



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito Público

LUCAS MARQUES LUZ DA RESURREIÇÃO

**A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS
DIRETOS SOCIAIS PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL**

Salvador
2012

LUCAS MARQUES LUZ DA RESURREIÇÃO

**A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS
DIRETOS SOCIAIS PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação elaborada sob a orientação do Professor Doutor Edvaldo Pereira de Brito e apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Mestrando: Lucas Marques Luz da Resurreição

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCAS MARQUES LUZ DA RESURREIÇÃO

A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Com muito amor no coração,
dedico este trabalho ao
meu saudoso avô
Warner da Ressurreição,
grande exemplo de
retidão de caráter.

AGRADECIMENTOS

Com satisfação, expresso minha imensa e eterna gratidão a todos que contribuíram decisivamente para a elaboração da presente dissertação.

Ao Senhor do Bonfim, por me fortalecer espiritualmente em momentos de verdadeira provação.

Ao meu orientador Professor Doutor Edvaldo Pereira de Brito, cujo privilegiado intelecto, aliado à didática e clareza de raciocínio, fizeram com que me sentisse um afortunado durante nossos encontros acadêmicos e atuaram de forma determinante para a construção das ideias esposadas no trabalho.

Ao Coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Professor Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, pela competência e dedicação demonstradas no exercício de suas responsabilidades acadêmicas.

Aos Professores Doutores Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora Minahim, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Ricardo Maurício Freire Soares e Rodolfo Pamplona Filho, pelo vital aprendizado que me proporcionaram nos inesquecíveis debates acadêmicos ao longo dos semestres letivos.

Ao Professor do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Doutor Fábio Periandro, por oportunizar-me uma enriquecedora experiência no exercício do tirocínio docente, nas suas turmas de Direito Constitucional.

Aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós Graduação em Direito, pela presteza e educação nos atendimentos.

Aos colegas mestrandos e doutorandos com os quais pude trocar experiências e extrair valiosas lições, por meio da convivência.

A minha esposa, Danniely Resurreição, companheira que, além de reunir em torno de si atributos que fazem com que me sinta o marido mais completo e bem-aventurado do mundo, deu fundamental contribuição na revisão do texto final. Com o seu amor e fiel apoio, tenho tranquilidade e força suficientes para enfrentar as missões mais desafiadoras.

Aos meus pais Carlos Eugenio Resurreição e Thelga Resurreição, pelo empenho dedicado a minha formação humana, sempre pautada em valores virtuosos sólidos, e pela constante presença na minha vida, ofertando-me um amor imprescindível, infinito e eterno.

A minha irmã, Fernanda Resurreição, a quem admiro pelo exemplo de garra e sucesso e com quem efetivamente posso contar.

Às minhas avós Gilda Resurreição e Helena Marques Luz, pelo amor de natureza maternal com que me acalentam desde a tenra idade.

Às minhas tias Ada Marques Luz e Fátima Resurreição, pelo carinho e atenção a mim sempre dispensados.

A ausência de qualquer dessas pessoas em minha vida pessoal e/ou acadêmica fatalmente implicaria num incontornável déficit na qualidade do resultado final do trabalho ora apresentado.

Por isso, meus sinceros e emocionados agradecimentos!

“Mas enquanto houver miséria,
enquanto houver Terceiro Mundo,
pode ter certeza, meu amigo,
que não haverá paz no mundo.”
Jorge Amado.

RESUMO

A presente dissertação versa sobre o papel crucial exercido pela Defensoria Pública na concretização dos direitos fundamentais sociais, por meio de um ativismo judicial adequado aos parâmetros constitucionais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, implementou-se formalmente no Brasil um Estado Constitucional de Direito, sob a vigência do paradigma jurídico neoconstitucionalista. Isso resultou conseqüentemente no reconhecimento da imprescindibilidade de concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais estão aqueles que detêm natureza social. Nesse sentido, consolidou-se a ideia de que as normas constitucionais, mesmo as que são revestidas de um teor programático, detêm eficácia jurídica. Assim, como o Estado possui o compromisso de garantir a aplicabilidade dos dispositivos da constituição, é seu dever tornar efetiva toda e qualquer norma constitucional programática definidora de direito social. E referida obrigação impõe um agir por parte do ente estatal, especialmente por meio da execução de políticas públicas. Ocorre que os órgãos políticos, quais sejam, Executivo e Legislativo, reiteradamente se quedam inertes, o que possibilita a válida atuação do Judiciário, com vistas a suprir essa omissão inconstitucional. Desta feita, as noções conceituais acerca da teoria da separação dos poderes devem ser atualizadas para um contexto hodierno, e questões referentes ao orçamento e à reserva do possível não devem servir de fundamento para eventual negativa estatal em adimplir o mínimo para a existência digna do ser humano. Ressalte-se, nessa linha, que o ordenamento jurídico constitucional preceitua ser da Defensoria Pública a incumbência de proteger gratuitamente os direitos básicos daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência social. Daí que o órgão defensorial, utilizando-se dos instrumentos processuais disponíveis, é apto a oferecer uma decisiva cooperação na materialização dos preceitos constitucionais, já que contribui para a substancial participação dos indivíduos na construção de uma decisão jurisdicional racional e válida. Nesse contexto, a atuação da Defensoria Pública corporifica judicialmente a teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas, visto que torna possível ao necessitado influir no decisório, através de um efetivo debate. Essa ação permite ainda a universal contribuição interpretativa nos moldes da sociedade aberta dos intérpretes, teoria preconizada por Peter Häberle. Por tudo isso, pode-se afirmar que a Defensoria Pública, agindo em prol daqueles que se encontram à margem da sociedade, acaba por disseminar cidadania e promover uma verdadeira inclusão social, reforçando assim os valores democráticos do Estado brasileiro preceituados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; políticas públicas; ativismo judicial; mínimo existencial; Defensoria Pública.

ABSTRACT

This dissertation is about the Office of the Public Defender's crucial role in achieving fundamental social rights through a judiciary performance that is adequate to constitutional parameters. Following the promulgation of its 1988 Constitution, Brazil saw the formal implementation of a Constitutional Rule of Law under a neoconstitutionalist legal paradigm. Subsequently, the realization of fundamental rights, among which are those of a social nature, were acknowledged as indispensable. Accordingly, the idea that constitutional provisions, even when imbued with programmatic content, hold legal effect became well established. Therefore, as the State holds the responsibility to ensure the applicability of constitutional provisions, it is its duty to make effective any and all programmatic constitutional provisions defining social rights. Said responsibility calls for action from government entities, especially by carrying out public policies. Political branches, however, namely the Executive and Legislature, frequently remain inert, thus compelling the Judiciary to validly act, in order to remedy this unconstitutional omission. On this account, conceptual notions regarding the separation of powers theory must be updated to a present-day context, and issues concerning the budget and the minimal conditions the State must provide should not be a pretext for the State's refusal to comply with the minimum of subsistence for human beings. Along these lines, it should be noted that the constitutional legal system posits that it is the Office of the Public Defender's incumbency to freely protect the basic rights of the weak parties. This defense body then, by using the available procedural tools, is able to decisively cooperate in the realization of constitutional provisions, given its contribution to substantial individual participation to achieve rational and valid court decisions. In this context, the Office of the Public Defender's actions judicially embody Jürgen Habermas's deliberative democracy theory, as they allow for those in need to influence rulings through effective debate. This also allows for the universal contribution of interpretation, in the frames of the interpreters' open society, a theory advocated by Peter Häberle. Due to all this, it can be stated that the Office of the Public Defender, by acting on behalf of those on the margins of society, ultimately fosters citizenship and promotes real social inclusion, thus strengthening the Brazilian State's democratic values provided for in its Constitution.

Keywords: Fundamental social rights; public policies; judiciary activity; minimum of subsistence; Office of the Public Defender.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB UM CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA	13
2.1 O neoconstitucionalismo	13
2.2 Os direitos fundamentais sociais	24
2.3 A eficácia das normas constitucionais	34
3 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS	50
3.1 As políticas públicas	50
3.2 A separação dos poderes estatais	54
3.3 O ativismo judicial	59
4 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS PELA VIA DE UM ATIVISMO JUDICIAL PAUTADO EM PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS	65
4.1 O orçamento	65
4.2 A reserva do possível	70
4.3 O mínimo existencial	78
4.4 A utilização do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade nas decisões judiciais	85
4.5 A argumentação democrática e racional das decisões judiciais	88
4.6 A aplicação da teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas no processo judicial e a Defensoria Pública	92
4.7 A sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle e a Defensoria Pública	96
4.8 A Defensoria Pública como instrumento de proteção e disseminação dos valores constitucionais relacionados a uma inclusão social	98
4.9 Os instrumentos judiciais utilizados pela Defensoria Pública para a realização dos direitos sociais	108
4.10 Decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal	112
5 CONCLUSÃO	130
Referências	133

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento do Estado Constitucional no Brasil, que se deu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o definitivo reconhecimento da importância dos direitos previstos como fundamentais para inclusão social e resguardo da dignidade da pessoa humana.

Isso porque esse nascente modelo estatal encontra-se embasado em um paradigma jurídico denominado neoconstitucionalismo, o qual propugna pela normatividade jurídica do texto da constituição, reforçando o aspecto valorativo e ressaltando a imprescindibilidade da concretização de seus preceitos, especialmente aqueles que estejam relacionados aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, afirma-se que a norma constitucional, além de existente e válida, é possuidora de eficácia jurídica devendo, por essa razão, ser plenamente efetivada pelos poderes constituídos, a fim de que o desiderato do constituinte seja plenamente obedecido.

Ocorre que a realização de alguns desses direitos, fundamentalmente os de natureza social, exige um agir por parte do ente estatal a fim de se realizarem, haja vista o caráter programático de que estão revestidos. Assim é que os direitos fundamentais sociais, por deterem natureza prestacional, são concretizados com a implementação de políticas públicas voltadas a cumprir com as finalidades sociais do Estado brasileiro.

A execução das políticas públicas, entretanto, é de incumbência precípua dos órgãos da seara política, isto é, Executivo e Legislativo, cujos membros são eleitos democraticamente para tanto, motivo pelo qual se indaga a respeito da possibilidade constitucional de o Judiciário atuar nessa área, tendo em vista a obrigatoriedade de ser preservada a teoria da separação dos poderes.

É daí que se impõe a necessidade da análise do conceito de ativismo judicial com suas especificidades e desdobramentos, afinal, a indevida omissão inconstitucional dos órgãos políticos deve ser suprida com o adequado controle jurisdicional.

E essa ação judicial deve ser intensificada quando da imperiosa necessidade de se efetivar dispositivos constitucionais relacionados aos desprovidos do mínimo para uma existência digna. Ressalte-se, nessa linha, que a Constituição Federal preceitua ser da Defensoria Pública a incumbência de proteger gratuitamente os direitos básicos desses carentes sociais, inclusive quando lesados pela inércia estatal em materializá-los.

Logo, a partir disso, a presente pesquisa científica detém a proposta de analisar a relevância crucial da atuação da Defensoria Pública na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais através de um válido ativismo judicial, com foco naquilo que se referir ao mínimo vital contra o qual será incabível ao Estado se furtar de adimplir, mesmo que pautado em alegações referentes ao orçamento e à teoria da reserva do possível.

Por óbvio, esse ativismo judicial deve se basear em critérios racionais e democráticos, no que se destaca a utilização da técnica da proporcionalidade/razoabilidade na solução das questões que se refiram aos direitos sociais, em que deve ser considerada como inescusável dever do Estado a execução de políticas públicas que atenda ao essencial para o locupletamento da dignidade da pessoa humana.

A atuação da Defensoria Pública, nesse contexto, possibilita a participação daqueles que se encontram à margem da sociedade, resultando num reforço dos valores democráticos, já que se oportuniza o acesso universal substancial à esfera judicial, o que contribui para a construção de um decisório adequado e voltado para uma real efetivação da Constituição.

Nesse sentido, a ação do órgão defensorial encontra dois importantes fundamentos teóricos. O primeiro refere-se à ideia de democracia deliberativa de Jürgen Habermas que, aplicada ao processo judicial, possibilita um diálogo ético entre as partes as quais, detendo o patrocínio material efetuado pela Defensoria Pública, estarão aptas a influir no teor do decisório. Já o segundo diz respeito à doutrina da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, cujo objetivo de obter uma efetiva abertura à interpretação pode ser alcançado através da atuação da Defensoria em favor dos direitos fundamentais de excluídos sociais.

Após analisadas todas essas vicissitudes, o trabalho irá tratar dos instrumentos aptos a perfectibilizar a busca da Defensoria Pública pela materialização dos direitos sociais constitucionais, o que se dará através de demandas individuais ou coletivas.

Com o intuito de esposar o entendimento jurisprudencial brasileiro a respeito dos temas abordados, serão analisadas ainda decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais indicam a direção progressista perseguida pela Corte em tempos hodiernos.

Dessa forma, intenta-se demonstrar, por meio desta pesquisa, a importância da Defensoria Pública na concretização dos direitos fundamentais sociais, o que poderá ser alcançado através de um viés judicial ativista destemido e coadunado com os valores e parâmetros constitucionais, em que será propiciada uma efetiva participação dos indivíduos na esfera do Judiciário. Daí a necessidade do fortalecimento humano e físico de uma

instituição que se direciona a disseminar os valores democráticos e de cidadania por toda a sociedade brasileira.

A fim de atingir os objetivos almejados, a dissertação foi organizada em cinco capítulos; nesse primeiro foram expostos os aspectos introdutórios; o segundo aborda questão inerente à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais sob um contexto neoconstitucionalista; o terceiro trata de temas que dizem respeito ao controle jurisdicional das políticas públicas em face da teoria da separação dos poderes; o quarto dispõe sobre a importância da atuação da Defensoria Pública na consolidação dos valores democráticos pela via de um ativismo judicial pautado em parâmetros constitucionais; e, por fim, o quinto traça uma conclusão geral acerca do que foi exposto ao longo de todo o trabalho dissertativo.

2 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB UM CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA

2.1 O neoconstitucionalismo

Até meados do século XX, ainda sob a influência dos ideais liberais do constitucionalismo moderno de fins do século XVIII, preponderava um pensamento jurídico pautado no denominado Estado Legislativo de Direito, em que se considerava a lei infraconstitucional o centro do ordenamento jurídico; logo, quando da análise da validade de uma norma, o que importava não era seu aspecto axiológico, mas sim o fato de haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa¹. Dessa maneira, as únicas fontes de legitimação do direito eram a lei e o princípio da legalidade².

Contudo, após atrozes acontecimentos cujo auge foi atingido durante a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que a humanidade chocou-se perplexa diante de escandalosos desrespeitos a valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, um novo modelo jurídico passou a se revelar em documentos constitucionais de alguns Estados³.

Isso porque os movimentos políticos e militares do Fascismo e do Nazismo, que haviam ascendido ao poder dentro do quadro de legalidade então vigente na Itália e na Alemanha, respectivamente, promoveram a barbárie em nome da lei, de modo que os principais acusados julgados em Nuremberg invocaram o cumprimento dos preceitos legais emanados da autoridade competente como mote balizador da tese defensiva de seus atos⁴.

Desta feita, a comunidade jurídica internacional deparou-se com a necessidade de efetuar uma urgente modificação na forma de pensar e interpretar o direito, passando a considerar a imprescindibilidade de mensurar a validade de uma norma jurídica não mais

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 9.

² FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 16.

³ Ricardo Maurício Freire Soares cita como exemplos a Itália (1947), com a criação da Corte Constitucional italiana (1956); Alemanha (1949), com o advento do Tribunal Constitucional Federal alemão (1951); Portugal (1976) e Espanha (1978). O Brasil se insere nesse novo contexto com a promulgação da Constituição Federal de 1988. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 77).

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 325.

apenas em seu aspecto meramente formal, mas, também, no tocante ao aspecto material ou de conteúdo.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, “a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido”⁵.

A partir daí se disseminaram ideais fundados num novo direito constitucional resultante de uma mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, consolidando, de acordo com Dirley da Cunha Júnior, uma passagem da lei infraconstitucional para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira e suprema norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de intensa carga valorativa⁶. Fazia-se necessário, então, propor alguma outra teoria que se adequasse às mudanças ocorridas na cultura jurídica⁷.

Nesse contexto, conforme afirma Santiago Ariza, um novo modelo teórico jurídico acabou se revelando em algumas constituições surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, com funções que se contrapunham ao papel que desempenhavam os textos normativos dentro do paradigma do constitucionalismo moderno, passando a representar, assim, uma proposta tendente a recompor a grande fratura existente entre democracia e constitucionalismo⁸.

Essa recém-inaugurada teoria jurídica recebeu a designação de “neoconstitucionalismo”, sobretudo após disseminação da obra intitulada *Neoconstitucionalismo(s)* organizada por Miguel Carbonell, jurista mexicano, e publicada na Espanha no ano de 2003⁹. Após, o mesmo autor ainda publicou outra obra também digna de destaque, em forma de coletânea, focada a analisar temas relacionados ao neoconstitucionalismo¹⁰.

⁵ Ibidem, p. 325.

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 10.

⁷ CAMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: Carbonell, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75-98.

⁸ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CABONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

⁹ CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁰ CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

Nesse sentido, a doutrina estrangeira¹¹, sobretudo a européia, forneceu importantes subsídios para os doutrinadores nacionais¹² na construção de conceitos que envolvem uma teoria sobre o neoconstitucionalismo.

Apesar de inexistir um conceito unívoco de neoconstitucionalismo, dada a multiplicidade de obras que versam a respeito do tema¹³, é possível encontrar pontos de convergência, possibilitando que sejam esposadas as primordiais características dessa teoria jurídica.

Assim, Gil Dominguez aponta alguns dos principais elementos do neoconstitucionalismo: caráter normativo ou força vinculante da Constituição; supremacia da Constituição no ordenamento jurídico; garantia judicial e presença de um denso conteúdo normativo, formado por princípios, direitos e diretrizes¹⁴.

Já Luigi Ferrajoli afirma que o Estado Constitucional de Direito, instituído num contexto neoconstitucionalista, caracteriza-se pelos seguintes aspectos: modificação das condições de validade das leis, visto que para além dos requisitos formais, ligados à produção legislativa, incorporam-se requisitos materiais, vinculados à coerência de seus conteúdos com os preceitos constitucionais; alteração do estatuto epistemológico da ciência jurídica, na medida em que a Constituição sobrepõe-se à lei, passando a regular não só procedimentos,

¹¹ Dentre os doutrinadores estrangeiros que contribuíram preponderantemente para a construção de conceitos envolvendo a teoria do neoconstitucionalismo, merecem destaque: Luis Pietro Sanchís (SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones**: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003); Andrés Gil Domínguez (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Neoconstitucionalismo e derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 2005); Santiago Sastre Ariza (ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel – org.. **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Editorial Trotta, 2003) e Miguel Carbonell (CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto, In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007).

¹² Dentre os doutrinadores nacionais que se destacaram na elaboração de definições envolvendo o neoconstitucionalismo, podemos citar: Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011); Ana Paula Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**: Direitos fundamentais. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007); Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008); Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE. George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009) e Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 131-150, 2010).

¹³ Cf. notas de rodapé n. 11 e n. 12.

¹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Neoconstitucionalismo e derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 2005, p. 18.

mas também aspectos relacionados aos conteúdos, envolvendo questões relativas aos direitos fundamentais; mudança do papel da jurisdição constitucional, tendo em vista que apenas a lei que seja formal e materialmente válida, estando em harmonia com os princípios constitucionais, deve ser aplicada, e subordinação das leis aos princípios constitucionais que introduzem uma dimensão social no que se refere à natureza da própria democracia, na medida em que ao representar um limite ao poder da maioria, também a completa¹⁵.

Em relação à enumeração dos pontos distintivos do neoconstitucionalismo, destaque-se, ainda, os posicionamentos de Luís Sanchís¹⁶ e Santiago Ariza¹⁷.

Humberto Avilla¹⁸, por sua vez, afirma que o neoconstitucionalismo possui como fundamentos essenciais: o normativo (das regras ao princípio); o metodológico (da subsunção à ponderação); o axiológico (da justiça geral à justiça particular) e o organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário)¹⁹.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 14-20.

¹⁶ Para este autor, o neoconstitucionalismo apresenta, em resumo, os seguintes marcos mais relevantes: “*más principios que reglas; más poderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica*”. (SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones: Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta: 2003, p. 117).

¹⁷ “*En mi opinión, las repercusiones más importantes que van a ocasionar estas Constituciones que aparecen en la segunda mitad del siglo XX tienen que ver sobre todo: 1) con su condición normativa garantizada y 2) con las características de su contenido. Con lo primero se alude a que el proceso de normativización de la Constitución logro superar todos los obstáculos (entre ellos se suelen citar la resistencia del principio monárquico, la concepción rousseauniana de la ley y la noción de Constitución del liberalismo decimonónico) y, finalmente, dejó de ser considerada una norma con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata. Con lo segundo se quiere subrayar que en estas Constituciones, en contra de las advertencias que hiciera Kelsen, se incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores. Estas disposiciones constitucionales presentan un amplio grado de indeterminación, destacando, principalmente, el tipo de vaguedad que ofrecen los conceptos esencialmente controvertidos (como por ejemplo dignidade, justicia, libertad y autonomía), que expresan un contenido con una fuerte carga valorativa difícil de precisar*”. (ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 240-241).

