos, bem como reprimir as omissões inconstitucionais e as realizações debilitadas das finalidades atribuídas pela Carta Excelsa aos poderes constituídos.

Em ilação, como se buscou demonstrar, a realização da justiça social, mesmo num ambiente de múltiplas alteridades, é possível e constitui meta a ser perseguida, despontando a interpretação constitucional da cláusula *pro misero* como proposta bem sucedida de sua real concretização.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. *Alexy, Robert*. In: BARRETO, Vicente Paulo (Coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 35.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. [s.l.]: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, "Theorie der Grundrechte". [s.l.]: Malheiros, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolhas**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Rafael Caiado. Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 138-157, out./dez. 2003.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000. p. 60.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed., 3.tir., São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Humberto Gomes de. Execução contra a Fazenda Pública. **Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva**, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, v.9, n.2, p. 72-180, jul./dez. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº1, p.25-26, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Themis** - Revista da ESMEC - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v.4, n.2, p.19, jul./dez. 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Proc. Geral**, Rio de Janeiro, n.57, p.306, 2003.

_____; _____. _____. *apud* ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, 1961.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Hermenêutica jurídica: a contribuição do pensamento de Peter Häberle no constitucionalismo democrático para a concretização dos direitos fundamentais pelos intérpretes da Constituição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 20, 21 e 22 de novembro de 2008, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF, 2008. p. 5135.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.409.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Trad. de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 4.ed. Brasília: Universidade de Brasília, [s.d.].

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 18.ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, página 490.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. **O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais: “princípios processuais civis na Constituição”.** Coordenado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli. [s.d.].

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014. 1988.

_____. Decreto Presidencial nº 7.492/2011, incluindo, dentre as iniciativas, ações na área alimentar. 2011a.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 53, inc. V. [s.d.].

_____. Lei de Diretrizes e Bases. Lei 9.394/96. Artigos 6º e 32. 1996.

_____. MDS.gov.br. Cadastro Único. Disponível em:
<<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/cadastrounico>>.

_____. Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013. 2013a.

_____. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AGRESP) nº 478379 Processo: 200201570690/RS Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 16 de março de 2006. 2006a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AGRESP) nº 940616 Processo: 200700805340/SP Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 19 de junho de 2008. 2008a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.081.636/SP, Recorrente: Sociedade Visconde de São Leopoldo. Recorrido: Samira Hassan Zoghaib Conde Ventura. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 26 de novembro de 2008. A inadimplência também não é justificativa para que a instituição de ensino se recuse a entregar o certificado de conclusão de curso ao aluno (REsp 913.917). [s.d.].

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 218882/SP - Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Brasília, 02 de setembro de 1999. 1999a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas". [s.d.].

_____. Superior Tribunal de Justiça: 1- REsp 539.982 - SE, 6ª Turma, STJ. Apelo desprovido; 2- Apelação Cível Nº 70009780271, 15ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 20/10/2004; 3- REsp 196.452/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 19/06/2000; 4- REsp 120.806/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de /04/1999; 5- REsp 299663/RJ- 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Data do julgamento: 02.04.2001. Na mesma linha de entendimento, em 08 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 407688, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, reconhecendo a penhorabilidade do imóvel do fiador; em absoluto retrocesso social. [s.d.].

_____. Superior Tribunal de Justiça. A aplicação da jurisprudência do STJ aos contratos escolares. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104488>. Acesso em: 21 jan. 2012c.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132, Arguinte: Estado do Rio de Janeiro (RJ), 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 05 jan. 2013. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, Arguinte: Partido Democratas (DEM). Arguente: CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CEPE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 de abril de 2012. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 558, Medida Cautelar. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Amicus Curiae: Associação Nacional dos Defensores Públicos– ANADEP. Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília 26 de março de 1993. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/Rio de Janeiro, Relatoria do Ministro Celso de Melo, Pleno, Diário da Justiça de 12.05.2000, página 20. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 567985/MT. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de outubro de 2013. 2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 352940, Recorrente: Ernesto Gradella Neto e Outra. Recorrido: Teresa Cândida Dos Santos Silva. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 25 de abril de 2005. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 178.836-4-SP, 2ª turma, trecho do voto do Min. Maurício Corrêa. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 20 de agosto de 1999. 1999b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 411518/SP. Requerente: Município de Santo André. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo (em favor de Graziela Moresi dos Santos). Relator: Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2006. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento 594101 SP, Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ticiano Nascimento de Souza e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de fevereiro de 2009. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 581352/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno. [s.d.].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 581352/AM, Proteção Materno-Infantil - Assistência à Gestante - Dever Estatal - Omissão Inconstitucional - Legitimidade do Controle Jurisdicional. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 de novembro de 2013. 2013d.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. [s.d.].