¹⁸ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva**, n. 21, ano 2010.2, p. 131-150, 2010.

¹⁹ Defendem posições coincidentes: Miguel Carbonell (CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007, p. 9-12); Luís Sanchís (SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones: Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta: 2003, p. 132) e Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 15).

Dessas ideias resultaram importantes repercussões, visto que a Constituição deixou de ser considerada como um conjunto de recomendações ou meras orientações para operar com normatividade jurídica e eficácia direta e imediata²⁰.

Também é inegável ter havido uma incorporação, pelas constituições, de conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes de elevado valor axiológico²¹, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, sendo admitida, dessa forma, uma aproximação entre o direito e o debate moral²².

A partir daí, apesar de não ter havido ruptura total entre as imaginárias linhas demarcatórias do direito e da moral, é inegável que as fronteiras entre os dois domínios tornaram-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento passou a incorporar, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça impregnados de forte conteúdo moral²³.

Essenciais os apontamentos trazidos por Ana Paulo de Barcellos que ordena as especificidades do neoconstitucionalismo em dois grupos principais: o primeiro compreende elementos metodológico-formais²⁴ e o segundo abrange elementos materiais²⁵.

Não menos relevante é a já clássica reconstituição objetiva, realizada por Luís Roberto Barroso, da trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, através da qual o neoconstitucionalismo é analisado sob três marcos

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op. cit., p. 78.

²¹ Ibidem, loc. cit.

²² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 17.

²³ Ibidem, loc. cit.

²⁴ “Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega. (...)” (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcel Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 44).

²⁵ “Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional”. (Ibidem, p. 45).

fundamentais: histórico²⁶, filosófico²⁷ e teórico²⁸. O autor define, então, o neoconstitucionalismo como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional²⁹.

Conforme se depreende dos posicionamentos doutrinários já esposados, o neoconstitucionalismo está umbilicalmente relacionado com a noção de supremacia constitucional, força normativa atribuída à Constituição, controle de constitucionalidade e valores materiais protegidos pela Carta Constituinte.

Daniel Sarmento aduz que após o trauma causado pelas barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial, as novas constituições europeias foram levadas a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais. Houve, de certa maneira, uma aproximação do sistema europeu com o sistema norte-americano.

Isso porque nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a constituição é autêntica norma jurídica referencial para o exercício de uma jurisdição constitucional. Já na Europa, as normas constitucionais, impregnadas de elevado teor axiológico, contêm importantes decisões substantivas que tratam de forma exaustiva de temas outrora não trazidos pelas constituições³⁰, preceituando valores e opções políticas

²⁶ “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, (...) com a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011).

²⁷ “O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização 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 idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (...) com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011).

²⁸ “No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (...) Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011).

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011.

³⁰ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 49.

fundamentais notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos prestacionais sociais e do bem-estar social³¹.

Por isso é que Andrés Gil Domínguez³² e Luis Prieto Sanchís³³ afirmam que o neoconstitucionalismo é resultado da convergência entre os modelos norte-americano e europeu, em especial o francês.

De fato, no denominado Estado Constitucional de Direito, paradigma jurídico florescido do neoconstitucionalismo³⁴, ideais advindos da tradição americana (supremacia da Constituição e garantia constitucional) se imbricam com os valores construídos pela tradição europeia (programas direcionados a uma transformação social)³⁵.

Constrói-se, dessa forma, um modelo de Estado que direciona os órgãos constituídos a efetivarem os valores declarados no documento constituinte, razão pela qual caberá ao Poder Judiciário a incumbência de suprir eventuais omissões dos Poderes que exercem funções de natureza política (Executivo e Legislativo).

Daí porque o foco, nesse momento, dirige-se ao Poder Judiciário que passa a exercer um papel fulcral para um efetivo cumprimento dos preceitos constitucionais democráticos³⁶.

Por evidente, o neoconstitucionalismo, ao defender uma Constituição fundada em termos axiológicos, pautada em princípios e marcada pela incidência de direitos fundamentais, preconiza um ativismo judicial legitimado através de uma argumentação

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 11.

³² “(...) a un certo modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales, las cuales tradicionalmente han transitado caminos separados: la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció Constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos e arroja como consecuencia un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, y dota así al Poder Judicial de la última palabra en cuestiones controvertidas”. (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Neoconstitucionalismo e derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editoria, 2005. p. 18).

³³ “El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones [Estados Unidos] se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador (...). De la segunda tradición [Francia] se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces”. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 109-110).

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit.

³⁵ “Constituciones garantizado sin contenido normativo y las constituciones, con un contenido normativo más o menos densa, pero no está garantizada. En cierto modo, este es el dilema que resuelve el neoconstitucionalismo, apostando por una combinación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas”. (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 128).

³⁶ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 20-21.

decisória racional e apoiada nos princípios constitucionais que, por sua vez, detêm forte carga ética e moral³⁷.

Logo, a atuação jurisdicional em segmentos políticos, num contexto neoconstitucionalista, é, antes de uma possibilidade, verdadeiro mandamento constitucional que tem por intento garantir e promover os direitos fundamentais, em especial os de natureza social.

Ocorre que a ação do Judiciário em searas antes atribuídas exclusivamente aos órgãos políticos gera um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia³⁸.

Entretanto, a atuação jurisdicional deve ter por finalidade oportunizar, em verdade, a almejada participação democrática nos processos decisórios, de forma a proporcionar, com isso, uma efetiva inclusão social³⁹. Dessa maneira, atuando como fiador dos valores democráticos preceituados pela Constituição, o ativismo judicial encontra substrato teórico fértil⁴⁰.

Daí a importância de que sejam fortalecidas instituições garantidoras dos valores fundamentais abstraídos do neoconstitucionalismo, com destaque para a Defensoria Pública, órgão previsto pela Constituição Federal de 1988 como fundamental para efetivação dos direitos fundamentais dos necessitados⁴¹.

Há de ser ressaltado, ainda, que a atuação judicial, ao utilizar uma interpretação extensiva e abrangente da constituição, deu origem ao fenômeno da constitucionalização do direito, que envolveu a ampliação da influência dos preceitos constitucionais sobre todo o ordenamento, fazendo com que fossem adotadas novas leituras de

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

³⁸ “Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a certeza, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 78-79).

³⁹ Cf. tópico n. 4.6.

⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). op. cit.

⁴¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

normas e institutos nos mais variados ramos do direito⁴². A esse respeito, são valiosas as lições de Ricardo Guastini⁴³, Dirley da Cunha Júnior⁴⁴ e Luís Roberto Barroso⁴⁵.

Diante do exposto, pode-se afirmar, com amparo na doutrina de Daniel Sarmento, que há consenso no novo paradigma quanto aos seguintes aspectos: atribuição de força normativa aos princípios; adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na interpretação constitucional, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; reconhecimento da importância axiológica dos direitos fundamentais e, por fim, defesa da constitucionalização do direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição⁴⁶.

Contudo, conforme preleciona Miguel Carbonell⁴⁷, a teoria do neoconstitucionalismo não se encontra consolidada.

Isso porque a cultura positivista pautada num Estado Legalista de Direito se perpetuou durante aproximadamente dois séculos, enquanto que a inauguração do Estado

⁴² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

⁴³ O autor define constitucionalização do direito como sendo o processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente impregnada pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais. A partir daí, é apresentada uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da Constitucionalização do direito: 1) a existência de uma constituição rígida; 2) garantia judicial da constituição; 3) força normativa da constituição; 4) sobreinterpretação da Constituição; 5) aplicação direta das normas constitucionais; 6) interpretação das leis conforme a constituição; 7) influência da constituição sobre as relações políticas. (GUASTINI, Riccardo, “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano”. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49).

⁴⁴ Esse autor afirma que o fenômeno da constitucionalização do direito exige uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica e surge no momento em que os valores constitucionais se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existências mínimas dignas das pessoas. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 11).

⁴⁵ “O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziu-o ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004).

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 49.

⁴⁷ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el constitucionalismo. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 11.

Constitucional de Direito é algo ainda recente, implantado por Constituições promulgadas em fins do século XX, tendo ponto inicial, no Brasil, o ano de 1988⁴⁸.

Faz-se necessário, desta feita, romper com o paradigma positivista⁴⁹ bicentenário, algo que exige esforço e dedicação hercúleos por parte dos teóricos da ciência jurídica constitucional.

Ora, num contexto neoconstitucionalista, não se pode considerar a Constituição como uma mera folha de papel⁵⁰. Ao contrário, as normas constitucionais detêm, conforme defende Konrad Hesse⁵¹, uma força normativa própria que vincula, inclusive, os poderes constituídos, devendo, por isso, ser concretizada ou materializada.

Observa-se, então, a necessidade de se consolidar a mudança paradigmática, conforme preleciona Santiago Sastre Ariza⁵², razão pela qual se mostra imprescindível a aplicação da teoria do paradigma dominante de Thomas Kuhn⁵³ para o caso em análise. De fato, para este autor, os paradigmas dominantes acabam por determinar e orientar as pesquisas da denominada ciência normal, vinculando o cientista a se guiar pela corrente reinante de pensamento, inadmitindo, dessa forma, qualquer outra via alternativa de conhecimento⁵⁴.

A condição para o surgimento de uma nova tese, de uma nova teoria, de um novo paradigma é o enfraquecimento e posterior rejeição do paradigma dominante, ou seja, na

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

⁴⁹ Em relação ao período positivista, Paulo Nader destaca: “O positivismo despreza os juízos de valor, para se apegar apenas aos fenômenos observáveis. (...) Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um ideal irracional acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omite em relação a valores”. (NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 384).

⁵⁰ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁵² “*Sin duda, las innovaciones que el neoconstitucionalismo ha ocasionado en el Derecho y, por tanto, también en la manera de afrontar su estudio, permiten que se pueda afirmar que estamos en presencia de un nuevo paradigma (con toda la fuerza kuhniiana del término) que se podría denominar el paradigma constitucionalista del Derecho*”. (ARIZA, Santiago Saster. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 246).

⁵³ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

⁵⁴ “A ciência normal, atividade que consiste em solucionar quebra-cabeças, é um empreendimento altamente cumulativo, extremamente bem sucedido no que toca ao seu objetivo, a ampliação contínua do alcance e da precisão do conhecimento científico. Em todos esses aspectos, ela se adequa com grande precisão à imagem habitual do trabalho científico. Contudo, falta aqui um produto comum do empreendimento científico. A ciência normal não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem sucedida, não as encontra. Entretanto, fenômenos novos e insuspeitados são periodicamente descobertos pela pesquisa científica; cientistas têm constantemente inventado teorias radicalmente novas. O exame histórico nos sugere que o empreendimento científico desenvolveu uma técnica particularmente eficiente na produção de surpresas dessa natureza”. (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 77).

ocasião em que o paradigma não se preste mais a solucionar os problemas que se põem a sua frente, funcionando de maneira defeituosa, eclode uma crise, momento em que o cientista passa a buscar novas explicações, novos princípios, novas teorias, o que resulta numa reconstrução da ciência, numa reestruturação da própria investigação, fato denominado de revolução científica⁵⁵.

Assim, sobre a ocorrência de crise na seara jurídica, Orlando Gomes afirma que, não sendo a história estática, “cada conjuntura gera novas situações, nas suas entranhas, como se o tempo, na sua marcha incansável, estivesse a conceber, continuamente, a sua mesma renovação, sucedendo-se a si próprio, num movimento perpétuo de fenecer e desabrochar”⁵⁶, e é “nessas fases que o cunho funcional do direito se revela com maior nitidez”⁵⁷.

Diante disso, poder-se-ia afirmar que o neoconstitucionalismo traz consigo a ideia de mudança paradigmática no contexto jurídico, tendo em vista a transição do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito.

Por essa razão é que hodiernamente o jurista não pode olvidar das conseqüências advindas desse novo paradigma do direito, dentre as quais merece destaque o reconhecimento da imprescindibilidade da efetivação dos direitos fundamentais sociais, com a disseminação de cidadania e promoção de inclusão social.

E isso poderá ser alcançado com o fortalecimento de instituições que atuem incumbidas desse desiderato, com destaque para a Defensoria Pública que, ao viabilizar “a defesa jurídica daquela parcela da população menos favorecida, assegurando a aplicação e concretização dos direitos fundamentais”⁵⁸, torna-se um dos mais relevantes produtos do neoconstitucionalismo no Brasil⁵⁹.

Dessa maneira serão analisados, a seguir, alguns aspectos essenciais atinentes aos direitos fundamentais de natureza social.

⁵⁵ “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”. (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 116).

⁵⁶ GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Brasil, 1955, p. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁸ RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. A atuação da Defensoria Pública sob o prisma do neoconstitucionalismo. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 37-53, jul./dez., 2011.

⁵⁹ *Ibidem*.

2.2 Os direitos fundamentais sociais

A Constituição Federal de 1988 detém forte caráter dirigente⁶⁰, visto que, inspirada no ideal programático, delineia um modelo estatal que possui como peculiar característica um viés intervencionista voltado ao bem-estar social⁶¹.

De fato, o Estado Constitucional de Direito, florescido no Brasil com a promulgação da nova ordem jurídica, propiciou a conciliação entre a tradição norte-americana, pautada na supremacia constitucional, e a europeia, baseada na busca pela transformação social⁶².

Logo, é possível afirmar que, além de possuir natureza de suprema normatividade, o texto constitucional brasileiro intenta promover e disseminar valores relacionados a uma inclusão social. É nesse último sentido, de Estado prestador e intervencionista, que se entende não se admitir mais a inércia ou abstenção contemplativa estatal⁶³, especialmente quando em jogo valores fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana.

⁶⁰ A expressão ‘Constituição Dirigente’ (*dirigierende Verfassung*) foi elaborada, originalmente, por Peter Lerche (STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da constituição dirigente - adequada a países de modernidade tardia. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 52). Contudo, a concepção atual dada ao termo foi esposada por José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994) e, não obstante o autor ter decretado, na 2ª edição da referida obra, a morte da Constituição Dirigente, admitiu, após – em participação, via videoconferência, na I Jornada de Estudos sobre Constituição Dirigente em Canotilho, coordenada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e realizada entre os dias 21 e 22 de fevereiro de 2002 no hotel fazenda Cainã, município de São Luís do Purunã – que, em verdade, a Constituição Dirigente não morreu, existindo sempre enquanto for historicamente necessária. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67 e 69). De fato, conforme observa Ricardo Maurício Freire Soares, o “Poder Constituinte pátrio optou por um modelo de constitucionalismo dirigente, a ser implementado por um Estado intervencionista no campo econômico-social (arts. 1º e 3º), além da Carta Magna, no art. 5º, §1º, estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aqui englobando todas as normas de direitos fundamentais, inclusive aquelas que regulam os direitos sociais, e não somente as que tratam dos direitos individuais dos cidadãos”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 147).

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

⁶² SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones**: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta: 2003, p. 109-110.

⁶³ BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: desenvolvimento econômico, bem-estar social. São Paulo: Saraiva: 1982, p. 22.

Ainda, atribuir cunho dirigente à Constituição significa condicioná-la a estabelecer programas, diretrizes e finalidades sociais⁶⁴ compelindo o Estado a concretizá-los através da implementação de políticas públicas, de modo que, em caso de conduta omissiva indevida, poderá haver, após provocação dos destinatários eventualmente lesados, uma devida proteção judicial⁶⁵. Daí ser necessário analisar pormenorizadamente os direitos fundamentais sociais, os quais, além de integrar o núcleo constitucional essencial e irreduzível prescindem, para uma real efetivação, da prestação estatal⁶⁶.

Ricardo Maurício Freire Soares assinala que os direitos sociais despontam no início século XX como consequência da crise dos Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX que – ao propugnarem por uma mínima intervenção estatal, partindo da premissa de que as “condutas particulares dos agentes econômicos, garantiriam a distribuição equânime das riquezas na sociedade”⁶⁷ – trouxeram um aumento em progressão geométrica da miséria de um número significativo de pessoas, agravando sobremaneira a situação de desigualdade social existente.

Diante desse contexto, tornou-se premente a ingerência do Estado, relativizando os dogmas outrora absolutos do liberalismo, tendo em vista a realização da justiça social. Deu-se então a progressiva substituição do Estado “de índole liberal-burguesa por um verdadeiro estado-intervencionista”⁶⁸ que passaria a ter a incumbência de “corrigir os abusos do poder econômico e proteger os cidadãos mais desfavorecidos”⁶⁹, mediante a implementação de políticas públicas relacionadas à concretização dos direitos sociais⁷⁰. A liberdade que oprimia cedia lugar para a intervenção que libertaria⁷¹.

Destacam-se desse período as Constituições do México de 1917 e da Alemanha (Weimar) de 1919, as quais trouxeram a consagração dos direitos de natureza social. No

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 12.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 39.

⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66-67;70-72.

⁶⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. A ordem constitucional econômica: balanço dos 20 (vinte) anos de vigência da constituição brasileira de 1988. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 281-284.

⁶⁸ Ibidem, loc. cit.

⁶⁹ Ibidem, loc. cit.

⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

⁷¹ BRITO, Edvaldo. op. cit., p. 19.

Brasil, a matéria debutou na Constituição de 1934, estando presente em todas as Cartas constitucionais a partir daí, inclusive na de 1988⁷².

Os direitos sociais são inegavelmente fundamentais⁷³. Afinal, partindo-se da ideia de que os direitos fundamentais “são todos aqueles que são constitucionalmente assegurados”⁷⁴ e/ou “que visam proteger, assegurar e implementar ou promover a dignidade da pessoa humana”⁷⁵ tem-se que os direitos sociais, previstos expressamente no Título II da Constituição Federal de 1988 e focados à realização plena da dignidade humana, atendem respectivamente tanto ao aspecto formal quanto ao aspecto material do conceito. Além disso, nos moldes da atual ordem constitucional⁷⁶ são ainda imediatamente aplicáveis⁷⁷ e protegidos sob o manto da cláusula pétrea⁷⁸.

⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 742.

⁷³ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 347). Em sentido contrário, isto é, negando fundamentalidade aos direitos sociais, Ricardo Lobo Torres dispõe: “Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam de *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos”. De acordo com o referido autor, a jusfundamentalidade se reduz ao denominado mínimo existencial. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 130).

⁷⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 27-28.

⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁶ “Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...) Art. 60 (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁷⁷ Ricardo Maurício Freire Soares defende que os direitos sociais são plena e imediatamente aplicáveis, visto que “a dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, inclusive individuais, só se realizam plenamente com o reconhecimento da aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 147). Em sentido contrário, João Pedro Gebran Neto afirma não ser o § 1º do art. 5º aplicável aos direitos sociais. (GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

⁷⁸ Em concordância, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que “(...) por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4.º, IV, da CF. Que uma exegese cingida à interpretação literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente.” Sendo assim, os “direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4.º, IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos na nacionalidade e cidadania (direitos políticos)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 223). Já Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em sentido inverso, adotam um entendimento que atribui ao art. 60, § 4º um caráter restritivo, somente abrangendo os direitos individuais excluindo, dessa maneira, os sociais, políticos e difusos. (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009).

Quanto à evolução histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais, Karel Vasak, em 1979, numa aula inaugural proferida para o Instituto Internacional de Direitos Humanos, promoveu uma célebre distinção, classificando-os em direitos de primeira, segunda e terceira geração⁷⁹ pautando-se sucessivamente no lema da revolução francesa, qual seja *'liberte, égalité et fraternité'*⁸⁰.

Nesse sentido, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto, os direitos fundamentais de primeira geração, direitos civis e políticos, sobrevieram amparados no ideal “da liberdade individual e política”⁸¹ marcados pela “ausência do Estado das questões individuais”⁸². Já os direitos de segunda geração surgem como resposta “à agudização das desigualdades sociais”⁸³. É nessa categoria que se enquadram os direitos sociais, tais como o direito à saúde, educação, moradia e assistência social. Por fim, a “explosão demográfica impôs a preocupação pela qualidade de vida, ensejando o aparecimento da terceira geração de direitos”⁸⁴, quais sejam, os de natureza difusa, tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Discorrendo a respeito do surgimento de uma geração posterior, citado autor observa por fim que “as demandas da coletividade em prol do respeito às minorias possibilitou o surgimento dos direitos de quarta geração”⁸⁵ que seriam aqueles relacionados à defesa das minorias ou ainda “os direitos humanos, a democracia, ao pluralismo, e à informação”⁸⁶.

Certo é que, conforme afirma Robert Alexy, “o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas”⁸⁷, ou seja, os direitos fundamentais possuem múltiplas funções que foram examinadas por Georg Jellinek⁸⁸ e resultaram na elaboração de uma teoria segundo a qual os direitos fundamentais asseguram

⁷⁹ Dirley da Cunha Júnior ressalta que, “para alguns autores, a expressão gerações de direitos é equivocada, circunstância que os anima a propor com vantagem e lógica a expressão ‘dimensões’ de direitos, segundo o argumento de que o termo gerações ‘pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra’ quando na verdade o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais é marcado pela complementariedade ou cumulatividade”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202-219).

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562-563.

⁸¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 602-603.

⁸² Ibidem, loc. cit.

⁸³ Ibidem, loc. cit.

⁸⁴ Ibidem, loc. cit.

⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

⁸⁶ Ibidem, loc. cit.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254.

⁸⁸ JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subiettivi**. Tradução italiana. Milano: Giuffrè, 1982 apud MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 41-42.

aos indivíduos diversas posições jurídicas em face do Estado, posições estas que qualificam o sujeito e recebem a designação de *status*⁸⁹.

Nesse diapasão, o *status* negativo (*libertatis*) corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais asseguradas em face do Estado, “permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão”⁹⁰; o *status* passivo (*subjectionis*), ao contrário do *status* negativo, “coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações”⁹¹; o *status* positivo (*civitatis*), por sua vez, “permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado estará obrigado a realizar”⁹²; por fim, o *status* ativo (*activus*) é aquele “pelo qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal”⁹³, como é o caso dos direitos políticos.

Como exigem uma prestação estatal⁹⁴ para sua efetivação, os direitos fundamentais sociais se encaixam na categoria de *status* positivo. Conforme dispõe Gilmar Ferreira Mendes, a ação obrigatória do Estado imposta pelo direito à prestação refere-se a uma prestação jurídica de índole normativa ou material denominada prestacional em sentido estrito que consiste na entrega efetiva do bem ou serviço pelo ente estatal, com vistas a atenuar a desigualdade da sociedade⁹⁵.

Nessa linha, Andreas Krell sustenta que os direitos sociais “como direitos fundamentais – não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”⁹⁶. Trata-se de uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos⁹⁷ para a satisfação das necessidades

⁸⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 133.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 41-42.

⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁹² *Ibidem*, loc. cit.

⁹³ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos são essencialmente prestacionais, mas nem sempre, citando como exemplo de direito social não prestacional a liberdade sindical. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 233-234).

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 257-258.

⁹⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19.

⁹⁷ Ana Cristina Costa Meireles conceitua direito subjetivo como a “situação jurídica em que se encontra um sujeito a quem é devida uma prestação por outro. Prestação, aqui, há de ser entendida como uma conduta de dar, fazer ou não fazer”. (MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 375). De acordo com Lívia Regina Savergnini Bissoli Lage, os direitos sociais poderão se apresentar

humanas⁹⁸.

Com efeito, Robert Alexy observa que da vinculação do Estado aos objetivos constitucionalmente determinados emerge um direito a ações positivas, o qual possibilita exigir daquele o cumprimento de suas obrigações⁹⁹. Dessa maneira, adotando um conceito amplo de prestação, afirma o referido autor que “todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo”¹⁰⁰. E constituindo importante parte daquilo que se denomina de direitos a prestações, estão aqueles que são considerados prestacionais por excelência, quais sejam, os direitos sociais¹⁰¹.

Robert Alexy divide os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos¹⁰², a saber: “(1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito”¹⁰³.

Os direitos a proteção são “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”¹⁰⁴ abarcando os mais diferentes bens jurídicos, a exemplo da vida, da liberdade, da dignidade e da propriedade¹⁰⁵. Nessa esteira, Ana Cristina Costa Meireles observa que dos deveres de proteção “extraem-se

como direitos subjetivos individuais ou metaindividuais (coletivos). (LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 156).

⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 559.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433-434.

¹⁰⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁰¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁰² Conforme esclarece Ana Cristina Costa Meireles, Robert Alexy formula essa classificação embasado, prioritariamente, em direitos da liberdade que são os que constam, em sua maioria, na Lei Fundamental da Alemanha. Afinal, se “os direitos a ações negativas representam uma forma de não impedir que alguém frua de seu direito, os direitos a ações positivas do Estado são direitos para tornar possível o exercício dessa fruição e, portanto, da liberdade”. Logo, os “direitos a ações negativas garantem a liberdade formal; os direitos a ações positivas objetivam, de uma forma geral, garantir a liberdade real”. Considerando, assim, que o Tribunal Constitucional Federal alemão formulou uma enorme gama de direitos a prestações, com base na constatação de que o direito de liberdade careceria de valor sem a possibilidade real de poder a ele recorrer, de forma que um direito de liberdade não pode ser interpretado somente como direito de defesa, em respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, conclui-se que o esquema formulado é aplicável, com as devidas adaptações, aos direitos sociais enunciados no art. 6º da Constituição Federal de 1988. (MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 393-394). No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior afirma os direitos a prestações surgem para que o Estado proporcione as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto das liberdades. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162).

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.

¹⁰⁴ Ibidem, op. cit.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 450.

direitos subjetivos dos cidadãos a exigirem do Estado providências normativas, administrativas e materiais para salvaguardá-los da atuação lesiva de terceiros”¹⁰⁶.

Já os direitos a organização e procedimento, segundo o autor, “podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais”¹⁰⁷. No primeiro caso, isto é, quanto aos direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, o destinatário é o legislador. Já no segundo caso, como direitos a procedimentos como proteção jurídica efetiva, o destinatário é o Poder Judiciário¹⁰⁸.

Os direitos a organização e procedimento podem ser dirigidos também à Administração¹⁰⁹, responsável, por excelência, pela implementação das políticas públicas. Em todos os casos visa-se realizar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais por meio do próprio funcionamento das organizações e garantia dos procedimentos, o que traz robusto argumento para o reconhecimento de um direito subjetivo à organização e procedimento¹¹⁰.

Tais são direitos que dependem, para uma concretização, conforme dispõe Dirley da Cunha Júnior, “tanto de providências do Estado com vistas à criação de órgãos, como de medidas fadadas a ordenar a fruição de certos direitos ou garantias, como aquelas de natureza processual-constitucionais”¹¹¹ sendo exemplo dessas últimas os “direitos do acesso à justiça”¹¹². É nesse diapasão que o referido autor afirma existir, no Brasil, um direito subjetivo à instituição e organização das Defensorias Públicas¹¹³, tendo em vista a previsão da norma constitucional que compele o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados¹¹⁴. Afinal, será a partir de uma devida organização e adequado funcionamento da Defensoria Pública que os direitos sociais serão devidamente realizados e adimplidos.

¹⁰⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 396.

¹⁰⁷ Robert Alexy cita Peter Härbele (*status activus processualis*) e Konrad Hesse como autores referenciais da ideia que propõe a existência de uma conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470).

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. op. cit., p. 474.

¹⁰⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 399.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. op. cit., p. 472 e 476.

¹¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264; 380;381.

¹¹² Ibidem, loc. cit.

¹¹³ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁴ “Art. 5º (...) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

Dessa maneira, ao Estado é imposto o dever não somente de criar as Defensorias Públicas, mas, também, de propiciar o fortalecimento da sua estrutura humana e física, a fim de que estejam aptas a atender a todos os desideratos constitucionais relacionados a uma real inclusão social.

Por fim, os direitos a prestação em sentido estrito, também denominados de direitos fundamentais sociais, de acordo com Robert Alexy, “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares”¹¹⁵, sendo exemplos os direitos à saúde, à moradia e à educação. Ainda conforme o autor, os direitos fundamentais sociais conferem posições jurídicas tão importantes do ponto de vista do direito constitucional “que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”¹¹⁶.

Em complemento, Robert Alexy entende que haverá um direito subjetivo definitivo a prestação nas situações em que o princípio da liberdade fática tiver um peso maior que os princípios formais e materiais que àquele se opõem¹¹⁷.

Assim é que, no tocante aos direitos fundamentais mínimos, como uma moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e patamar mínimo de assistência médica, haverá um direito subjetivo definitivo (regra) vinculante a prestação por parte do Estado, enquanto que em relação ao que exceder os direitos mínimos existirá apenas um direito subjetivo *primaefacie* (princípio) vinculante¹¹⁸.

Ressalte-se então que mesmo quanto às prestações excedentes haverá direito subjetivo de exigi-las do Estado, contudo, nesse caso, o direito será *primaefacie*, o que significa que sua definitividade¹¹⁹ dependerá do resultado obtido pela aplicação da lei de

¹¹⁵ ALEXY, Robert. op. cit., p. 499.

¹¹⁶ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁷ Ibidem, p. 499-519.

¹¹⁸ Robert Alexy entende que a “distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”, dessa forma, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, os princípios, por sua vez, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, isto é, são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91).

¹¹⁹ Robert Alexy afirma que como resultado de todo sopesamento que esteja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma que tem estrutura de regra e à qual o caso pode ser subsumido. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102).

colisão¹²⁰, um dos fundamentos da teoria dos princípios daquele autor, em que serão analisadas as condições de cada caso concreto, a fim de se estabelecer as consequências jurídicas daí decorrentes.

Dirley da Cunha Júnior nota que não se trata nesse caso da “problemática da aplicação imediata desses direitos, mas sim da necessidade de harmonizá-los ante o peso que terão em face do caso concreto, eis que pressuposta, pois, sua imediata aplicabilidade”¹²¹.

Ressalte-se ainda, no tocante ao dever imposto ao Estado de implementação de direitos fundamentais, a ideia da ‘vedação do retrocesso’¹²², desenvolvida na Alemanha e em Portugal, em meados do século XX, “como uma obrigação anexa de não tomar medidas que atentem contra as conquistas já cristalizadas na normatividade jurídica derivada da Constituição”¹²³. Logo, os direitos sociais “uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir simultaneamente uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*”¹²⁴, incorporando-se pois “ao patrimônio jurídico da cidadania”¹²⁵.

No Brasil, tendo em vista a incipiente efetivação dos direitos sociais já há muito consagrados, o significado de vedação do retrocesso não se resume apenas à faceta negativa, visto obstar condutas lesivas estatais, mas também se reveste de uma postura positiva, já que “impõe, sobretudo aos agentes públicos, o dever de catalisar o progresso social, através de medidas concretizadoras, planos legislativos, administrativos e jurisdicional, proibindo-se assim as omissões estatais que ocasionem o retrocesso social”¹²⁶, de forma que ao Estado

¹²⁰ A lei de sopesamento é assim formulada: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99).

¹²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 302.

¹²² José Joaquim Gomes Canotilho ainda expõe as seguintes designações ao termo: ‘proibição de retrocesso social’, “contra-revolução social” ou “evolução reacionária”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra (Pt): Livraria Almedina, 1993, p. 468-469)

¹²³ Ricardo Maurício Freire Soares observa, nesse sentido, que no “sistema jurídico brasileiro, a idéia de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais decorre da interpretação sistemática e teleológica dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo primeiro), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e sobretudo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl, rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 152).

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra (Pt): Livraria Almedina, 1993, p. 468-469.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158-159.

¹²⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl, rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 153.

“cabe assumir uma postura na promoção dos direitos e na criação das condições necessárias ao seu efetivo exercício”¹²⁷.

A prestação de direitos sociais dispostos especialmente no art. 6º da Constituição Federal de 1988¹²⁸ não está no âmbito da mera caridade, favor, compaixão, condescendência, a resvalar freqüentemente para o campo da humilhação dos desprovidos de recursos¹²⁹; trata-se, sim, de obrigação do Estado e direito subjetivo do indivíduo e da coletividade. Daí se extrai a imperativa necessidade de fortalecer a Defensoria Pública, instituição organizacional adequada a propiciar a realização dos direitos fundamentais sociais, seja por meio de uma atuação extrajudicial, seja através do Judiciário, do qual se exige uma postura ativa diante das omissões estatais inconstitucionais¹³⁰, afinal esta é uma daquelas esferas em que a democracia se realiza plenamente, na medida em que possibilita às partes, através de um debate dialético, a participarem ativamente da construção da decisão judicial¹³¹.

Uma atuação estatal minimamente adequada em prol dos direitos básicos de natureza social trará como resultado positivo inevitável uma insigne melhoria na duração e qualidade de vida de toda a população¹³² propiciando para o Estado um verdadeiro desenvolvimento, sendo este considerado não como simples crescimento do Produto Interno Bruto, mas sim agregado a modificações estruturais e qualitativas da sociedade com redução da desigualdade social¹³³.

Com efeito, a concretização dos direitos sociais, tarefa coercitivamente direcionada ao Estado, traz consigo, reitere-se, a positiva proliferação da cidadania e a possibilidade de haver uma verdadeira inclusão daqueles que se encontram marginalizados socialmente¹³⁴.

¹²⁷ MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 414.

¹²⁸ “Art. 6º 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”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

¹²⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 217.

¹³⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 381.

¹³¹ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 173.

¹³² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹³³ BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social**. São Paulo: Saraiva: 1982, p. 5.

¹³⁴ Dirley da Cunha Júnior define os direitos sociais como “aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p.

Deve-se, no entanto, prestar cuidadosa atenção para que os valores constitucionais acima analisados não constituam mera preceituação constitucional simbólica, visto que, de acordo com o entendimento de Marcelo Neves, isso poderia servir apenas como álibi para criar uma falsa imagem de que o Estado responde aos problemas reais da sociedade, quando, em verdade, estar-se-ia construindo uma manipulação político-ideológica e gerando, por conseguinte, expectativas frustradas ao imunizar o sistema político contra outras alternativas e não proporcionar quaisquer transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social¹³⁵.

E é por isso que, nesse momento, faz-se imprescindível a análise das questões envolvendo a aplicabilidade das normas constitucionais, dando especial destaque às de natureza social e sua necessária e imperativa efetivação.

2.3 A eficácia das normas constitucionais

Conforme visto, os direitos fundamentais sociais são aqueles que, por excelência, detêm uma natureza dita prestacional exigindo, por isso, uma atuação do Estado em prol da verdadeira efetivação dos valores neles embutidos.

E nessa linha, pode-se afirmar que o agir é uma imposição destinada ao ente estatal e não mera faculdade ou opção discricionária atribuída ao Estado.

Isto porque todas as normas de uma Constituição rígida¹³⁶ possuem estrutura e natureza jurídica, ou seja, são providas de juridicidade, sendo imperativas e impondo uma

739). A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “(...) o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que lhes segue sendo direcionadas”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 252).

¹³⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, Acadêmica, 1994, p. 37 e 49.

¹³⁶ Conforme dispõe Manoel Jorge e Silva Neto, rígidas são as constituições que prevêm processo legislativo solene e mais rigoroso para a modificação de suas normas. A Constituição Federal de 1988 é rígida, conforme demonstram os parágrafos 1º e 2º do art. 60 da Constituição Federal. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37).

obrigatoriedade de comportamento¹³⁷.

Dessa forma, no momento em que uma constituição preceitua normas que versam sobre direitos sociais, tem-se que tais por consequência são dotadas de normatividade jurídica¹³⁸ possuindo assim a característica da imperatividade, o que por sua vez impõe um comportamento comissivo ou omissivo ao Poder Público de cuja realização por certo encontram-se obrigadas todas as pessoas individuais, coletivas ou mesmo os órgãos estatais¹³⁹.

Percebe-se então que o Estado deverá e não somente poderá tornar efetivo todo e qualquer direito fundamental que requeira uma prestação positiva para sua realização. Assim, constata-se que as normas jurídicas, em especial as constitucionais, são criadas para serem aplicadas, sendo considerada aplicável a norma que cumulativamente estiver em vigor, for válida e dotada de eficácia¹⁴⁰.

Logo, no tocante à norma constitucional de natureza social que esteja vigendo, seja válida ou legítima e possua eficácia, haverá possibilidade de sua aplicação, podendo ser exigido do Poder Público a concretização do preceito constitucional em abstrato, a fim de se atribuir ao dispositivo da Constituição a eficácia social ou efetividade¹⁴¹.

Nessa oportunidade se faz necessário analisar em pormenores, dentre as condições de aplicabilidade das normas constitucionais, aquela que se refere a sua eficácia¹⁴².

¹³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 78.

¹³⁸ Digna de destaque a doutrina de Dirley da Cunha Júnior, para quem normas constitucionais são “todas as disposições inseridas numa Constituição, independentemente de seu conteúdo. Vale dizer, pouco importa o que expressam; pelo só fato de aderirem a um texto constitucional, ou serem admitidas por ele, essas normas são constitucionais, sejam elas materiais, sejam elas formais”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 77). Desta feita, é correto afirmar que todos os dispositivos contidos na Constituição Federal que versam sobre direitos sociais são inegavelmente normas constitucionais.

¹³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 79.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

¹⁴¹ Luís Roberto Barroso conceitua efetividade como sendo “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83).

¹⁴² Quanto às outras condições de aplicabilidade das normas constitucionais, Manuel Jorge e Silva Neto preceitua que vigência “é a qualidade da norma que se encontra apta ao desencadeamento de efeitos no que tange ao espaço e no que toca ao tempo delineados pela própria ordenação” enquanto que validade da norma “reconduz aos requisitos da ordem objetiva (observância do processo legislativo específico para a ponência do enunciado normativo no sistema, subjetiva (autoridade competente para emitir a espécie normativa) e material (adequação do conteúdo da lei às normas constitucionais)”. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133).

Eficácia das normas jurídicas consiste na aptidão para produzir efeitos, assim, eficaz é a norma idônea para atingir a finalidade para a qual foi gerada¹⁴³, sendo aquela que detém possibilidade de aplicação, isto é, a capacidade de produzir efeitos jurídicos¹⁴⁴.

Nesse caminho, adotando a ideia de que “eficácia é a possibilidade de a norma produzir, efetiva (eficácia social) ou potencialmente (eficácia jurídica), os efeitos peculiares adstritos pelo político”¹⁴⁵, Manoel Jorge e Silva Neto dispõe que “todas as normas constitucionais são eficazes”¹⁴⁶.

Considerando que toda norma constitucional detém eficácia jurídica, José Afonso da Silva aponta que a distinção entre cada uma se dá quanto ao grau de seus efeitos jurídicos¹⁴⁷. Por essa razão, doutrinariamente as normas constitucionais recebem, quanto à eficácia, diversas teorias classificatórias, conforme será adiante analisado.

Thomas Cooley¹⁴⁸ dispôs que a jurisprudência norte-americana distinguia as normas em *mandatory provisions*¹⁴⁹ e *directory provisions*¹⁵⁰. As *mandatory provisions* detinham caráter obrigatório, essencial e de cumprimento inescusável, sendo mandatórias, não podendo portanto ser contrariadas pelo legislador, sob pena de declaração de nulidade; já as *directory provisions*, ao contrário, não vinculavam o legislador comum, detendo mero caráter regulamentar e, por não possuírem natureza essencialmente constitucional, implicavam apenas um percurso a ser seguido, visto inexistir grau vinculativo¹⁵¹.

A esse entendimento, Thomas Cooley desferiu severa crítica¹⁵², enquanto que Francisco Campos, ao perceber que essa distinção é “a mesma, formulada em outros termos, entre leis constitucionais formais e materiais, consideradas as primeiras como meramente

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 78-81.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 60.

¹⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133.

¹⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 82.

¹⁴⁸ COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations*. 6 ed. Boston, Brown and Co., 1890 apud SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71-74.

¹⁴⁹ Normas mandamentais ou prescrições mandatórias (tradução livre).

¹⁵⁰ Normas diretórias ou prescrições diretórias (tradução livre).

¹⁵¹ COOLEY, Thomas M. op. cit. apud SILVA, José Afonso da. op. cit., loc. cit.

¹⁵² O citado autor dispôs que as constituições “normalmente não contêm normas de procedimento, salvo se as consideram necessárias à prática de algum ato, quando, então, devem ser tidas como limitativas do poder a cujo exercício se aplicam. Não podemos esperar que se encontrem na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos. Se forem estabelecidas normas a respeito do tempo no qual um poder deve ser exercido, ou do modo pelo qual o seu exercício pode ter lugar, há, pelo menos, uma forte presunção de que esse tempo e esse modo condicionam a validade da manifestação do poder”. (COOLEY, Thomas M. op. cit. apud SILVA, José Afonso da. op. cit., loc. cit.)

diretórias (...) e as segundas como mandatórias por natureza”¹⁵³, observa não haver razão para sua adoção num ordenamento que contém uma Constituição rígida¹⁵⁴.

Nesse sentido, Thomas Cooley espousa entendimento tradicional, apontando ser auto-executável (*self-executing, self-enforcing e self-acting*) aquela norma constitucional que fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar o dever imposto; ao passo que será não auto-executável (*not self-executing, not self-enforcing, not self-acting*) quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei¹⁵⁵.

No Brasil, essa doutrina foi disseminada por Ruy Barbosa¹⁵⁶ que afirmou não possuir a Lei Maior cláusulas ou preceitos a que se deva atribuir um simples valor moral, de conteúdo meramente aconselhador, dotada de avisos ou lições, isso porque todas as normas constitucionais detêm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos¹⁵⁷.

Entretanto a doutrina italiana¹⁵⁸ percebeu a possibilidade de serem extraídos efeitos concretos das normas imediatamente não operativas¹⁵⁹.

Isso ocorreu a partir do momento em que houve a inserção de cláusulas compromissórias e de conteúdo programático nas Constituições do século XX, as quais, ao

¹⁵³ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

¹⁵⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁵ COOLEY, Thomas M. op. cit. apud SILVA, José Afonso da. op. cit., loc. cit.