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno. [s.d.].

_____. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN, Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, Brasília, 14 de fevereiro de 2007, p. 21. No mesmo sentido: STF, SS 3145/RN, Suspensão de Segurança. Presidente Ministra Ellen Gracie, publicação 18 de abril de 2007, página 17. 2007a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ação Civil Pública nº 4.830/07. Autores: Ministério Público Estadual e Ministério Público do Trabalho. Réu: Município de Maceió-AL Juiz Fábio José Bittencourt Araújo. Maceió, 21 de março de 2007. 2007b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001584-59.2010.8.26.0582 Relator(a): Aroldo Viotti Comarca: São Miguel Arcanjo Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público São Paulo, 18 de julho de 2011c.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0016525-79.2010.8.26.0625 Relator(a): Aroldo Viotti Comarca: Taubaté Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público São Paulo, 25 de julho de 2011d.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0136589-44.2010.8.26.0100. Precedentes: 1- AgRg no Ag 385.692-RS, publicação em 19/8/2002, 2- REsp 315.979-RJ, publicação em 15/3/2004; 3- REsp 243.285-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, 26 de agosto de 2008b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8. Relator: Desembargador José Osório, 8ª Câmara Cível. Publicação 16 de dezembro de 1994. 1994

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70017717802, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Rio Grande do Sul, 11 de dezembro de 2006b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70042425249, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26 de maio de 2011e.

_____. Tribunal Nacional de Uniformização (TNU). Processo: Pet 7203 PE 2009/0071096-6, Relator(a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, 10 de agosto de 2011, Órgão Julgador: 3ª Seção. [s.d.]

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível (AC) nº 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306. Relator: Desembargador: Francisco de Assis Betti. 2ª Turma. Brasília, 22 de agosto de 2012. 2012b.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 494114 PE 0001775-82.2009.4.05.8302. Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Substituto). 4ª Turma. Publicação: 27 de maio de 2010. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REOMS 200538000128884, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quarta Turma, Publicação: 09 de abril de 2007 *in* Boletim Jurídico Emagis/trf4, 140, novembro/2013. Princípio da autonomia universitária X direito de acesso à educação, página 15. 2007c.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007 *apud* BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, nº 21, p.119-134, jul./set. 2005.

BRYCE. **La Republique Américaine**. Vol. 1. [s.l.:s.n.], 1900. p. 256 e ss.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.241.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. [s.l.]: W. W. Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. _____. 7.ed., 11. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.7, n.2, p.181, maio/ago. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Apostila do Curso de Pós-graduação de Filosofia de Direito I (Lógica Jurídica). São Paulo: PUCSP, [s.d.]. p. 46 *apud* JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. Coleção Professor Agostinho Alvim, São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Teresa Fonseca (organizadoras). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.110.

CHEHAD, Maria Campos Vasconcelos. **A construção do direito fundamental à alimentação adequada no Nordeste brasileiro**. 2009. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Programa de Pós-Graduação, Fortaleza.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA Sérgio Sérvulo da (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243 *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. **O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais: “princípios processuais civis na Constituição”**. Coordenado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Pacto de San José da Costa Rica. **Artigo 26**: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta das Organizações dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, *na medida dos recursos disponíveis*, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

COOLEY. **Constitutional limitations**. [s.l.:s.n.], 1903.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo: v. 29/79, p.108.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Direito Administrativo**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2003.

DAVI, Kaline Ferreira. O direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, p.2, dez.-jan.-fev. 2009.

DAVID, Held; MCGREW, Anthony. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites constitucionais do direito à saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Tese. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO EM PORTO DE GALINHAS, 34., 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/noticia/congresso_nacional_de_procuradores_de_estado_porto_de_galinhas_-_conheca_as_teses_paulistas_>. Acesso em: 16 fev. 2014.