¹⁵⁶ Ruy Barbosa também diferencia as normas constitucionais em auto-executáveis sendo estas “as determinações para executar, as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”; e não auto-executáveis que não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício ou ao exercício dos direitos que outorgam, ou dos encargos que impõem: “estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”. (BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1933).

¹⁵⁷ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1933. P. 488-489.

¹⁵⁸ Flávia Piovesan observa que um dos mais intensos debates sobre a aplicabilidade das normas constitucionais ocorreu na Itália, especialmente em face de decisões judiciais sobre a aplicabilidade de normas da Constituição italiana de 1948, que apresentava marcante perfil programático. Este fator permitiu à doutrina italiana se concentrar na análise científica do tema, possibilitando a formulação de teorias sobre a aplicabilidade das diversas normas constitucionais. (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 63)

¹⁵⁹ Gaetano Azzaratti, no entanto, ainda pugnava por uma divisão das normas constitucionais em normas preceptivas e normas diretivas. Assim, preceptivas são os “preceitos de caráter obrigatório e impositivo” e as diretivas “indicam uma direção ao legislador futuro”, sendo “concebidas como normas destituídas de obrigatoriedade que poderiam ser violadas por lei ordinária sem que disso decorresse qualquer inconstitucionalidade. Normas diretivas veiculam uma diretriz ao legislador futuro, não apresentando qualquer eficácia ou mesmo juridicidade”. (AZZARITTI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 98 apud DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009).

trazer a previsão de direitos de natureza social, propiciaram uma reestruturação de todo o entendimento que havia acerca da eficácia das normas constitucionais. Assim, a mera e simples divisão das normas em auto-executáveis e não auto-executáveis não mais se adequava a uma realidade neoconstitucionalista, visto não conseguir abarcar a contento muitos dos preceitos esposados numa Carta Constituinte¹⁶⁰, em especial os de caráter programático.

A difusão então das denominadas normas programáticas exigia um tratamento inovador a respeito do tema¹⁶¹; nesse sentido, vingou a concepção que afirmava inexistir normas constitucionais desprovidas de eficácia, diferenciando-as, entretanto, no tocante aos diferentes graus eficaciais¹⁶².

É nessa linha que Vezio Crisafulli sustenta que “das normas programáticas, surgem situações subjetivas que devem ser examinadas em um duplo aspecto: situações negativas ou de vínculo e situações positivas ou de vantagens”¹⁶³. Dessa forma, para esse autor, “programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa (...) obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo”¹⁶⁴.

A partir daí prevaleceu o entendimento que defende não haver normas constitucionais que sejam desprovidas de eficácia jurídica ou reduzidas a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária¹⁶⁵. Trata-se de fundamental avanço doutrinário na medida em que até mesmo as normas programáticas passaram a ser dotadas de valor jurídico vinculante¹⁶⁶. A doutrina de Vezio Crisafulli¹⁶⁷ foi portanto decisiva para essa percepção.

¹⁶⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. op. cit., p. 142-143.

¹⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 89.

¹⁶² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 111.

¹⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 106.

¹⁶⁴ Vezio Crisafulli reconhece algumas características comuns às normas programáticas, quais sejam: “1) O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos; 2) O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como conseqüência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias. 3) O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas”. (CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247-248)

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 249.

¹⁶⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶⁷ Vezio Crisafulli classifica as normas constitucionais em normas imediatamente preceptivas ou constitutivas (aquelas que diretamente regulam relações entre cidadãos), normas de eficácia diferida (aquelas que já trazem

No Brasil, José Horácio Meirelles Teixeira foi quem pioneiramente esposou uma classificação das normas constitucionais pautada no grau de eficácia (maior ou menor) de cada qual¹⁶⁸. Nesse sentido, o autor propôs que as normas constitucionais fossem classificadas em duas categorias: normas constitucionais de eficácia plena (aquelas que estão aptas, de imediato, à incidência plena dos seus efeitos) e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (aquelas em que se faz imprescindível uma complementação legislativa)¹⁶⁹. Há, nesse último caso, a incidência de uma eficácia, ao menos, negativa, de caráter interpretativo e integrador, sendo sub-divididas em programáticas (programas direcionados ao legislador) e de legislação (relacionadas aos aspectos organizacionais da Constituição)¹⁷⁰.

Uma das mais propagadas classificações doutrinárias brasileiras no que tange ao grau de eficácia das normas constitucionais é a realizada por José Afonso da Silva¹⁷¹ que efetua uma divisão entre as normas constitucionais de eficácia plena (são aquelas que produzem ou têm possibilidade de produzir de imediato todos os seus efeitos jurídicos e objetivos visados pelo legislador constituinte, detendo aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica); as normas constitucionais de eficácia contida (são aquelas que incidem imediatamente e produzem ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos almejados, mas prevêm instrumentos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias, detendo, por isso, aplicabilidade direta, imediata e não integral, já que sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade); e, por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada (que, por sua vez, são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos jurídicos, já que o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado)¹⁷².

imediatamente definida e regulada pela Constituição a matéria que lhe serve de objeto, a qual será depois apenas efetivada na prática mediante os atos legislativos de aplicação) e normas programáticas (têm valor jurídico, eficácia obrigatória, imediata, obrigando e vinculando o poder dos órgãos do Estado). Nesse sentido, o referido autor afirma ser a norma programática obrigatória e vinculante para todos os órgãos estatais, instituindo a direção das políticas e das ações estatais para determinadas finalidades, colocadas a salvo das modificações e variações político-partidárias. (CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247-248).

¹⁶⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Ed. Forense Universitária: 1991.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 82-83.

¹⁷² O autor divide ainda as normas limitadas em i) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e ii) declaratórias de princípio programático. Assim, normas constitucionais declaratórias de princípio institutivo são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos,

Maria Helena Diniz, por sua vez, divide as normas constitucionais em normas com eficácia absoluta ou supereficazes (possuidora de uma força paralisante total de toda a legislação, não podendo ser emendadas); normas com eficácia plena (podem ser imediatamente aplicadas e são suscetíveis de modificação através de emendas constitucionais); normas com eficácia relativa restringível (contidas ou passíveis de restrição) e normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação (dependentes de complementação legislativa, impedindo, dada a eficácia negativa, qualquer conduta contrário ao que estabelecerem)¹⁷³.

Já Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito classificam as normas em normas de aplicação (são plenas e assim incidem diretamente sobre os fatos regulados, dividindo-se em normas irregulamentáveis, cuja normatividade surge e se esgota na própria constituição e normas regulamentáveis que, a despeito de plenas e consistentes, admitem regulamentação infraconstitucional) e normas de integração (são carecedoras de regulamentação, necessitando da atividade complementar do legislador. Dividem-se em normas complementáveis que necessitam de verdadeira integração legislativa e normas restringíveis que são passíveis restrição legislativa)¹⁷⁴.

Luís Roberto Barroso espousa a classificação em normas constitucionais de organização (que têm por objeto organizar o exercício do poder político); normas constitucionais definidoras de direito (que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos) e normas constitucionais programáticas (que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado)¹⁷⁵.

Paulo Pimenta¹⁷⁶ propõe a classificação em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contível de aplicabilidade

entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei, podendo ser, por sua vez, divididas em impositivas, que são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa, e facultativas ou permissivas, que são aquelas que não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. Já as normas programáticas são aquelas normas através das quais o constituinte, ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 82-83; 126-127 e 138)

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98-103.

¹⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 35.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

¹⁷⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 111.

direta, porém não integral e normas de eficácia limitada (normas programáticas e declaratórias de princípios institutivos ou organizativos) e aplicabilidade reduzida¹⁷⁷.

É possível ainda encontrar diversas outras classificações doutrinárias de juristas brasileiros¹⁷⁸, contudo, o que se observa é que todas detêm em comum o entendimento de que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, existindo uma variação apenas em seu grau de eficácia.

Conforme observa Dirley da Cunha Júnior¹⁷⁹, apesar das peculiaridades existentes em cada uma das classificações, não se pode dizer que haja uma incompatibilidade entre elas, na medida em que todas, com sutis mudanças de nomenclatura, atribuem às normas constitucionais graus maiores ou menores de eficácia jurídica.

Edvaldo Brito defende, em consonância com os posicionamentos apresentados, que a falta de lei integrativa não impede a aplicação da norma constitucional, visto serem estas dotadas de juridicidade¹⁸⁰.

Logo, o fundamental a ser apontado é que, independentemente do grau de eficácia atribuído a uma norma constitucional, haverá sempre a possibilidade de integração do preceito normativo, tanto por via legislativa, como executiva ou mesmo jurisdicional¹⁸¹.

¹⁷⁷ Paulo Roberto Lyrio Pimenta classifica as normas programáticas, subdividindo-as em: i) normas programáticas em sentido estrito, correspondentes àquelas cujo programa impõe o advento de uma legislação que o implemente, como o art. 182 da Constituição Federal; ii) normas programáticas meramente definidoras de programas, em que não há uma referência pelo respectivo dispositivo ao advento de uma lei superveniente, como o art. 144 da Constituição Federal; iii) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, pelas quais são enunciados direitos sem a especificação da forma de sua realização ou concretização, vinculando todos os órgãos públicos a respeitá-los, ainda que sem advento de disciplina infraconstitucional, com os arts. 6º, 196 e 205 da Constituição Federal e iv) normas programáticas definidoras de fins organizacionais, econômicos e sociais do estado pelos quais são previstos os objetivos da organização estatal com referencia a natureza econômica e social, consagrados pela CF, tais como os arts. 170 e 193 da Constituição Federal. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 111).

¹⁷⁸ Como exemplos, têm-se a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello que divide as normas constitucionais em normas concessivas de poderes jurídicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011) e a classificação de Luiz Pinto Ferreira que divide as normas em normas constitucionais de eficácia absoluta não emendáveis, normas constitucionais de eficácia plena, constitucionalmente emendáveis, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. (FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29). Virgílio Afonso da Silva procura, ainda, demonstrar que “toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação em sua eficácia. Ou seja: todas as normas são de eficácia limitada”. Isso porque “a crença na eficácia plena de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a idéia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada (...) tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade”. (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51. São Paulo. Universidade de São Paulo, 2006).

¹⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 102, 103.

¹⁸⁰ BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 56-58 e 60-61.

¹⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 104.

Partindo dessa premissa tem-se que mesmo as normas constitucionais dotadas de uma menor eficácia, como é o caso das normas programáticas, devem ser materializadas pelo Poder Público numa dada situação fática, já que dotadas indubitavelmente de eficácia jurídica.

Isso porque da eficácia jurídica (capacidade teórica para produzir efeitos) deve advir, por imperioso num contexto neoconstitucionalista, uma eficácia social ou efetividade que nada mais é do que o “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”¹⁸². Nesse mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior¹⁸³ afirma que a eficácia social ou efetividade designa o fenômeno de sua concreta observância no meio social que pretende regular¹⁸⁴.

O imbróglio acerca da efetividade das normas constitucionais foi fartamente exposto em Konrad Hesse, em resposta à doutrina defendida por Ferdinand Lassalle. De fato, enquanto o segundo sustentava que as constituições escritas numa folha de papel não podiam ser confundidas com as constituições reais e efetivas (fatores reais do poder)¹⁸⁵, o primeiro contrapõe-se a essa tese e, pautando-se na teoria da vontade da constituição, afirma que a constituição jurídica, detendo força normativa, ordena, conforma e modifica a realidade, não se restringindo a uma mera folha de papel¹⁸⁶.

Contudo, conforme observa Miguel Calmon Dantas, na medida em que ambos, Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, afirmam que a constituição deve guardar compatibilidade com a natureza singular do presente ou com o contexto das relações políticas, há uma aproximação entre as teses, sendo que, enquanto Lassalle reduz a natureza singular do presente às relações de poder firmadas entre os fatores reais, Hesse lhe confere uma maior abertura e amplitude¹⁸⁷.

¹⁸² KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. Maceió: **CJUR Direitos e Deveres**, v.2, n. 5, p. 133-170, jul./dez., 1999.

¹⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 85.

¹⁸⁴ Nesse mesmo sentido, Michel Temer afirma que a “eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam”. (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23).

¹⁸⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 32 e 41.

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24-25.

¹⁸⁷ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

Hodiernamente não mais se concebe a constituição como um instrumento destituído de força normativa ou incapaz de promover uma transformação social¹⁸⁸. Ora, considerando que todas as normas constitucionais, conforme fartamente exposto, detêm natureza jurídica e que os textos constitucionais reservam privilegiado espaço, num contexto neoconstitucionalista, a matérias de natureza prestacional social que são aquelas as quais, por excelência, podem propiciar uma significativa mudança na estrutura da sociedade, conclui-se que a imperativa efetivação dos valores constitucionais trará, como consequência, um real desenvolvimento social.

As normas que se referem aos direitos sociais, contudo, revestem-se, em sua quase totalidade, de um caráter programático¹⁸⁹. Daí a necessidade de desdobrar a explanação

¹⁸⁸ Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que “Todas as normas constitucionais atinentes à justiça social, surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir as situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à justiça social. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito”. Logo, “a Constituição desde logo define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de direito. A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. (...) Como se sabe, as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do Direito é precisamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que por meio das regras jurídicas não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência. Mesmo quando a norma faculta uma conduta, isto é, permite – ao invés de exigir-la –, há, subjacente a esta permissão, um comando obrigatório e coercitivamente assegurável: o obrigatório impedimento a terceiros de obstar ao comportamento facultado a outrem e a sujeição ao poder que lhes haja sido deferido, na medida e condições do deferimento feito”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11).

¹⁸⁹ Alguns doutrinadores criticam a existência no ordenamento jurídico constitucional das normas programáticas. José Joaquim Gomes Canotilho dispõe a respeito de uma suposta “morte” das normas programáticas: “Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (...) Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra (Pt): Livraria Almedina, 1993, p. 183-185). Já Andreas Krell afirma que: “Os direitos Fundamentais Sociais à Educação e Saúde não são simplesmente ‘normas programáticas’, mas foram regulamentados através do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos.” (KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. Maceió: CJUR Direitos e Deveres, v.2, n. 5, p. 133-170, jul./dez., 1999). Nesse sentido é que o referido autor entende que as normas de direitos fundamentais detêm caráter preceptivo e não programático. (KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p 37).

a respeito dessa espécie normativa, a fim de melhor fundamentar o raciocínio desenvolvido preteritamente.

De acordo com José Afonso da Silva, as normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, ao invés de trazer uma regulamentação, direta e imediata a determinados interesses, “limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”¹⁹⁰. Para este autor, as normas programáticas detêm eficácia jurídica limitada, possuindo caráter imperativo e vinculativo e grande importância na ordem jurídica e regime político do país¹⁹¹. Sendo então dotadas de juridicidade, as normas jurídicas programáticas possuem características básicas¹⁹² que fazem com que surtam efeitos de enorme relevância jurídica¹⁹³.

Não se pode admitir que haja norma constitucional com conteúdo simplesmente ético-social, sem qualquer juridicidade, assim, não se pode negar o caráter jurídico da norma programática¹⁹⁴.

Nessa linha, Edvaldo Brito conclui não ter razão a doutrina clássica que propugnava pela não juridicidade das normas programáticas¹⁹⁵ e afirma que a ideia de um dispositivo programático desprovido de eficácia jurídica negaria os princípios construídos pela teoria da aplicabilidade das normas constitucionais dando-se, assim, “ensanchas à teoria

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 138.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 139.

¹⁹² São características básicas das normas de princípio programático: I – são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização dos trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social; intervenção do estado na ordem econômica; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura; à ciência e à tecnologia; II – são normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias e de outras providências; III – são normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhe constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-151).

¹⁹³ São efeitos jurídicos das normas programáticas: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que a ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou de desvantagem. (SILVA, José Afonso da. op. cit. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 163-164).

¹⁹⁴ BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 59.

¹⁹⁵ “A doutrina, para exemplificar norma programática do tipo indicado como sendo a que não tem juridicidade, aponta aquelas que veiculam deveres para o Estado considerado como o poder público *in abstracto*, v. g. os de educação, de saúde, com as praticas desportivas. (...) A exemplificação, nesse contexto, atual, é incabível (...) Por isso, ao contrário, as normas da Constituição *jurídica* (...) são providas de juridicidade por balizarem *direito subjetivo público* que tem a natureza de prerrogativa oponível, pelo cidadão, seu titular, *erga omnes*”. (BRITO, Edvaldo. op. cit. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 60-61).

do acho a qual (...) é prejudicial à metodologia do Direito como um objeto a ser cuidado com o rigor exigido pela Ciência do Direito, enquanto tal”¹⁹⁶.

Torna-se evidente que as normas programáticas não podem mais ser colocadas no plano da mera opção política¹⁹⁷. Ao contrário, o Estado deve sim é buscar a substancialização do querer constituinte e o cumprimento de um programa que, de tão relevante, foi incluído no texto constitucional¹⁹⁸.

No plano científico hodiernamente inexistem questionamentos acerca do caráter jurídico e conseqüentemente vinculante das normas constitucionais programáticas¹⁹⁹. O simples fato de contemplarem direitos sociais dependentes de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo não retira das normas programáticas a eficácia jurídica²⁰⁰. Desta feita, é inegável o caráter jurídico dos direitos fundamentais sociais²⁰¹.

As normas programáticas estabelecem finalidades a serem atingidas, seja por meio da fixação de programas ou mesmo pela tutela de bens jurídicos indicados. Entretanto, detendo uma eficácia limitada, as normas programáticas exigem uma intervenção do Estado para que seja alcançada a plena eficácia²⁰².

¹⁹⁶ BRITO, Edvaldo. op. cit., p. 59.

¹⁹⁷ Oportunas as reflexões de Noberto Bobbio a respeito de uma suposta não juridicidade das normas programáticas: “O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? e, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito?” (BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 72).

¹⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 158.

¹⁹⁹ A respeito do caráter jurídico das normas constitucionais programáticas, Luís Roberto Barroso afirma que “modernamente, a elas (normas programáticas) é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115).

²⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 105-106.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

²⁰² Assim, são as atividades legislativas e administrativas posteriores que irão delinear os comportamentos necessários para tanto. (MEIRELLES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 290).

É nesse momento que se põe em evidência a problemática da aplicabilidade de normas constitucionais de natureza programática²⁰³. Afinal, possuindo estas uma eficácia jurídica e prescindindo da atuação dos poderes políticos para se efetivarem, qual seria a solução em caso de omissão do Estado na prestação dos valores e programas normativo-constitucionais?

Tratar-se-ia, por evidente, de uma omissão inconstitucional, exigindo, para que houvesse saneamento do estado de inconstitucionalidade daí resultante, uma adequada atuação jurisdicional após provocação de entidades sociais, indivíduos e/ou instituições estatais, em especial a Defensoria Pública, dada a afinidade de suas funções com os temas trazidos e com os destinatários alcançados pelas normas de natureza programática.

Isso porque, comprovada a juridicidade das normas programáticas e considerando ser necessária a atuação do Estado para sua efetivação e repudiável a eventual omissão é correto afirmar que de toda e qualquer norma de natureza programática podem ser extraídos direitos subjetivos²⁰⁴, invocáveis, assim, imediatamente, não obstante doutrina em contrário²⁰⁵.

De certo os direitos sociais, mesmo contendo uma face preponderantemente programática, possuem um conteúdo mínimo imediatamente eficaz, havendo, inclusive, no tocante ao direito social à educação fundamental, por exemplo, previsão constitucional que o reconhece como verdadeiro direito subjetivo²⁰⁶.

²⁰³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

²⁰⁴ Considera-se direito subjetivo o “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. (MEIRELLES, Ana Cristina Costa. op. cit. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 300).

²⁰⁵ Dentre os doutrinadores que refutam a ideia de que das normas programáticas são extraídos direitos subjetivos, destacam-se Flávia Piovesan: “(...) à luz da doutrina predominante, as normas programáticas estão condicionadas à discricionariedade do legislador. Por isso, entende-se que as normas programáticas não consentem que os cidadãos as invoquem, pedindo aos Tribunais o seu cumprimento por si só. Daí a conclusão: das normas programáticas não emergem verdadeiros direitos subjetivos, mas mera expectativa de direitos subjetivos” (PIOVESAN, Flávia. op. cit, p. 76); José Cretella Júnior: “falta ao cidadão direito subjetivo público oponível ao Estado de exigir em juízo as prestações prometidas (...) O estado deve, mas o débito tem conteúdo apenas ético”. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4334) e Jorge Miranda que, por sua vez, estabelece que as normas programáticas “são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não o único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 218).

²⁰⁶ “Art. 208 (...) § 1º – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

Contudo, uma outra polêmica questão emana desse contexto. Afinal, de qual espécie de direito subjetivo se trata: positivo, em que se exige comportamento comissivo de outrem, ou meramente negativo, havendo apenas a exigência de um comportamento omissivo²⁰⁷?

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, gerando-os, tão-somente, em seu aspecto negativo, ou seja, este autor aceita a criação de direitos subjetivos individuais a partir de direitos de natureza social somente na sua vertente negativa, o que significa que o legislador ou a administração ficam proibidos de tomarem atitudes que sejam contrárias aos objetivos expressos no texto constitucional²⁰⁸.

Dirley da Cunha Júnior²⁰⁹ no entanto espousa classificação na qual as normas programáticas estão divididas em atributivas de direitos sociais e econômicos (são aquelas que se referem aos direitos de natureza social direta e imediatamente usufruíveis pelos destinatários da norma) e em fixadoras de objetivo e metas puramente políticas (são aquelas que por sua vez não conferem direitos imediatos, pelo menos na sua dimensão positiva, restringindo-se somente a traçar programa futuro)²¹⁰.

Dessa maneira, conclui-se que das normas definidoras de direitos sociais e econômicos podem ser extraídos direitos subjetivos positivos e negativos²¹¹, enquanto que das

²⁰⁷ “Considera-se direito subjetivo no seu aspecto positivo, o poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, enquanto que direito subjetivo no seu aspecto negativo é a possibilidade de exigir que o poder público não pratique atos que a contravenham”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177)

²⁰⁸ “Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham”. (SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 178).

²⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 111.

²¹⁰ No mesmo sentido, Ana Cristina Costa Meirelles afirma que as normas programáticas foram criadas para ter vigência prospectiva, possibilitando a adoção de comportamentos futuros, dispondo que “Isso vale para normas programáticas de direito sociais (enunciam que deve ser satisfeita a tutela de determinados bens jurídicos, sem delinearem como deve ser realizado o comportamento voltado para esse fim) e outras que determinam a implementação de um programa (cujo conteúdo não está, ainda, minudenciado).” Assim, de acordo com a referida autora, normas programáticas, se subdividem em: c.1. definidoras de programas (o Estado, ao fixar um programa, exige que o legislador o implemente através de lei – art. 182 ou estabelecem os programas, sem mencionar, contudo, a atuação do legislador, através da lei – art. 144); e c.2. de tutela de bem jurídico através de prestações de conteúdo não delimitado (estão englobadas as normas que deixam claro qual o bem jurídico protegido, embora não indiquem através de quais prestações ele será entregue aos indivíduos – art. 6°). (MEIRELLES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 290 e 301).

²¹¹ Nessa linha, Paulo Lopo Saraiva o qual afirma que as normas programáticas da constituição sobre direitos sociais não criaram direito subjetivo somente em seu aspecto negativo, mas também sob o ângulo positivo, assim, o autor entende que o efeito jurídico dessas normas não se manifestaria somente numa eventual nulidade de normas legais que contrariassem o sentido do preceito ou programa declarado na constituição. (SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro. Forense, 1983, p. 63). Também com esse pensamento, Paulo Roberto Lyrio Pimenta entende que as normas programáticas não dão

normas fixadoras de metas puramente políticas se extraem apenas direitos subjetivos negativos²¹².

Já foi visto que os direitos sociais estão incluídos dentre as normas programáticas, possuindo assim eficácia jurídica limitada²¹³.

Entretanto, pautando-se na classificação preconizada por Dirley da Cunha Júnior, pode-se afirmar que os direitos sociais geram posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, sendo exigíveis de imediato e constituindo-se, por isso, em verdadeiros direitos subjetivos, especialmente no tocante à garantia do padrão mínimo social²¹⁴.

Logo, em caso de inércia estatal, o prejudicado terá total possibilidade de buscar em juízo o adimplemento de seu direito de natureza social prestacional, situação na qual a atuação judicial deverá visar o fortalecimento do Estado Democrático de Direito através da inclusão social, visto que “progresso da democracia se mede pela extensão dos direitos fundamentais e de sua afirmação em juízo²¹⁵”.

Conforme observou Carlos Drummond de Andrade, “as leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”²¹⁶. De certo, a efetivação dos direitos sociais somente ocorrerá quando houver uma concreta atuação do Poder Público imbuída desse desiderato que se dará por meio da implementação de políticas públicas, motivo pelo qual tal tema será, posteriormente, objeto de análise mais minuciosa.

Adiante-se, de logo, que a realização de políticas públicas é da esfera dos órgãos de natureza eminentemente política, do que se exclui, por certo, o Judiciário; todavia, a omissão inconstitucional nessa seara exigirá o adequado agir jurisdicional e é o que será visto

ensejo apenas a direitos subjetivos negativos. Dessa maneira, o referido autor rechaça a distinção entre direitos negativos e positivos entendendo que a eficácia negativa participa de um direito subjetivo e sustenta consubstanciar, também, um direito prestacional. Logo, as normas programáticas representam simultaneamente uma faculdade de exigir a prática de determinado comportamento e uma possibilidade de exigir que o titular do dever jurídico não se comporte de maneira contrária. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 172-174)

²¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

²¹³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 144.

²¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Diley da. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 90-91.

²¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 111.

²¹⁶ ANDRADE, Carlos Drummond. Nosso Tempo. In: **A Rosa do Povo**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

no capítulo a seguir, ocasião na qual será também analisada a questão referente ao ativismo judicial em face da teoria da separação dos poderes estatais.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

3.1 As políticas públicas

Considerando que as normas programáticas constitucionais que tratam dos direitos sociais detêm eficácia limitada, serão necessárias prestações por parte do Estado para uma plena efetivação, as quais se darão principalmente por meio de políticas públicas prioritariamente implementadas pelos órgãos políticos, quais sejam, Legislativo e Executivo²¹⁷.

Nesse contexto, convém destacar os primordiais aspectos relacionados ao tema, já que as políticas públicas acabam por exercer um papel decisivo para a concretização dos direitos fundamentais²¹⁸ guardando inclusive “íntima relação com o aparecimento do Estado de bem-estar social (*Welfare State*) – dirigente e prestacional –, marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais”²¹⁹.

A doutrina traz diversas conceituações relevantes a respeito de políticas públicas, dentre as quais merecem destaque aquelas esposadas por Celso Antônio Bandeira de Mello²²⁰, Camilo Zufelato²²¹, Juliana Maia Daniel²²² e Eduardo Appio²²³.

²¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: Direitos fundamentais**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007.

²¹⁸ MACHADO, Clara Cardoso. Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010, p. 99-118.

²¹⁹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

²²⁰ Política pública “é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2008, p. 802).

²²¹ “Política pública significa método sistemático e metódico de consecução de fins do Estado, exigindo-se para tanto a previsão e concretização de um plano político-jurídico que materializa um direito fundamental previsto constitucionalmente”. (ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 329).

²²² “(...) o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de ‘ações’, ‘programas’ ou ‘atividades’ públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional”. (DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 114).

²²³ Políticas públicas “consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada,

Não se pode confundir política pública com direitos sociais, sendo aquela instrumento apto para a efetivação destes, desdobrando-se num conjunto organizado de norma e atos destinados à realização das metas, objetivos e finalidades traçadas pelo legislador constituinte²²⁴. Trata-se dessa maneira de um programa de ação que resulta de um conglomerado de atividades idôneas a atingir os mandamentos constitucionais no tocante à materialização dos direitos fundamentais sociais²²⁵.

O adequado exercício das funções planejadora²²⁶ e implementadora²²⁷ de políticas públicas é imprescindível para a qualidade na prestação dos serviços estatais. Sendo assim, a insuficiência na execução e/ou criação das políticas públicas exigirá do Poder Judiciário uma atitude ativa na realização desses fins sociais²²⁸.

Deve ser afastada, pois, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pela teoria da divisão dos poderes estatais, para julgar “questões políticas”²²⁹, o que o impossibilitaria de se imiscuir em matérias atinentes às políticas públicas²³⁰.

consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e de conhecimento técnico”. (APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143-144).

²²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 353.

²²⁵ Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Com tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39).

²²⁶ Acerca da função planejadora da política pública, afirma Gilberto Bercovicki: “O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada.”. (BERCOVICCI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69-70).

²²⁷ “As políticas públicas apresentam-se, então, como um processo, que se desenvolve desde o planejamento, em que são identificadas as prioridades, os objetivos concretos, os recursos disponíveis, os meios necessários, verificadas possíveis intercorrências. A partir daí, se dá a formulação da política, seguida da sua implementação, execução e controle”. (DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372).

²²⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 99 e 101.

²²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 355.

²³⁰ Sandoval Alves da Silva critica a atuação do Judiciário na seara política, afirmando que os “os canais políticos são muito mais adequados para promover reformas sociais efetivas do que o Poder Judiciário. O processo democrático é o meio idôneo para originar os compromissos políticos e os sentimentos da cidadania.

De fato a Constituição Federal estabelece “prioridades das quais nenhum governo pode se escusar de propiciar e dar cumprimento”²³¹. Aliás, o desenvolvimento de um Estado Democrático é diretamente proporcional à implementação políticas públicas que eficazmente protejam os direitos de natureza social²³².

É nesse sentido que as omissões inconstitucionais não somente podem como devem ser controladas pelos tribunais²³³, já o magistrado detém a função obrigacional de respeitar os dispositivos constitucionais, não podendo coadunar nem ser co-autor da omissão do Executivo e/ou Legislativo, o que fatalmente relegaria a Constituição a um nada jurídico²³⁴.

Ressalte-se, contudo, que a participação despropositada e arbitrária do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, arraigada num mero voluntarismo, deve ser rechaçada, por isso é necessário haver um mínimo de mecanismos capazes de identificar democraticamente os interesses da sociedade²³⁵. Visando equalizar esse ponto, Ana Paula Barcellos propõe que sejam construídos e utilizados determinados parâmetros no controle das políticas públicas²³⁶.

Nagibe de Melo Jorge Neto por sua vez defende a possibilidade do Poder Judiciário “estabelecer objetivos e meta a serem alcançados pelo ente público, de modo a sanar a ofensa aos direitos fundamentais, muito embora não possa ditar os meios de atingi-lo,

Com efeito, confiar tal atribuição a alguns juízes pode trazer efeitos danosos à cidadania. (...) os canais democráticos são melhores para a definição de políticas públicas, não só porque uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria (democracia) (...) mas também, porque os meios democráticos têm elementos de maior precisão valorativa para definir as prestações positivas do Estado, reivindicadas pela população (...) tribunais não entendem a complexidade dos programas sociais, em razão de sua visão limitada dessa questão que, por sua vez, se deve à falta de elementos e de indicadores técnicos.” (SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 213-214).

²³¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372.

²³² MACHADO, Clara Cardoso. Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010, p. 99-118.

²³³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 100.

²³⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

²³⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. (et. al.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Editora Coimbra, 2008, p. 314.

²³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 62.

eis que ao poder executivo é dada a *discricionariedade de meios*²³⁷. Desta maneira, não caberia ao Judiciário interferir na escolha dos meios²³⁸.

Entretanto, tal discricionariedade não pode ser tida por absoluta²³⁹, já que os meios utilizados, caso sejam ilegítimos e afrontosos aos valores constitucionais, podem ser apreciados judicialmente de forma legítima. Além disso, meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais devem ser judicialmente eliminados²⁴⁰.

De qualquer maneira, deve ser ressaltado que ainda em se admitindo a discricionariedade de meios, nos moldes delimitados por Nagibe de Melo Jorge Neto, é imperiosa a prestação do Estado na efetivação dos direitos sociais, sendo inaceitável a inércia dos poderes constituídos. Isso em razão da obrigatória prevalência dos mandamentos constitucionais. Logo, a discricionariedade nesse caso se restringiria apenas ao meio a ser utilizado para efetivação dos direitos fundamentais sociais, e nunca sobre a opção de efetivá-los ou não.

A atuação do Poder Judiciário no âmbito político possibilita ademais a ampliação do debate, ao permitir, em sede de ações individuais ou no bojo de ações coletivas, a

²³⁷ Posição similar é tomada por Ana Paula de Barcellos ao afirmar que Constituição Federal fixa de forma vinculante fins ou metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público, mas como atingir esses fins ou metas (meios escolhidos) cabe ao Poder político-majoritário definir. (BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 54).

²³⁸ O autor fornece dois exemplos em que ocorre o fenômeno da discricionariedade de meios: 1) Implementação de programa de erradicação do analfabetismo: erradicar o analfabetismo de determinada localidade em vinte e cinco por cento nos próximos quatro anos. Meio: Telecurso. Nesse caso, o Judiciário poderia acrescentar, no programa, a população de um município onde considerável quantidade de analfabetos; 2) Promover a erradicação da pobreza. Meios: juros altos para atrair investimento estrangeiro ou decretar moratória da dívida externa para sobrar mais dinheiro para investimento. Isso estaria no campo da discricionariedade, não podendo haver interferência do Poder Judiciário. (JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55).

²³⁹ De fato, conforme ressalta Daniel Sarmento: “É evidente que o fato de os direitos sociais serem garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial. Com o perdão da tautologia, os direitos sociais são autênticos direitos, e, nesta qualidade, podem e devem ser garantidos pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou de arbitrariedades das autoridades competentes. Atualmente, a melhor doutrina não mais aceita a idéia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais. Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência”. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. 4 ed. rev., ampl. e atual. **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodim, 2010, p. 420).

²⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 54.

participação dos cidadãos e da própria sociedade civil²⁴¹ robustecendo dessa forma o espaço de democracia²⁴².

Ressalte-se que para garantir um acesso universal à Justiça é imperioso haver um fortalecimento, em especial, da Defensoria Pública, mesmo porque o Judiciário somente passa a exercer sua atividade após uma devida provocação²⁴³.

Logo, torna-se evidente que não se pode excluir o Judiciário das discussões acerca de políticas públicas, visto estar esse Poder estatal, tal qual os demais, incumbido da função de efetivar os direitos fundamentais²⁴⁴.

E a construção de uma verdadeira democracia que seja capaz de garantir o conteúdo mínimo dos direitos sociais a um povo depende, fundamentalmente, “do estabelecimento de programas de longo, médio e curto prazos, sinergicamente organizados e voltados à concretização de objetivos previstos na Constituição Federal.”²⁴⁵

Tendo em vista contudo que a formulação de políticas públicas sempre esteve tradicionalmente na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, existe enorme celeuma no que atine a uma suposta violação da teoria da separação dos poderes quando da atuação jurisdicional na seara política²⁴⁶.

É sobre essa questão que versará o tópico seguinte.

3.2 A separação dos poderes estatais

²⁴¹ Configurando o que Vanice Regina Lírío do Valle denomina de multiplicidade de atores. (VALLE, Vanice Regina Lírío do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 37).

²⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (organizador). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136-137.

²⁴³ Ibidem, p. 134.

²⁴⁴ PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo. 4 ed. rev., ampl. e atual. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodim, 2010, p. 486.

²⁴⁵ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 242.

²⁴⁶ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 286.

A ideia de uma separação de funções do poder político, através da qual seria possível alcançar a felicidade humana²⁴⁷, pode ser percebida desde a antiguidade clássica, com Aristóteles²⁴⁸.

Em tempos menos remotos, fins do século XVII, John Locke²⁴⁹ fornece contribuição decisiva que pavimenta a sistematização de uma teoria geral da separação dos poderes esposada por Charles de Montesquieu em 1748, ano da publicação da célebre obra “O Espírito das Leis”²⁵⁰, na qual preconiza que, a fim de que sejam evitadas tiranias, cada função estatal deve ser exercida por órgãos públicos distintos, quais sejam, os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário.

Dessa forma, o exercício de cada poder frearia²⁵¹ os demais, havendo uma limitação recíproca de poderes. No que tange ao Poder Judiciário, Montesquieu caracteriza-o como um poder invisível e nulo, afirmando ser o magistrado “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”²⁵².

A doutrina de Montesquieu foi elaborada em contraposição aos abusos do Estado e com o intuito de proteger liberdade do indivíduo sendo, por isso, uma teoria política, à

²⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328-329.

²⁴⁸ Aristóteles afirma que, em todo governo, existem três poderes essenciais, sendo o primeiro o que delibera sobre assuntos estatais; o segundo, aquele que compreende todas as funções e atribuições públicas; e, o terceiro, aquele que abrange as funções jurisdicionais. (ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes: 2006, p. 87).

²⁴⁹ O referido autor sustenta a existência do poder legislativo, aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros; e dos poderes executivo e federativo os quais, embora apresentem diferenças entre si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que delas fazem parte e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, estão quase sempre unidos. (LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução de Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Organização de Igor César F. A. Gomes. Distribuição: Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Editora Vozes, 2006).

²⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 3 ed. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁵¹ De acordo com Flávia Piovesan, “o princípio da separação dos poderes deve, pois, ser compreendido à luz da sistemática de ‘freios e contrapesos’, ou *checks and balances*, em que um órgão do Poder há de ser fiscalizado e controlado por um órgão de outro Poder”. (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171).

²⁵² Nesse sentido, Montesquieu afirma que estaria “tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 3 ed. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165, 167, 171, 176).

época, revolucionária e coadunada com os ideais que punham a lei como instrumento adequado de defesa em desfavor de um governo déspota²⁵³.

Desta feita, a separação dos poderes proposta por Montesquieu foi consagrada num dado momento histórico, denominado liberalismo²⁵⁴, no qual se visava o enfraquecimento do Estado que passaria a ser pautado por uma legalidade estrita com reduzida atuação na esfera individual²⁵⁵. Daí que, com a crise do Estado Legalista de Direito, faz-se necessária uma superação²⁵⁶ do tratamento rígido e rigoroso dado tradicionalmente à separação entre os poderes²⁵⁷, por meio do qual se intentava conter o absolutismo e preservar a liberdade, a fim de amoldar a teoria aos novos anseios sociais surgidos²⁵⁸.

Certamente, num contexto neoconstitucionalista²⁵⁹, o Judiciário deixou de ser mero aplicador mecânico da lei assumindo, ao contrário, um papel de agente transformador da realidade social, em consonância com os valores esposados pela Constituição de 1988²⁶⁰. E é envolta nesse cenário que a teoria da separação dos poderes deve ser considerada, tornando-se fundamental reinterpretá-la, afinal, o Estado deve estar direcionado a promover políticas públicas capazes e efetivar os valores constitucionais²⁶¹, dentre os quais, os direitos sociais.

Em um regime democrático de direito, todos os poderes constituídos devem fidelidade à Carta Fundamental do Estado²⁶² de modo que caso, por exemplo, haja omissão indevida e violadora do texto constitucional por parte dos órgãos políticos, Legislativo e

²⁵³ SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11.

²⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2 ed. Barcelona, Ariel, 1970.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-126.

²⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

²⁵⁷ ARANHA, Flora Augusta Varela. Democracia e a máxima efetivação dos direitos fundamentais: (re)pensando conceitos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n.º 15, jul/dez 2007. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 2007, p. 172.

²⁵⁸ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 285.

²⁵⁹ Cf. tópico n. 2.1.

²⁶⁰ PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 477.

²⁶¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 64.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 246.

Executivo, caberá ao Judiciário, quando instado a se manifestar, fazer prevalecer a constituição, sanando o ato omissivo²⁶³.

Nesse sentido, há, em verdade, uma relocação de responsabilidades, não sendo vedado que um órgão não especializado exerça, ocasionalmente, e desde que compatível com sua atividade fim, uma determinada função atribuída primordialmente a outro órgão²⁶⁴. A separação rígida dos poderes cede lugar para uma doutrina que pugna pela harmonia, equilíbrio, cooperação e colaboração²⁶⁵ entre os poderes, em que todos estão imbuídos do dever de fazer valer o primado da Constituição²⁶⁶, atuando numa relação de interdependência²⁶⁷.

Quanto ao argumento de ser ilegítima a atuação do Judiciário na esfera política, tendo em vista o seu caráter contra majoritário ou não-representativo²⁶⁸ – em que, diferentemente do que ocorre no Executivo e Legislativo, o magistrado não é eleito para o cargo – deve ser colocado, inicialmente, que o conceito de democracia não pode estar restrito a uma simplória ideia majoritária, sob pena de serem desconsideradas noções de participação e tolerância, de forma que não se pode admitir que a minoria esteja refém dos caprichos da circunstancial e momentânea maioria²⁶⁹.

Ressalte-se ademais, segundo constata Nagibe de Melo Jorge Neto, que a democracia hodierna vivencia uma profunda crise da própria representatividade política, pois os representantes da sociedade acabam se afastando da vontade geral, a fim de atender a interesses não republicanos, protegendo-se no entanto “sob o pálio da separação de poderes

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 164.

²⁶⁴ APPIO, Eduardo. **Controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

²⁶⁵ A respeito da ideia de colaboração entre os poderes, Flora Augusta Varela Aranha faz uma analogia com orquestra musical, em que cada instrumento trabalha em prol da execução da música, sob a direção do maestro, conquanto cada um, independentemente, execute sua tarefa. Assim, semelhantemente, os poderes estatais, embora independentes, cada um executando sua função típica, atuam em conjunto visando realizar os princípios e objetivos fundamentais do estado brasileiro. (ARANHA, Flora Augusta Varela. Democracia e a máxima efetivação dos direitos fundamentais: (re)pensando conceitos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n.º 15, jul/dez 2007. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 2007, p. 172).

²⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos (org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283.

²⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 321.

²⁶⁸ Dirley da Cunha Júnior observa que o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, detém algum grau de representatividade, na medida em que, conforme o artigo 101, parágrafo único, da Constituição de 1988, seus membros são nomeados pelo Presidente, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 337).

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42-47.

para garantir que a sociedade não submeta a questionamento suas escolhas, traindo a própria essência do princípio”²⁷⁰ ao utilizá-lo indevidamente como um véu ideológico²⁷¹.