DI NAPOLI Ricardo Bins. Moral e racionalidade: elementos da discussão entre Gauthier e Rawls. In: DUTRA, L. H.; MORTARI, C. A. (orgs.). Ética. SIMPÓSIO INTERNACIONAL PRINCÍPIA, 4., Parte 2. Florianópolis: NEL/UFSC. **Anais...** Florianópolis, [s.d.]. p. 173-194.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68 *apud* GRAU, Eros Roberto. **Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988**. 1990. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. Tópica e Jurisprudência. **Revista Eletrônica da Amatra XX**, Aracaju, n. 22, jan.-mar. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 187, set. 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Direito, Retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Legitimidade na Constituição de 1988. In: _____. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia - supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERRO, Rose Clair; LOURENÇO, Lucia Helena Silva Correa; ALMEIDA FILHO, Antonio José de. Panorama das políticas públicas no setor saúde e a enfermagem na década de 1980. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, EEAR/UFRJ, v.1, p.488, 1997.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREITAS, Joana Teixeira Mello. O desacordo moral razoável na sociedade plural do estado democrático de direito. **Revista USCS – Direito**, ano X, n. 17, p. 31-51, jul./dez. 2009

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Disponível em: <<http://cps.fgv.br/pt-br/desenvolvimento-humano>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio Paulo Meurer. 9.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALVÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção insuficiente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, p.93, maio/out. 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social - a experiência dos EUA Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e Supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Idem, ibidem*.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. Recientes aportes sobre los derechos fundamentales em Alemania. **Revista Pensamiento Constitucional**, Lima, ano 1, vol. 1, p.45-60, 1994 *apud* MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martins. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: ponderação Hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vols. 1 e 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: [s.n.], 1991.

_____. **Escritos de Direito Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSEN, Johannes. Filosofia dos valores. Tradução de Cabral de Moncada. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado, [s.d.]. p. 41-42 *apud* JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**, New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16.ed. Niterói: Impetus, 2011.

IKAWA, Daniela R. Hart. Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, n. 61, p. 113, 2004.

IORIO, Ubiratan Jorge. O direito "alternativo": in dubio pro Marx! **Banco de Idéias Instituto Liberal do RJ**, Ano XIII, nº 47, jun./jul./ago. 2009.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. [s.l.:s.n.,s.d.].

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. (Coleção Debates).

LANDMANN, Jayme **Medicina não é saúde: as verdadeiras causas da doença e da morte**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.].

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 29, p. 230-237, 1999.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Constituição e Política: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional. In: _____. **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, ano XVII, p.434, 2011

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad.: Alex Marins. São Paulo. Martin Claret, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol 1. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. [s.l.]: Elsevier Campus Jurídico, 2008.

MACHADO, Clara Cardoso, Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de Direitos Fundamentais. **Revista Governnet de Orçamento e Finanças**, nº 58, p. 133-146, fev. 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martins. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: ponderação Hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

MANZONI. L' ordinamento corporativo. [s.l.:s.n.], 1934, p. 121 *apud* VIANNA, Francisco José de Oliveira. Novos métodos de hermenêutica constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.72, p. 8 e 11, 1937.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHAL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967 *apud* FEDOZZI, Luciano. **Orçamento Participativo**: Observatório de Políticas Urbanas e Gestão Municipal (FASE/IPPUR) 2.ed. [s.l.:s.n.], 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTO Y PARDO, Ignacio. **Derechos Fundamentales Y Constitución**. [s.l.]: Civitas, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2012.

_____; _____. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book) *apud* CANARIS, Gustavo Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der Richter lichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. **Jus**, p.161, 1989.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Estampa, 2005.
MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERI, Marcelo Cortes. **Desenho e diminuição de pobreza associada ao Programa Cartão Família Carioca na cidade do Rio de Janeiro & Impactos dos incentivos na vida escolar**. Projeto da Secretaria da Casa Civil e do Instituto Pereira Passos (IPP). Fundação Getúlio Vargas – Centro de Pesquisas Sociais, [s.d.].

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do estado democrático de direito: um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade** - ESMARN - v. 14, n. 2, p. 09–28, jul./dez. 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria contemporânea do estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. Revista do Curso de Direito da Unifacs, Salvador, n. 108, jun. 2009 *apud* POSADA, Adolfo. **La idea pura del estado**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas Públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 8, nº 32, p. 226, abr./jun. 2008.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos: estado de derecho y Constitución. Tecnos, p.292, 1986 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Ação Popular Ambiental enquanto instrumento hábil a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. **Revista internacional de Direito e Cidadania (REID)**, n. 10, p.146, jun./set. 2011.

PINTO, Celi Regina Jardim. A democracia desafiada: presença de direitos multiculturais. **Revista USP**, São Paulo, nº 42, p. 56-69, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 167, jul./dez. 2008.

PORTUGAL. Acórdão nº 39/84. Tribunal Constitucional Português. Ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir a referida decisão. Relator Conselheiro VITAL MOREIRA In: **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, Lisboa, Imprensa Nacional, volume 3/95-131, p.117-118, 1984.