Assim, também observa Dirley da Cunha Júnior, a vontade do povo, expressada através de instrumentos legais, torna-se, em muitos casos, mera ficção, já a lei eventualmente está voltada ao atendimento indevido de restritos grupos afrontando, dessa maneira, valores básicos constitucionais²⁷².

Além disso, Daniel Sarmiento completa que contribui para minar o quadro político-representativo brasileiro a famigerada influência do poder econômico nos pleitos eleitorais e o distanciamento e apatia do cidadão em relação às causas públicas, por isso, afirma o referido autor, que o “problema é universal, mas, no Brasil, há componentes que o agravam de forma exponencial, abalando profundamente a credibilidade das instituições de representação popular”²⁷³.

Nesse diapasão é que a atuação do Judiciário em matérias políticas pode oxigenar e potencializar a democracia, na medida em que propicia o democrático debate em torno de temas como aqueles relacionados à efetivação de direitos fundamentais, aproximando assim o povo dos poderes constituídos²⁷⁴.

Logo, no intuito de possibilitar a efetivação daqueles dispositivos constitucionais que exijam prestação do Estado omissivo, o magistrado deve tomar uma postura criativa²⁷⁵ e democrática já que, em situações de inércia política, todos aqueles indivíduos não contemplados pelos direitos sociais somente poderão encontrar a oportunidade para participar ativamente do debate acerca da concretização dos valores constitucionais na via jurisdicional,

²⁷⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 166.

²⁷¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 90.

²⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 357-358.

²⁷³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 397.

²⁷⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. op. cit., p. 166.

²⁷⁵ Conforme afirma Paulo Cesar Santos Bezerra, “no que toca ao acesso à justiça, a postura do juiz é de suma importância. Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de ‘julgar conforme a lei’, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa, e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados”. (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. rev. Rio De Janeiro: Renovar, 2008, p. 209).

após o que haverá, se for o caso, a contemplação dos pleitos requeridos, através das decisões judiciais fundadas em princípios e valores constitucionais²⁷⁶.

É necessário superar a doutrina constitucional conservadora e resistente a uma postura mais ativa do magistrado²⁷⁷, entretanto, faz-se importante destacar que esse ativismo judicial não é livre, havendo limites formais e materiais dispostos na Constituição Federal²⁷⁸.

O Poder Judiciário, no controle de políticas públicas, deverá atuar de forma racional e fundamentada, tendo sempre como primordial foco o adimplemento de direitos sociais básicos daqueles que se encontram numa situação de exclusão ou hipossuficiência social os quais, dada a situação de miserabilidade, reclamam o oferecimento dos serviços prestados pela Defensoria Pública, visto que o magistrado somente poderá tomar providências caso instado a se posicionar, sendo o órgão defensorial a instituição que está constitucionalmente incumbida de tutelar os interesses dos necessitados.

Dessa forma é que, no próximo tópico, serão analisados os aspectos introdutórios referentes ao ativismo judicial para, em capítulo seguinte, ressaltar-se a importância da Defensoria Pública na efetivação de normas programáticas definidoras de direitos sociais, através do controle jurisdicional das políticas públicas.

3.3 O ativismo judicial

A expressão ativismo judicial foi empregada pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. no artigo “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na revista norte-americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o público leigo. A intenção do autor era traçar um perfil dos nove juízes da Suprema Corte americana, razão pela qual foram estes

²⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 321.

²⁷⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 91.

²⁷⁸ Dirley da Cunha Júnior destaca que a legitimidade é adquirida pelo modo como se exerce a jurisdição (proporcionando a participação de pessoas ou grupos marginalizados pelos outros poderes), devendo, ainda, haver a devida fundamentação com consistência da decisão judicial, nos moldes do artigo 93, inciso IX (as decisões não podem resultar de caprichos dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade). (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 337).

classificados como ativistas judiciais, campeões da autolimitação e integrantes do grupo de centro²⁷⁹.

Desta feita, Vladimir Santos Vitovsky²⁸⁰ afirma que as origens do ativismo judicial pode ser encontrada na jurisprudência norte-americana detendo, num primeiro momento, uma natureza conservadora, o que pode ser percebido na decisão favorável à segregação racial (*Dred Scott X Sanford, 1857*) e naquelas que optaram pela invalidação de leis sociais em geral (era Lochner, 1905-1937), e num segundo momento, com a presidência da Suprema Corte exercida pelo juiz Warren (1953-1969) até os primeiros anos da Corte Burger (1973), uma natureza progressista, como nos casos em que foi decidido ser ilegítima a segregação racial (*Brown X Board of Education, 1954*), foi atribuído o direito a não auto incriminação dos acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona, 1966*), houve o reconhecimento de direitos de igualdade às mulheres (*Richardson X Frontiam, 1973*), assim como na decisão referente ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut, 1965*) e à interrupção da gravidez (*Rose X Waria, 1973*).

É por esse motivo que alguns constitucionalistas norte-americanos afirmam que o ativismo judicial pode estar presente tanto em cortes liberais quanto em cortes conservadoras²⁸¹ traçando, assim, o que seriam as características gerais e significações principais da expressão²⁸².

Ocorre que o ativismo judicial é freqüentemente utilizado num tom pejorativo, depreciativo, de crítica²⁸³ e desaprovação, visto que supostamente propiciaria um

²⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 19-20.

²⁸⁰ VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91-92.

²⁸¹ William P. Marshal afirma que o ativismo também pode estar presente em cortes conservadoras. (MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: University of Colorado Law Review, v. 73, sept., 2002 apud VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 20).

²⁸² A fim de sistematizar a matéria, Keenan Kmiec identificou cinco significações principais da expressão ativismo judicial, quais sejam, invalidação pelo judiciário de atos de outras esferas do governo tidos como inconstitucionais; quebra de um precedente; legislação judicial; julgamento feito com objetivos definidos; interpretações que tenham como ponto de partida metodologias aceitas; e, por fim, julgamentos orientados pelo resultado. (KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. California Law Review, n. 92, oct. 2004, p. 1444 apud OLIVEIRA, Umberto Machado de. Caso da limitação do uso de algemas: como delimitar o ativismo do Supremo Tribunal Federal? In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 192).

²⁸³ Com esse tom crítico, Kermit Roosevelt III afirma que “O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão”. (ROOSEVELT III, Kermit. Myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions. New Haven: Yale University, 2006 apud VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 20). Randy Barnett também é signatário desse entendimento. (BARNETT, Randy E. Foreword: Judicial

comportamento judicial invasivo nos outros poderes estatais, em que os juízes tentariam impor seus próprios valores de forma abusiva²⁸⁴. Logo, o conceito de ativismo é muitas vezes atrelado a uma ideia negativa, isto é, de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário²⁸⁵.

Nesse sentido, no Brasil, Elival da Silva Ramos²⁸⁶ entende que o ativismo judicial é nada mais do que um exercício da função jurisdicional do Estado para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, apresentando-se como uma insidiosa descaracterização das atividades do Poder Judiciário, na medida em que possibilita indevidamente a este Poder atuar nas searas legislativa, administrativa e de governo.

De fato, conforme observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a noção de ativismo “está ligada ao exercício expansivo e vigoroso da autoridade pelo Poder Judiciário frente aos demais autores institucionais, seja impondo-lhes obrigações, seja atuando em espaços tradicionalmente ocupados pelos órgãos políticos”²⁸⁷.

Assim, nesse contexto, ao intervir, por exemplo, em políticas públicas, quando da omissão inconstitucional dos poderes diretamente competentes para efetivá-las, o magistrado acaba promovendo reais e efetivas mudanças sociais²⁸⁸. O ativismo judicial tem como característica essencial, dessa forma, o afastamento da postura clássica de neutralidade tradicionalmente adotada ou cobrada do Poder Judiciário²⁸⁹.

conservatism v. a principled judicial activism. Symposium on Law and Philosophy. *Havard Journal of Law and Public Policy*. 10, 273-294, 1987 apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 390).

²⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 547.

²⁸⁵ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24, 123,124.

²⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁸⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 542.

²⁸⁸ VITOVSKY, Vladimir Santos. Activismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91-92.

²⁸⁹ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 27-66, 2010.

Ressalte-se, entretanto, que o ativismo judicial não é necessariamente ilegítimo²⁹⁰. Afinal, a maior possibilidade de interferência do Poder Judiciário no espaço reservado aos outros poderes é consequência, inclusive, das novas propostas neoconstitucionalistas, uma vez que permitem uma maior e mais efetiva concretização dos valores e fins constitucionais²⁹¹.

Logo, ainda que inicialmente afirme-se que o ativismo configura atividade vedada à magistratura, após cuidadosa reflexão percebe-se que, atuando de forma indispensável para tornar efetivos direitos fundamentais violados pela omissão indevida dos demais órgãos públicos, o Poder Judiciário estará tão somente cumprindo mandamentos constitucionais²⁹².

Afinal, a Constituição Federal não detém um mero conjunto de promessas²⁹³ devendo haver, por conseguinte, uma concretização dos direitos preceituados em seu bojo. Nesse diapasão, é vedado ao Estado descumprir seus deveres constitucionais, dentre os quais, destacam-se as prestações referentes à efetivação dos direitos fundamentais básicos, a fim de que seja promovido o bem-estar do cidadão e haja um desenvolvimento social da comunidade²⁹⁴.

Isso acaba por tornar anacrônica a absoluta independência entre as funções estatais, já que se exige uma maior colaboração entre os órgãos que as exercem, com controle recíproco e responsabilidade compartilhada por todos no intento comum de realizar a Constituição, dada a normatividade de seu texto.

O ativismo judicial não pode ser tomado como uma simples e indesejada invasão jurisdicional, mas sim como necessário cumprimento de incumbência constitucional, em que o magistrado atua em respeito aos valores constitucionais e não a uma mera ideologia

²⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 551.

²⁹¹ ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 147.

²⁹² COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 477.

²⁹³ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do supremo tribunal federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 123,124.

²⁹⁴ A esse respeito, destaque-se o histórico discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães: “Essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social. Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!” (GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso pronunciado na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte**, em 27 de julho de 1988. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

pessoal²⁹⁵. O Poder Judiciário deverá atuar então, caso devidamente provocado para tanto, nos casos em que o processo de representação política não esteja funcionando devidamente²⁹⁶.

Alguns doutrinadores²⁹⁷, com destaque para Luís Roberto Barroso, promovem uma diferenciação entre o ativismo judicial e judicialização da política. Enquanto o primeiro diz respeito a atuação proativa do Judiciário em face da inércia dos demais Poderes²⁹⁸, a judicialização da política se deve a uma ampliação do raio de ação do Poder Judiciário²⁹⁹, sendo mera circunstância que advém do modelo constitucional adotado e não de um exercício deliberado de vontade política³⁰⁰.

Dessa forma é que, tendo em vista todas as considerações esposadas, pode-se afirmar que em caso de inércia inconstitucional de determinados entes estatais, um adequado e legítimo ativismo judicial é essencial para a materialização expressiva dos direitos fundamentais de natureza social e, por conseqüência, para a consolidação dos valores democráticos³⁰¹.

²⁹⁵ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 27-66, 2010.

²⁹⁶ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 282.

²⁹⁷ Como exemplo, cite-se Carlos Alexandre de Azevedo Campos, para quem a judicialização ganha espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e renova. Assim, para este autor, enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para estas questões políticas e sociais dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou tribunal em aceitar esta demanda e reconhecer sua própria legitimidade e capacidade para ditar as soluções. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 543-544). Daniel Giotti, por sua vez, afirma que parece existir um “consenso no sentido de que o ativismo judicial é uma prática dos tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos outros poderes constituídos, enquanto a judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao Judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão”. (PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 394).

²⁹⁸ Luís Roberto Barroso afirma que “A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (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 Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 30/01/2012).

²⁹⁹ CITTADINO, Gisele. Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 2, ano II, p. 138, 2001.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 30/01/2012.

³⁰¹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 75.

Contudo, eventuais excessos advindos desta possível virtude da atuação judicial devem ser prontamente coibidos³⁰², já que a atuação mais ativa e verdadeiramente indispensável para a consecução dos direitos constitucionais não pode conduzir a situações abusivas, sendo vedado ao magistrado utilizar-se de métodos políticos ou convicções pessoais³⁰³.

Um ativismo judicial coadunado com os valores constitucionais pode se dar com uma participação popular no processo decisório, através do qual o cidadão poderá efetivamente contribuir com a construção da justiça tornando-se, por essa razão, de suma importância que haja atuação da sociedade civil e de representantes sociais do Estado, em especial a Defensoria Pública e o Ministério Público³⁰⁴.

É plenamente equivocado o dogma que pugna pela proibição do Poder Judiciário em enfrentar questões políticas, sendo repudiável a compreensão totalmente desvirtuada que tem sido divulgada a respeito do ativismo judicial³⁰⁵; afinal, este encontra parâmetros de validade nos próprios preceitos constitucionais³⁰⁶ e através da oportunização efetiva de participação popular em sede jurisdicional.

Por essa razão se faz necessário, no capítulo vindouro, aprofundar a análise de temas correlatos ao ativismo judicial, a começar pela questão orçamentária, a fim de que se possa destacar o relevante papel exercido pela Defensoria Pública na concretização dos direitos sociais básicos por meio de uma adequada atuação jurisdicional.

³⁰² MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poder e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 533.

³⁰³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 413 e 424.

³⁰⁴ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 75.

³⁰⁵ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 421.

³⁰⁶ Corroborando com essa ideia, dispõe Paulo Gustavo Gonet Branco: “se é ativismo que o judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia participativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a constituição. O tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado Democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas”. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 398).

4 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS PELA VIA DE UM ATIVISMO JUDICIAL PAUTADO EM PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

4.1 O orçamento

O advento de um Estado com perfil social, intervencionista e voltado à efetivação dos direitos prestacionais traz consigo uma necessária mudança do modelo de orçamento, antes limitado apenas a uma concepção meramente estática.

Logo, o clássico formato orçamentário deve ser profundamente revisto, tendo em vista a necessidade de que seja estabelecido um novo orçamento-programa, o qual servirá como instrumento de realização dos fins sociais do Estado³⁰⁷.

O orçamento não deve ser manejado como bloqueador³⁰⁸ do cumprimento de deveres do ente público, ao contrário, deve-se utilizá-lo como aliado na consecução dos programas sociais constitucionais.

De início, conforme entende Clemerson Mèrlin Clève, “é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo”³⁰⁹.

Contudo, lamentavelmente, agentes do Poder Executivo no Brasil interpretam a aprovação pelo Poder Legislativo de sua proposta não como uma verdadeira imposição, mas simples autorização para gastar nas áreas respectivas³¹⁰. Essa interpretação não encontra

³⁰⁷ JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229, 230 e 234.

³⁰⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.) et al. **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 306.

³⁰⁹ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/01/2012.

³¹⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 100.

amparo expresso no ordenamento jurídico brasileiro³¹¹ devendo portanto ser rechaçada pois, do contrário, o instrumento orçamentário não passaria de uma mera peça de ficção³¹².

Eduardo Bastos Furtado de Mendonça ressalta que a ideia de um orçamento meramente autorizativo não confere ao ente público o poder de gastar com atividade distinta da originalmente prevista – já que o remanejamento entre opções de gasto exigiria procedimento formal, com manejo de créditos adicionais – mas sim a possibilidade de não agir, de não fazer nada, permitindo, na prática, a simples inércia³¹³. Dessa forma, o Poder Executivo estaria realizando um novo juízo sobre tais prioridades, passando por cima do que havia sido deliberado no Legislativo³¹⁴. Por essa razão é que o referido autor propugna por uma execução do orçamento em alguma medida vinculante³¹⁵, o que evitaria o mero arbítrio do Executivo.

Nesse sentido, a inexecução da dotação orçamentária poderia ser utilizada pelo Judiciário como argumento a favor para uma maior interferência na área de políticas públicas, já que apesar do órgão jurisdicional não estar refém da existência de uma prévia dotação orçamentária³¹⁶ haveria justificativa constitucionalmente adequada para um maior ativismo judicial.

Mas a atuação jurisdicional pode ser também cabível em caso de omissão inconstitucional no orçamento elaborado. É o que será nesse momento analisado.

³¹¹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 392.

³¹² NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo? In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. **Administração Pública**: Direito administrativo, financeiro e gestão pública: práticas, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002, p. 153.

³¹³ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 392.

³¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁵ Eduardo Bastos Furtado de Mendonça propõe a existência de duas modalidades de vinculação; a primeira é a vinculação autêntica, isto é, a que se entende verdadeiramente devida, decorrente dos princípios constitucionais analisados. Nessa, o “orçamento aprovado deve ser tratado como a generalidade dos atos do poder público, com presunção de imperatividade. Modificações serão possíveis por meio de créditos adicionais (...). A única prerrogativa que desapareceria seria o poder de não agir”; a segunda “consiste apenas no dever de motivar eventuais desvios da rota planejada, uma obrigação de dar satisfações sobre os motivos que justificariam a decisão. Foi denominada de vinculação mínima”, exigindo que haja motivação obrigatória em caso de descumprimento da previsão inicial. “A rigor, sequer se trata de verdadeira vinculação, salvo por exigir que o administrador leve em conta a decisão orçamentária e forneça motivos para a sua superação. Com isso, evita-se, ao menos, que o contingenciamento passe despercebido, obrigando o administrador a assumir formalmente uma posição e sustentá-la no espaço público. Como se sabe, a exigência de motivação encontra amparo em diversos dispositivos constitucionais e legais”. (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 394).

³¹⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010, p. 409-410.

A insuficiência na alocação de recursos financeiros em orçamentos públicos para áreas sociais traz como danosa consequência a não efetivação dos direitos prestacionais, autorizando uma válida correção dessa peça orçamentária pela via judicial, após devida provocação do legitimado³¹⁷. Isso porque a liberdade de conformação dos Poderes Executivo e Legislativo encontra limitação nas normas constitucionais, em especial naquelas “definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos”³¹⁸.

De certo, a possibilidade de controle judicial do orçamento é manifesta, haja vista ser esse um poderoso e relevante instrumento democrático, já que permite a priorização das políticas públicas que atuem em prol da concretização dos direitos sociais³¹⁹. De mais a mais, a ideia de que seria absolutamente incabível ao Judiciário interferir no orçamento inviabilizaria toda e qualquer tutela contra o Poder Público que implicasse gastos não previstos expressamente na lei orçamentária.

Nessa situação, exemplifica George Marmelstein Lima, não poderia o magistrado determinar a concessão de benefício previdenciário negado administrativamente a quem fizesse jus, caso não houvesse previsão no orçamento da respectiva despesa previdenciária, nem seria possibilitado ao juiz suspender a exigibilidade de um tributo inconstitucional, caso previsto como receita orçamentária³²⁰. O autor, em complementação, afirma que a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesa é, em verdade, dirigida essencialmente ao administrador, e não ao magistrado que pode, por sua vez, através de uma ponderação de valores, deixar de observar o preceito orçamentário, a fim de concretizar norma constitucional que verse acerca de direito social básico³²¹.

Dessa forma é que seria possível ao Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de despesas para efetivar determinado direito fundamental dirigido a ser humano necessitado, mesmo porque as normas em colisão “(previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar

³¹⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 100.

³¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (organizadores). **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 105.

³¹⁹ GONÇALVES, Hermes Laranja. **Uma visão crítica do orçamento participativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 27.

³²⁰ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, p. 91-93.

³²¹ *Ibidem*, loc. cit.

prevalência ao direito fundamental, dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária”³²².

Em situações assim, isto é, quando as pretensões dos necessitados sociais pesam mais que as razões de política financeira³²³, o direito fundamental à prestação de políticas públicas deve prevalecer sobre as regras do orçamento público³²⁴.

Caso fosse necessário, o julgador poderia até mesmo, após juízo de ponderação, autorizar a transferência ou realocação³²⁵ de recursos de uma rubrica orçamentária para outra³²⁶. Não deve, pois, prosperar o entendimento que pugna pela impossibilidade de se exigir do órgão estatal a prestação de um direito fundamental, caso inexista previsão orçamentária para sua efetivação³²⁷.

Ora, num Estado regido por uma constituição democrática, os poderes constituídos encontram-se vinculados aos limites traçados pelo legislador constituinte³²⁸. Assim, os Poderes Executivo e Legislativo, ao elaborarem o orçamento, não poderão alocar recursos ao bel-prazer de cada qual³²⁹, sendo inaceitável que se destine uma soma expressiva

³²² Ibidem, p. 92.

³²³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 150.

³²⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

³²⁵ A doutrina vem aderindo à ideia de ser possível uma transposição de verbas orçamentárias em prol do fortalecimento de direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, a exemplo de Victor Burgo (BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90); Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 359); Vanice Regina Lírio do Valle (VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 110) e Priscila Faricelli de Mendonça (MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 413).

³²⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 151.

³²⁷ Em sentido contrário, Susana Henriques da Costa afirma que “Assim, comprovada pela Administração, a inexistência de qualquer previsão genérica orçamentária, será impossível se exigir do Executivo o cumprimento imediato da condenação. A questão, porém, desloca-se para o âmbito do planejamento orçamentário, devendo o Poder Público primeiramente realizar a respectiva dotação e, na seqüência, cumprir a obrigação”. (COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 464).

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 359.

³²⁹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

de recursos para rubricas como publicidade governamental³³⁰, em desfavor de áreas relacionadas ao atendimento de direitos sociais essenciais dos necessitados.

É por isso que a construção de um constitucionalmente adequado planejamento orçamentário deve ser capaz de atender ao mínimo existencial da população, estabelecendo programas de curto, médio e longo prazo, voltados, todos estes, para a concretização dos objetivos traçados pela Constituição Federal. Para isso, o Poder Público dispõe de alguns instrumentos orçamentários, quais sejam, plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e orçamentária anual (LOA), os quais deverão servir de instrumentos jurídicos para a consecução de políticas públicas focadas ao atendimento das necessidades sociais³³¹.

Todavia, nem sempre os instrumentos orçamentários são dotados de recursos suficientes para cumprir com a incumbência a eles destinada pela Constituição, motivo pelo qual, nessas situações, o Judiciário poderá, após provocado, determinar o “reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”³³², através de decisão. Afinal, “a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos”³³³; desta maneira, é vedado ao Estado escolher³³⁴ entre alocar ou não alocar recursos suficientes para atender ao mínimo existencial daqueles que são considerados necessitados.

Isso significa que em caso de destinação orçamentária incipiente será cabível um controle jurisdicional do orçamento público em resposta a manifestação da Defensoria Pública, por exemplo, que é a instituição legitimada pela Constituição brasileira para buscar o adimplemento dos direitos sociais básicos dos necessitados.

³³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 15.

³³¹ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 242.

³³² Fernando Facury Scaff denomina “sentença aditiva” decisão que implica aumento de custos para o Erário público. (SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 133).

³³³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 51.

³³⁴ Gustavo Amaral destaca que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender. (AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 214, 215).

Nesse diapasão, é oportuno destacar uma alegação reiteradamente utilizada pelo ente estatal para escusar-se de cumprir mandamentos constitucionais referentes a direitos sociais, qual seja, a reserva do possível.

4.2 A reserva do possível

A teoria da reserva do possível foi elaborada pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, tendo aparecido pela primeira vez em decisão de 18 de abril de 1972³³⁵, numa questão que envolveu o debate a respeito da legitimidade de limitação do número de discentes admitidos no curso de medicina da Universidade de Hamburgo e Munique, em face do direito constitucionalmente assegurado a todos os alemães de terem, através de livre escolha, acesso aos locais de ensino para sua formação³³⁶.

Nesse precedente histórico, a Corte Alemã decidiu que ainda em situações nas quais “os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”³³⁷, impossibilitando assim “exigências individuais acima de um certo limite básico de satisfação dos direitos fundamentais”³³⁸.

Em tal julgado, Paulo Roberto Lyrio Pimenta observa ter havido o reconhecimento da “existência de limitações orçamentárias à realização de pretensões asseguradas por dispositivos constitucionais”³³⁹, de modo que a efetivação dos direitos

³³⁵ Trata-se do paradigmático caso *numerus clausus*: BverfGE 33, 303 (333). (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 237-238).

³³⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 148.

³³⁷ MARTINS, Leonardo (organizador); SCHWABE, Jürgen (coletânea original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Maria Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 663.

³³⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl, rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 149.

³³⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 193, janeiro/março 2012. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal, 2012, p. 13.

constitucionais sociais estaria submetida “à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos”³⁴⁰.

Para Daniel Sarmento³⁴¹ é possível desdobrar a ideia de reserva do possível nos elementos fático e jurídico³⁴². O primeiro “diz respeito a efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional”³⁴³; já o segundo “relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o estado incorrer nos respectivos custos”³⁴⁴.

E é nessa linha conceitual que diversos autores no Brasil³⁴⁵ admitem a aplicação, nesse país, da reserva do possível, mesmo em situações que envolvam a efetivação de direitos fundamentais sociais, os quais demandam prestações positivas por parte do Estado.

Com efeito, José Reinaldo de Lima Lopes entende ser perfeitamente viável que os órgãos administrativos utilizem uma defesa embasada na reserva do possível, nos casos em que o pedido e a decisão visarem a beneficiar, por exemplo, alguém em particular, de forma imediata e isolada³⁴⁶.

Daniel Sarmento, por sua vez, afirma que algumas questões não podem ser ignoradas, tendo em vista que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos de natureza social envolve custos de faceta onerosa especial, isto é, mais significativa e saliente³⁴⁷. Por isso, complementa o autor, essa “escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas”³⁴⁸. Assim, não é possível, no mundo real, ter tudo ao mesmo tempo, já que para

³⁴⁰ Ibidem, loc. cit.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 407-408.

³⁴² Outros doutrinadores advogam por essa mesma tese, a exemplo de Paulo Caliendo que afirma que a chamada reserva do possível pode ser de ordem fática (falta de recursos) e jurídica (orçamentária). (CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010, p. 180) e Rodrigo Albuquerque de Victor. (VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95).

³⁴³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 407-408.

³⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

³⁴⁵ A doutrina referida é citada nos parágrafos seguintes.

³⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010, p. 172-173.

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010. 391-392.

³⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

cada decisão explicitamente alocativa de recursos há necessariamente uma dimensão implicitamente desalocativa, ou seja, “sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora”³⁴⁹.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, levar a sério a reserva do possível significa também afirmar que cabe ao ente estatal o ônus de comprovar a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos, o não desperdício dos recursos existentes, assim como a eficiente aplicação dos mesmos³⁵⁰.

Baseado nisso, Paulo de Tarso Brandão³⁵¹, Cesar Augusto Alckmin Jacob³⁵², Ada Pellegrini Grinover³⁵³, Aline Araújo Passos³⁵⁴ e Rodrigo Albuquerque de Victor³⁵⁵ aceitam que haja uma aplicação, ao menos parcial e dentro de parâmetros, da reserva do possível em determinados casos concretos em que exista comprovada insuficiência de recursos financeiros e/ou ausência de previsão orçamentária.

Tomando posição mais radicalmente favorável à reserva do possível, Sandoval Alves da Silva dispõe que o direito não pode promover a realização do que não seja econômica e financeiramente possível, sendo possibilidade aquilo que seja admitido expressamente pela lei orçamentária³⁵⁶. Assim, o autor afirma ser desarrazoado impor

³⁴⁹ Afirma ainda Daniel Sarmento: “Neste quadro, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia”, para, em seguida questionar: “Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular?”. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010. 391-392).

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 356-357.

³⁵¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.) et al. **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 312.

³⁵² JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 279.

³⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

³⁵⁴ PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 490.

³⁵⁵ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

³⁵⁶ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 182 e 190.

integralmente ao Poder Executivo o fornecimento de todas as prestações positivas constitucionalmente estipuladas³⁵⁷.

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, traça uma diferenciação entre direitos fundamentais e direitos sociais, afirmando que estes últimos estariam submetidos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificando inclusive a judicialização³⁵⁸.

Em verdade, a importação ao Brasil da teoria da reserva do possível se deu de forma acrítica³⁵⁹, desconsiderando o fato de que o contexto jurídico social da Alemanha é bem distinto da realidade histórico-concreta brasileira.

Nesse sentido, observa Dirley da Cunha Júnior, enquanto na Alemanha já existe um padrão elevado de bem-estar social, no Brasil “milhares de pessoas ainda não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais”³⁶⁰.

Logo, conforme afirma Andreas Joachim Krell, “é questionável a transferência de teorias jurídicas que foram desenvolvidas em países centrais do chamado primeiro mundo com base em realidades culturais, históricas e acima de tudo sócio-econômica completamente diferentes”³⁶¹.

É por esse motivo que os conceitos constitucionais trasladados dos países centrais para aqueles que detêm grave quadro de desigualdade social devem ser interpretados e aplicados de forma adaptada, considerando as circunstâncias particulares do mundo em desenvolvimento, no qual o Estado Providência sequer foi implantado³⁶².

A reserva do possível é argumento incompatível, inclusive, com as características intervencionistas e programáticas do Estado Social, ideologia estatal à qual o Brasil aderiu em

³⁵⁷ Ibidem, loc. cit.

³⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105-106 e 113.

³⁵⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl, rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 151.

³⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (organizadores). **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 105.

³⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51-54.

³⁶² Ibidem, loc. cit.

1988, não podendo, por isso, ser meramente invocado para paralisar a conduta pró-ativa do Poder Judiciário e de outras instituições públicas³⁶³.

Não deve, pois, prosperar a ideia de reserva do possível nos moldes traçados por uma doutrina³⁶⁴ que a considera sob vieses fático (disponibilidade de recursos econômicos) e jurídico (autorização orçamentária), independente do titular do direito social não adimplido.

No que tange ao aspecto fático da reserva do possível, é até mesmo ingênuo acreditar que inexistente a possibilidade financeira de o Estado para prestar direitos sociais mínimos aos necessitados. Falta sim é vontade política³⁶⁵, já que a existência de recursos públicos³⁶⁶ disponíveis para efetivação desses direitos através de políticas públicas depende de escolha das prioridades do poder público³⁶⁷. De mais a mais, toda e qualquer natureza de direito exige o aporte econômico do Estado, não sendo privilégio dos direitos sociais a existência de custos para sua efetivação³⁶⁸.

Os direitos de natureza social são cruciais para a inclusão social, visto se destinarem a atender os indivíduos que se encontram à margem da sociedade, desprovidos dos mais basilares direitos constitucionais. Por isso, condicionar a realização de direitos fundamentais sociais “à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia

³⁶³ JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 234.

³⁶⁴ Cf. nota de rodapé n. 342.

³⁶⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-121.

³⁶⁶ A receita do Estado proveniente de arrecadação de tributos, no âmbito federal, bateu recorde no ano de 2011, atingindo, assim, o maior valor da história com um total de 969.907.000.000 de reais arrecadados, conforme informação divulgada pela Receita Federal do Brasil e noticiada em portal oficial do governo na internet. (BRASIL. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

³⁶⁷ No Estado da Bahia, por exemplo, o orçamento referente ao ano de 2012 destina 95.672.000 de reais para a Secretaria de Comunicação Social, responsável pela publicidade do governo; 24.513.000 de reais para a Casa Militar do Governador, responsável por sua segurança pessoal e 112.819.890 reais para a Defensoria Pública estadual. Ou seja, o Estado da Bahia gasta montante financeiro maior com publicidade somada ao aparato de segurança para o Governador do que aquilo que destina a estruturação de uma instituição que se encontra umbilicalmente relacionada à efetivação de direitos sociais, caso da Defensoria Pública. (BAHIA. **Orçamento 2012**. Disponível em: <<http://www.seplan.ba.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

³⁶⁸ Stephen Holmes e Cass Sustein entendem que todos os direitos são dispendiosos, isto é, envolvem custos, já que pressupõem a destinação de recursos financeiros e orçamentários para mantê-los e efetivá-los. Dessa maneira, todos os direitos seriam positivos. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 10). No Brasil, no mesmo sentido, Gustavo Amaral que relativiza a distinção entre direitos negativos e positivos, afirmando, inclusive, existirem direitos sociais essencialmente negativos, isto é, que não demandam conduta estatal intrínseca, como o direito à greve (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81) e Flávio Galdino que dispõe a respeito dos custos relacionados com a realização de todo e qualquer direito. (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

a zero”³⁶⁹. Não se trata de atribuir caráter messiânico à Constituição, mas simplesmente de levá-la a sério³⁷⁰.

Além disso, não se pode olvidar dos preocupantes e repudiáveis dados de pesquisas realizadas por fidedignos órgãos e que tornam públicos os efeitos da voraz e corrosiva corrupção que assola o país e proporciona o desvio anual de montantes gigantescamente assustadores do erário público³⁷¹.

Dessa maneira, percebe-se a fragilidade da utilização da reserva do possível pelo viés fático sem considerar, o que é essencial, a hipossuficiência social daqueles que são desprovidos de direitos inerentes a uma vida humana digna.

No que atine ao aspecto jurídico da reserva do possível, deve ser considerado que cabe ao orçamento realizar os objetivos da República Federativa do Brasil³⁷², do que se conclui que os direitos sociais devem ser concretizados pelo orçamento³⁷³. Acaso este não esteja em consonância com os mandamentos constitucionais³⁷⁴ é possível, após interlocução entre os atores judiciais, em que será dada a oportunidade para que todos os cidadãos reflitam e exponham os seus pleitos e argumentações, haver remanejamento³⁷⁵ dos recursos

³⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53-54.

³⁷⁰ Ibidem, op. cit.

³⁷¹ A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo divulgou estudo baseado em pesquisa realizada pela ONG Transparência Internacional a respeito do índice de percepção de corrupção que constatou que o Brasil é o 69º mais corrupto dentre os 180 países analisados, ficando atrás, por exemplo, de Porto Rico (33º), Coréia do Sul (39º), Kuwait (54º) e Malásia (56º). Baseado nisso, como o índice de corrupção brasileiro é correspondente ao valor 3,7, abaixo da média mundial, a FIESP calcula que o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões (em reais de 2010) o que daria, por exemplo, para arcar com o custo anual de 24,5 milhões de alunos das séries iniciais do ensino fundamental, para comprar 160 milhões de cestas básicas ou para construir 918 mil casas populares. (FIESP. **Índice de Percepção da Corrupção – 2010**. DECOMTEC. 2011. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br>>. Acesso em: 20/03/2012).

³⁷² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

³⁷³ JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232.

³⁷⁴ Flávia Piovesan ressalta, no tocante a esse ponto, que existem dispositivos constitucionais que estabelecem o mínimo de aplicação em determinadas áreas sociais. Assim é que quanto “ao direito à educação, dispõe o art. 212 da Constituição: ‘A União aplicará, anualmente, nunca menos de 18, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino’. Quanto ao direito à saúde, os recursos orçamentários serão dispostos em conformidade com os critérios estabelecidos no art. 198 da Constituição”. (PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 1, ano 1, p. 161-178, jul./dez., 2008).

³⁷⁵ No mesmo sentido, Ricardo Maurício Freire Soares afirma que “se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamento de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire.

disponíveis, retirando-os de áreas “onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”³⁷⁶.

Um orçamento que não dê a devida importância aos direitos sociais tratados como prioritários pela Constituição encontra-se maculado, cabendo assim ao Judiciário, com a provocação de instituições representantes dos cidadãos, como a Defensoria Pública, e oportunizando uma adequada participação popular no processo jurisdicional, sanar o vício existente, podendo determinar que recursos mínimos devam ser destinados ao adimplemento de direitos básicos de existência daqueles que se encontrem em situação de miserabilidade.

Insustentável também a utilização da reserva do possível pautada no viés jurídico, em que se desconsideram os indivíduos carentes de recursos mínimos para uma sobrevivência dotada de dignidade.

Em verdade, conclui-se ser inescusável a não prestação estatal de direitos sociais que tenham como destinatários os necessitados, ou seja, aqueles indivíduos alijados do acesso ao mínimo existencial. E essa premissa é, por excelência, aplicável a um país economicamente robusto e privilegiado, mas que possui um enorme contingente de miseráveis, resultando em abissal desigualdade social, caso do Estado brasileiro³⁷⁷.

Logo, é incabível, nesses casos, a utilização do argumento da reserva do possível, seja em seu aspecto fático seja em seu aspecto jurídico, já que não há como alegar insuficiência de recursos ou impossibilidade orçamentária quando em jogo os direitos sociais básicos dos necessitados que são, ressalte-se, o público-alvo da Defensoria Pública, desprovidos dos mais basilares direitos previstos na Constituição Federal.

Essa é a situação dos Severinos retratados na obra de João Cabral de Melo Neto: “E se somos Severinos; Iguais em tudo na vida; Morremos de morte igual; Mesma morte;

A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl, rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 151).

³⁷⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53-54.

³⁷⁷ De acordo com a empresa de consultoria britânica *Economist Intelligence Unit* o Brasil passou a ser, no ano de 2011, a sexta maior economia do mundo, ultrapassando o Reino Unido. (ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT – EIU. **The Economist**. Disponível em: <<http://www.eiu.com.br>>. Acesso em: 12/05/2012). Não obstante isso, o relatório do Desenvolvimento Humano 2011, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, aponta que o Brasil possui um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), em 2011, de 0,718 em uma escala de 0 a 1, ocupando, assim, a 84ª posição entre 187 países avaliados. Dessa forma, o Brasil se posiciona atrás de diversos países da América Latina, tais como Chile (44°), Argentina (45°), Barbados (47°), Uruguai (48°), Cuba (51°), Bahamas (53°), México (57°), Panamá (58°), Antígua e Barbuda (60°) e Trinidad e Tobago (62°). Ressalte-se que o IDH é usado como referência da qualidade de vida e desenvolvimento, não se detendo apenas aos aspectos econômicos, o que demonstra que o país ainda tem muito a avançar na que se refere à distribuição da riqueza gerada. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO – PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2011**. Disponível em <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

Severina: Que é a morte que se morre; (...) De fome um pouco por dia; de fraqueza e de doença; É que a morte Severina; Ataca em qualquer idade, E até gente não nascida”³⁷⁸.

Por outro lado, caso o titular da prestação não se enquadre nessa categoria, possuindo recursos suficientes para usufruir de uma vida digna, a atuação do ente público estará restrita ao que for razoável se exigir do Estado³⁷⁹. Esse raciocínio é desenvolvido e defendido com o escopo de explicitar a priorização que deve ser dada pelo ente estatal ao atendimento dos interesses e necessidades daqueles que estão marginalizados na sociedade.

Nesse último caso, dos hipossuficientes sociais, é absolutamente inviável, reiterar-se, a utilização da reserva do possível, seja no âmbito fático seja no âmbito jurídico, cabendo ao Estado adimplir obrigatoriamente com os mandamentos constitucionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana.

Logo, em casos que envolvam o adimplemento do mínimo vital para uma existência digna dos necessitados, cuja proteção é de incumbência da Defensoria Pública, o Judiciário poderá validamente agir de forma contundente, não sendo possível ao Estado recusar-se a cumprir suas obrigações constitucionais pautado na teoria da reserva do possível. Afinal, é descabida, em qualquer hipótese, a utilização desse argumento quando se trata da satisfação de direitos básicos direcionados aos desprovidos sociais.

A utilização indiscriminada da famigerada reserva do possível, fazendo-a se tornar uma espécie de “coringa” para toda e qualquer escusa estatal em cumprir os deveres constitucionais, mesmo em casos que envolvam necessitados sociais é, para afirmar o mínimo, tacaña, mesquinha e escandalosamente afrontosa aos valores umbilicalmente relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana.

Isso porque o Estado não pode se furtar de adimplir o necessário a uma vida digna humana, o que envolve a obrigatória prestação, aos necessitados, de direitos sociais assegurados como fundamentais pela Constituição de 1988.

Daí que se torna imperioso um estudo mais aprofundado acerca daquilo que compõe os aspectos relacionados ao mínimo existencial.

³⁷⁸ MELO NETO, João Cabral de. **Morte e Vida Severina**: e outros poemas para vozes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 237-238.

4.3 O mínimo existencial

A ideia de um mínimo existencial foi esposada pioneiramente pela doutrina alemã em meados do século XX, e teve o intento de superar a inexistência de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949.

Após, acompanhando esse entendimento, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha extraiu o direito a um mínimo de existência digna do princípio da dignidade da pessoa humana (Lei Fundamental, art. 1º, n. 1) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática à luz do princípio do Estado Social (Lei Fundamental, art. 20, n. 1).

Nesse sentido, a Corte Alemã reconheceu existir um núcleo de direitos mínimos que o Estado se encontra compelido a prestar a cidadãos carentes, a fim propiciá-los uma existência digna³⁸⁰.

Com a propagação do conceito e sua posterior incorporação por ordenamentos constitucionais³⁸¹ tornou-se constante o debate a respeito dos parâmetros a serem atribuídos ao mínimo existencial, isto é, disseminaram-se questionamentos sobre seu conteúdo e os direitos por ele abrangidos e, embora não haja unanimidade conceitual, já se pode detectar alguns pontos coincidentes³⁸².

Nesse sentido, visando sistematizar o tema, Ana Paula Barcellos afirma ser o mínimo existencial formado pelas condições imprescindíveis para uma existência digna, propondo, assim, que o conceito deva incluir “os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”³⁸³.

Andreas Joachim Krell, por sua vez, sustenta que o padrão social mínimo sempre incluirá “o atendimento básico e eficiente da saúde, o acesso à uma alimentação básica e

³⁸⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 60-61.

³⁸¹ Ricardo Lobo Torres cita a incorporação da ideia pela Constituição Portuguesa, em seu artigo 18, §3º. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

³⁸² VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização do mínimo existencial. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 15, jul/dez, 2007, p. 70.

³⁸³ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248 e 305.

vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”³⁸⁴, cujo conteúdo, no entanto, irá sempre variar de país para país³⁸⁵.

Já Ingo Wolfgang Sarlet declara que o conceito de mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo, devendo, ao contrário, ser tomado conforme uma cláusula aberta da qual podem ser extraídos alguns direitos, tais como “saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares aos direitos do trabalho e proteção do trabalhador, alimentação, água, saneamento básico, transporte, energia elétrica, renda mínima garantida”³⁸⁶.

Num âmbito geral, a doutrina pátria não se dissocia consideravelmente desses entendimentos³⁸⁷.