POSNER, Richard A. Teorias de regulação econômica. In: _____. **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: 34, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA Ailton Schramm de *et al.* **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. Coord.: Rodolfo Pamplona Filho & Nelson Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 2, v. 2, n. 2, p. 59, 2001.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais**: “princípios processuais civis na Constituição”. Coordenado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SAKO, Emília Simeão Albino. Os novos paradigmas do direito e o poder transformador da jurisdição. **Scientia Iuris** - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Uel, Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina (Uel), Londrina, p. 339, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, jun. 1997.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Revista de Informação Legislativa**, v.40, nº 158, p. 265-278, abr./jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. rev. atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do direito à moradia na Constituição de 1988. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v.3, n.5, p.107-141, jul./dez. 2003.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, jun. 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** - 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, p.163-206, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: LOBO, Ricardo Torres (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. Cadernos da Escola de Direito e das Relações Internacionais da UniBrasil, jan./dez. 2007.

SCHWARTZ, Germano; RACTZ, Juliana. O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas. **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas**, ano VI, nº 9, p. 157, nov. 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Versão em E-book.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. 3.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da; ROCHA, Júlio César de Sá da. Temas de direito urbanístico: políticas públicas e direito urbanístico – papel do Poder Judiciário e a ação civil pública. 2.ed. São Paulo: Ministério Público de São Paulo; Imprensa Oficial, [s.d.]. p. 221 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle das políticas públicas na Justiça do Trabalho. **B. Cient. da ESMPU**, Seção V - Temas Atuais, Brasília, a.7, n.27, p.243-267, abr./jul. 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. Atualizado até a EC n. 71, de 29 de novembro de 2012, e Súmula Vinculante 32, de 24-2-2011, além da atualização da jurisprudência do STF e demais Tribunais Superiores. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional do trabalho**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito constitucional econômico**, São Paulo: LTR, 2001.

_____. **Direito do trabalho e revisão constitucional**. Belém: CEJUP, 1993.

_____. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. 1.ed. São Paulo: LTR, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Saraiva: São Paulo, 2013. (Formato e-book).

_____. **O direito como universo hermenêutico**. 2011. Disponível em: <<http://artigojurisetjure.blogspot.com.br/2011/02/ricardo-mauricio-freire-soares.html>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais**. 2008. 110f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

SOUZA, Marcos Sampaio de. **O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8973>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

_____. O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador *apud* SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**, Madri: Aguilar, 1970.

_____. O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador *apud* LINS JÚNIOR, George Sarmento. Dignidade da pessoa privada de liberdade: proibição da tortura, tratamento desumanos e degradantes; LÔBO, Paulo Luiz Neto (Orgs.) *Liber Amicorum: homenagem ao professor doutor Antônio José Avelã Nunes*. Coimbra: Coimbra, 2009; BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEFANUTTO, Diego Hermínio Falavinha *et al.* **Das políticas públicas como instrumento de efetivação do direito fundamental à alimentação e a atuação do Judiciário neste contexto: direito, políticas públicas e sustentabilidade**. São Paulo: UNESP, 2011. (Temas Atuais - Cultura Acadêmica).

STRECK, Lênio Luiz. **A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A dupla face da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 97, mar. 2005a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b. SZYNWELSKI, Cristiane. Tópica Jurídica – solução ou problema? **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n.41, p. 67-73, p. 69, abr./jun. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direito Fundamental à Educação. **Anima Revista Eletrônica**, Curitiba, v.1, 1.ed., 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (coord.) **A cidadania multidimensional na era dos direitos**: teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino Português**. 2.ed. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

TRIBE, L. H. Democracy and distrust: a theory of judicial review. [s.l.:s.n.,s.d.]. p. 133 *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado até a EC n. 71, de 29 de novembro de 2012, e Súmula Vinculante 32, de 24-2-2011, além da atualização da jurisprudência do STF e demais Tribunais Superiores. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

USA. Supreme Court of the United States. William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States. 5 U.S. 137. February, 1803 Term. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional**: o direito à alimentação adequada - Direito humano à alimentação: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. Novos métodos de hermenêutica Constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.72, p.5, 1937.

VILAS-BOAS, Renata Malta. Hermenêutica jurídica: uma questão intrigante. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n.4, v.2, p.25, maio/ago. 2010.

WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. 13.ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 63-64 *apud* DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. **Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a pós-modernidade**: resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10701>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

WILLOUGHBY. **The Constitutional Law of the United States**. Vol. 1. [s.l.:s.n.], 1910.