Dessa maneira, é possível afirmar que o direito ao mínimo existencial visa preservar a dignidade da pessoa humana³⁸⁸, de modo que eventual omissão estatal em adimplir os direitos básicos inerentes a sua concepção deve ser sanada por meio de uma ativa postura jurisdicional³⁸⁹, após a devida provocação do necessitado social.

Em relação ao atendimento do mínimo existencial, é bem sedimentado o entendimento de não caber nem mesmo alegações referentes a uma reserva do possível, havendo uma verdadeira obrigação do Estado em prestar os basilares direitos sociais satisfazendo a fruição de uma vida digna³⁹⁰.

³⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

³⁸⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 321-322.

³⁸⁷ Ada Pellegrini Grinover afirma que o mínimo existencial, direito às condições mínimas de existência humana digna, compreende a educação fundamental, a saúde básica, o saneamento básico, a tutela do meio ambiente, a concessão de assistência social e o acesso à justiça. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132-133). Em sentido similar Kazuo Watanabe expõe que “o mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos a educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade, à infância”. (WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219).

³⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132-133.

³⁸⁹ VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização do mínimo existencial. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n.º 15, jul/dez 2007. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 2007, p. 94-95.

³⁹⁰ Nesse sentido, dentre outros, Ana Paula Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248); Paulo Caliendo (CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010, p. 179) e Sérgio Cruz Arenhart

Trata-se, nesse caso, do que Robert Alexy denomina de direito subjetivo definitivo a prestações³⁹¹, em que ocorrerá “a prevalência da vida e da dignidade da pessoa”³⁹² propiciando, inclusive, “o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos”³⁹³.

Já com relação aos direitos sociais que excederem ao mínimo, Ricardo Lobo Torres entende que só poderiam “ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”³⁹⁴, restando inviabilizada, desta feita, sua judicialização³⁹⁵. Isso porque, segundo o mesmo autor, “a jusfundamentalidade dos direitos sociais”³⁹⁶ estaria reduzida “ao mínimo existencial”³⁹⁷.

Todavia, tal compreensão não deve, por certo, prosperar, sob pena de inadmissível fulminação de valores materiais constitucionais que fundamentam o Estado brasileiro e o direcionam a proporcionar uma gradual e contínua melhoria dos índices sociais de desenvolvimento.

Isso significa que os direitos fundamentais sociais não se encontram constitucionalmente previstos com o único desiderato de oferecer o mínimo aos indivíduos, apontando, ao inverso, para uma progressiva melhoria da qualidade de vida, no que se coaduna portanto com uma ideia de alcance do máximo possível³⁹⁸.

Com efeito, em caso de direitos sociais que excedam ao mínimo existencial, é errôneo retirar-lhes o caráter de judicializáveis, primeiro pela garantia constitucional que preceitua um acesso universal ao Judiciário³⁹⁹, depois porque, nessa situação, será legítima a análise realizada pelo magistrado do caso concreto, em que haverá a atribuição de peso ao respectivo direito social num processo ponderativo, visto se tratar de um direito subjetivo

(ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 509).

³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499-519.

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 249-250.

³⁹³ Ibidem, loc. cit.

³⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81 e 84.

³⁹⁵ Ibidem, loc. cit.

³⁹⁶ Ibidem, loc. cit.

³⁹⁷ Para Ricardo Lobo Torres “O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita a ponderação.” (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81 e 84).

³⁹⁸ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/01/2012.

³⁹⁹ “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

*prima facie*⁴⁰⁰ persistindo, dessa maneira, “a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar o mínimo existencial, a depender da constelação concreta dos interesses em disputa”⁴⁰¹.

Baseado nisso, George Marmelstein entende que “somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos (...) sociais”⁴⁰², isto é, apesar de todos serem titulares dos direitos sociais, o Estado somente estaria obrigado “a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria”⁴⁰³. O autor cita ainda paradigmáticas decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais da Colômbia⁴⁰⁴ e da África do Sul⁴⁰⁵ que trazem aspectos atinentes a uma obrigatória proteção por parte do Estado no que se refere aos direitos mínimos daqueles que se encontram marginalizados no âmbito da sociedade⁴⁰⁶.

Nesse sentido, Paul Singer sustenta que seja reconhecida a condicionalidade dos direitos sociais, já que vigeriam estes “apenas para quem depende deles para ter acesso a

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499-519.

⁴⁰¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

⁴⁰² GEORGE, Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220; 225-228.

⁴⁰³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁰⁴ “*En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables*”. (COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia SU-225/98. Mayo 20 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>>. Acesso em: 20/04/2012).

⁴⁰⁵ George Marmelstein aponta o caso “*Grootboom*” que tratou do direito à moradia: “*This case shows the desperation of hundreds of thousands of people living in deplorable conditions throughout the country. The Constitution obliges the state to act positively to ameliorate these conditions. The obligation is to provide access to housing, health-care, sufficient food and water, and social security to those unable to support themselves and their dependants. The state must also foster conditions to enable citizens to gain access to land on an equitable basis. Those in need have a corresponding right to demand that this be done. I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce*”; e o caso “*TAC*” que versou sobre o direito à saúde: “*A minimum core of health care services comprising the minimum necessary for dignified human existence. Everyone has a right to have access to these services. The right is enforceable against the state in terms of s 7(2). It obliges the state to make these services available to everyone who does not have access to them. (...) It entitles every rightholder to access to the minimum core of necessities of life required for dignified human existence. Those of them who do not have such access, are entitled to require of the state that it make that minimum core of goods and services accessible to them*”. (LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220; 225-228).

⁴⁰⁶ LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220; 225-228.

parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social – e, portanto, para o exercício dos demais direitos humanos”⁴⁰⁷.

Clenio Jair Schulze, por sua vez, sugere ser correta a compreensão que advoga por uma atuação estatal subsidiária ou supletiva, em que há “a transferência aos particulares da realização de determinadas políticas públicas, a fim de reduzir o espaço de atuação do Estado”⁴⁰⁸.

Ainda nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet, valorizando também o princípio da subsidiariedade, defende que seja exigida do autor da demanda judicial uma comprovação da sua condição de necessitado, requisito imprescindível para a atuação jurisdicional no âmbito dos direitos sociais, isto é, exclusivamente nesse contexto poderia o Judiciário atuar no controle de políticas públicas⁴⁰⁹.

Por fim, Daniel Sarmento aduz ser fundamental, quando da análise de questões envolvendo os direitos sociais, considerar a condição específica do titular do direito, a fim de tornar legítima a atuação jurisdicional no âmbito das políticas públicas, evitando-se, assim, que os direitos sociais sejam manuseados indevidamente pelos mais favorecidos, ou seja, que, ao invés de serem utilizados como “instrumentos de emancipação em favor dos mais fracos, acabem se transformando em artifícios retóricos manejados pelas classes favorecidas”⁴¹⁰.

Entretanto, todas essas considerações devem ser tomadas com a devida acuidade e rechaçadas naquilo que não condigam com os mandamentos constitucionais pátrio.

Isso porque aqueles que não usufruem do inerente a um mínimo existencial detêm o direito subjetivo definitivo⁴¹¹ de exigir do Estado uma imediata e efetiva prestação dos direitos sociais básicos. Ora, serão aos pobres, excluídos sociais, a quem o Estado deve prioritariamente estabelecer suas políticas públicas, com a finalidade de oferecer o mínimo referente a uma vida digna. Porém, isso não significa que aqueles que não se enquadrem na

⁴⁰⁷ SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla (org.). **A história da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 191.

⁴⁰⁸ SCHULZE, Clenio Jair. **Parâmetros para o controle judicial do fornecimento de medicamentos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 31/03/2012.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 248.

⁴¹⁰ Trata-se de um fenômeno denominado por Daniel Sarmento de “Robin Wood às avessas”, em que os recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres são transferidos para os mais favorecidos da sociedade, deixando sem resposta judicial as grandes violações de direitos perpetradas contra os mais carentes. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 417; 424-425).

⁴¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499-519.

condição de desprovidos de recursos sejam indignos da titularidade dos direitos sociais⁴¹² ou não possam, em juízo, exigir prestações devidas pelo Estado.

A diferença é que quando se tratar de necessitado social, não caberão alegações e escusas relacionadas a uma reserva do possível. Por isso, deve o Estado, no tocante a uma efetivação de direitos fundamentais sociais, atender prioritariamente aos indivíduos desprovidos de direitos básicos relacionados à dignidade da pessoa humana. Serão esses, os necessitados, os destinatários preferenciais do Estado quando da articulação e implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento de direitos básicos sociais. Isso possibilita ao Judiciário, após provocação, atuar de maneira ativa e destemida nas áreas relacionadas às políticas públicas, caso haja omissão inconstitucional dos demais poderes.

Nessas situações, é extremamente relevante a participação ativa da Defensoria Pública, visto que esta instituição tem como uma de suas principais atribuições buscar a concretização dos direitos daqueles que são os alvos prioritários das normas constitucionais programáticas, quais sejam, os necessitados ou excluídos, desprovidos do mínimo existencial. Logo, é inegável o papel fulcral da Defensoria para a efetivação dos valores sociais por meio de um adequado ativismo judicial.

Já no caso de se tratar da proteção de direitos sociais daqueles que são providos das condições mínimas para uma sobrevivência digna, é totalmente equivocado o entendimento de que não haveria possibilidade de se exigir do poder estatal qualquer prestação em juízo⁴¹³. Conforme já afirmado, existe, sim, um direito subjetivo *primaefacie*⁴¹⁴ que deverá ser analisado no caso concreto pelo Judiciário.

Logo, não obstante inexistir direito definitivo, é possível o provimento de um pleito que disponha acerca daquilo que exceder ao mínimo existencial, após ponderação judicial dos princípios envolvidos.

Assim é que, nessa situação, para que se imiscua em matérias relacionadas a implementação de políticas públicas na seara dos direitos sociais, o Judiciário deverá considerar outros aspectos principiológicos envolvidos, como o necessário tratamento prioritário a ser destinado aos necessitados sociais.

⁴¹² LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220.

⁴¹³ Posicionamento exposto, por exemplo, por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 248).

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499-519.

De certo, as políticas públicas devem atender primeiramente àquilo que estiver focado ao adimplemento de direitos relacionados ao mínimo existencial de cada indivíduo e, por esse motivo, o Judiciário não detém lastro constitucional para esvaziar os direitos sociais básicos dos necessitados em favor do atendimento daquilo que excede ao mínimo existencial a outros indivíduos já providos de uma vida digna.

No Brasil, por sinal, ainda há muito o que caminhar em direção ao satisfatório atendimento do mínimo existencial de sua população⁴¹⁵, motivo pelo qual a atuação dos órgãos políticos deve focar suas atenções na diminuição da desigualdade social⁴¹⁶ e no oferecimento de melhores condições sociais aos que vivem numa condição de pobreza; inexistindo, portanto, essa necessária atuação política dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, deverá o Judiciário, sempre que instado, agir em prol da efetivação dos direitos sociais daqueles que são potenciais assistidos da Defensoria Pública, daí a importância do seu fortalecimento estrutural humano e físico.

A atuação da Defensoria Pública propicia, pois, uma verdadeira inclusão social, o que é fundamental para um país onde ainda existe uma patente pobreza⁴¹⁷.

Por fim, e isso é de extrema relevância, em conformidade com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, não se deve adotar uma teoria pautada na supletividade ou subsidiariedade da atuação estatal na seara social; o que deve ocorrer é o inverso, ou seja, a Constituição brasileira de 1988, de teor dirigente, impõe uma necessária atuação estatal a fim de que sejam efetivados gradativamente os direitos relacionados a uma vida digna⁴¹⁸. Além do que o próprio conteúdo do mínimo existencial alarga-se gradativa e paulatinamente, na medida em que as conquistas vão sendo alcançadas pela sociedade.

⁴¹⁵ O contingente de pessoas, no Brasil, que se encontram em situação de extrema pobreza (com rendimento nominal mensal de até R\$ 70,00) totaliza 16,27 milhões de pessoas, o que representa 8,5% da população total do país. (CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/censo2010>>. Acesso em: 12/05/2012).

⁴¹⁶ Os resultados do Censo Demográfico 2010 demonstram que existe ainda uma enorme desigualdade social e de renda no Brasil. De fato, embora a média nacional de rendimento domiciliar *per capita* fosse de R\$ 668 em 2010, 25% da população recebia até R\$ 188 e metade dos brasileiros recebia até R\$ 375, menos do que o salário mínimo naquele ano (R\$ 510). (CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/censo2010>>. Acesso em: 12/05/2012).

⁴¹⁷ De fato, o Brasil, conforme nota de rodapé n. 415, ainda possui grande contingente de pessoas sobrevivendo na extrema pobreza, o que torna oportuna a transcrição do trecho de uma letra composta por Caetano Veloso: “Não importa nada: nem o traço do sobrado; Nem a lente do Fantástico, nem o disco de Paul Simon; Ninguém, ninguém é cidadão; Se você for ver a festa do Pelô, e se você não for; Pense no Haiti, reze pelo Haiti; Haiti é aqui (...)” (GIL, Gilberto; VELOSO, Caetano. Haiti. In: **Tropicália 2**. São Paulo: Polygram, 1993).

⁴¹⁸ “Art. 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”; “(...) 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. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

Ressalte-se que nessa seara o ativismo judicial deverá ser pautado em alguns parâmetros, a fim de que essa atuação jurisdicional, ao invés de contribuir para uma maior concentração de riquezas, através da canalização de recursos públicos “para setores da população mais bem aquinhoados”⁴¹⁹, seja focada a materializar a justiça social.

Daí ser indispensável o exame dos parâmetros que possibilitam um adequado ativismo do Judiciário na seara dos direitos sociais, iniciando pela correta utilização do princípio da proporcionalidade nas decisões correlatas ao tema.

4.4 A utilização do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade nas decisões judiciais

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade é instrumento imprescindível para proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, haja vista permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e servir como “a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”⁴²⁰.

O termo “proporcionalidade” é de criação e desenvolvimento do direito alemão que utiliza, ainda, a designação “proibição de excesso”, enquanto que a expressão “razoabilidade” é fruto do direito norte-americano⁴²¹.

A ideia de razoabilidade surgiu como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo⁴²², associado ao sistema do *common law*, por meio de precedentes sucessivos, não havendo preocupação maior com uma sistematização teórica. Ao contrário, a noção de proporcionalidade⁴²³ foi desenvolvida dentro do sistema romano-germânico de forma mais analítica e ordenada.

⁴¹⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 392.

⁴²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 372-373.

⁴²¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 72.

⁴²² No Brasil, esse princípio pode ser extraído do seguinte dispositivo constitucional: “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁴²³ Luís Roberto Barroso entende que esse princípio é inerente ao Estado de Direito, integrante, de modo implícito, o sistema, como um princípio constitucional não escrito. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e**

Ainda, enquanto que nos Estados Unidos da América, a razoabilidade foi um instrumento essencialmente do Direito Constitucional, servindo como critério de aferição da compatibilidade de determinadas leis em face da Constituição, na Alemanha o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como um mecanismo de controle dos atos emanados do Poder Executivo⁴²⁴.

Por essa razão, alguns doutrinadores não admitem a fungibilidade entre os conceitos, considerando proporcionalidade e razoabilidade figuras jurídicas diversas e indissociáveis⁴²⁵.

Entretanto, conquanto detenham origem e desenvolvimento diversos, um e outro trazem em si os mesmos valores subjacentes, quais sejam, “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição a atos arbitrários e caprichos”⁴²⁶. É por isso que Luís Roberto Barroso defende que proporcionalidade e razoabilidade são conceitos próximos o suficientes para serem intercambiáveis⁴²⁷. No mesmo sentido, deixando assente a possibilidade de utilização das duas expressões, o Supremo Tribunal Federal brasileiro⁴²⁸.

Afirma Suzana de Toledo Barros que o princípio da proporcionalidade, de acordo com o entendimento doutrinário-jurisprudencial alemão⁴²⁹, é formado por três

aplicação da constituição. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 237). Do mesmo modo, Willis Santiago Guerra Filho dispõe que a circunstância de não estar expressamente previsto na Constituição não impede que o princípio seja reconhecido pelo § 2º do art. 5º desta Carta. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 63-64).

⁴²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 372-373.

⁴²⁵ Para Humberto Ávila, por exemplo, a “proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim”. Logo, a “aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”. Por outro lado, a razoabilidade atua como “dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência”, impondo, assim “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108-109). Já Willis Santiago Guerra Filho entende que o “princípio da proporcionalidade tem um conteúdo, não sendo como aquele dito da razoabilidade um princípio negativo, capaz tão-somente de evidenciar que dado ato administrativo não cumpre sua finalidade, por absurdo ou arbitrário. (...) A proporcionalidade, portanto há de ser vinculada antes à racionalidade ou racionalização dos atos estatais que a uma simples razoabilidade.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 69).

⁴²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 372-373.

⁴²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁴²⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 74.

⁴²⁹ Willis Santiago Guerra Filho cita a decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma

subprincípios⁴³⁰: a adequação, referente à congruência entre o meio e o fim, traduzindo assim “a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos”⁴³¹; a necessidade, aferição do meio mais idôneo dentre os possíveis, logo seu pressuposto “é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”⁴³²; e a proporcionalidade em sentido estrito, verificação se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido, dessa forma, “pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”⁴³³.

Conforme dispõe Willis Santiago Guerra Filho, a essência e destinação do princípio da proporcionalidade é proteger os direitos fundamentais e preservar os valores referentes ao Estado Democrático de Direito⁴³⁴.

Por evidente, o Poder Judiciário, ao fazer uso do princípio, não poderá ultrapassar os limites trazidos pelo ordenamento jurídico constitucional, não se admitindo o voluntarismo. Contudo, atendendo a isso, a proporcionalidade/razoabilidade pode oferecer uma alternativa para uma válida atuação construtiva do magistrado, visando a produção do resultado que mais se coadune com a dignidade da pessoa humana⁴³⁵.

De fato, a atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, por exemplo, pode se pautar adequadamente no princípio da proporcionalidade/razoabilidade, já que haverá

limitação menos perceptível a direito fundamental. (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen (= BverfGE), n. 30. Tübingen: C. B. Mohr, 1971, p. 316)” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 71).

⁴³⁰ A esse respeito, Willis Santiago Guerra Filho dispõe: “O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*Gebot des mildesten Mittels*).” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 70-71).

⁴³¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 75-212-213.

⁴³² Ibidem, loc. cit.

⁴³³ Ibidem, loc. cit.

⁴³⁴ O mencionado autor se refere ao princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito. Assim, em continuidade, afirma que “(...) a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º), com objetivos que na prática se conflitam (art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 63-64-84).

⁴³⁵ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 245.

uma ampla discussão no espaço público, em que, garantida a liberdade e participação dos cidadãos, estes deverão ser convencidos da adequação dos meios a serem empregados para atingir os fins constitucionais⁴³⁶.

Logo, especialmente para a preservação do mínimo existencial⁴³⁷ na seara social, em que a omissão inconstitucional do Poder Público causa indesejáveis impactos negativos trágicos, o Judiciário deve observar os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para validar sua atuação em prol do respeito aos direitos básicos do ser humano, evitando que a tutela estatal fique aquém de um patamar minimamente aceitável para a realização e garantia do direito fundamental prestacional social⁴³⁸.

Ademais, em se tratando de debate acerca da aplicação da proporcionalidade/razoabilidade em questões que envolvam direitos fundamentais sociais, a atuação do magistrado deve se pautar por meio de uma sólida e democrática argumentação racional em processo que oportunize a participação de todos os interessados, fato que embasa constitucionalmente a decisão tomada e torna destacado o papel exercido pela Defensoria Pública em área relacionada aos direitos de natureza social, visto ser esta uma instituição que atua em favor dos marginalizados na sociedade, oferecendo a estes a possibilidade de emitirem de forma substancial e efetiva a sua “voz” em juízo.

Daí ser conveniente tecer algumas breves considerações a respeito da argumentação das decisões judiciais.

4.5 A argumentação democrática e racional das decisões judiciais

A legitimidade das decisões judiciais está atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional⁴³⁹.

⁴³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 87.

⁴³⁷ Cf. tópico n. 4.3.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011, p. 357-358.

⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pallegriini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional**: funções de governo e funções de garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 52.

Nesse sentido, estabelecendo parâmetros⁴⁴⁰ para uma adequada, consistente e válida fundamentação racional, Luís Roberto Barroso afirma, em primeiro lugar, que a “argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam), que a apoiem e lhe dêem sustentação”⁴⁴¹, isto é, não se faz suficiente um mero senso de justiça pessoal, sendo necessário haver a exposição do raciocínio jurídico e da análise dos elementos do ordenamento jurídico que apoiem a decisão⁴⁴²; em segundo, deve existir a “possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por imperativo da isonomia, critérios empregados para a solução de determinado caso concreto podem ser transformados em regra geral para situações semelhantes”⁴⁴³; e, por fim, devem ser considerados dois conjuntos de princípios, “o primeiro composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional e o segundo por princípios materiais propriamente ditos que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional”⁴⁴⁴.

Dessa maneira, o autor propugna por uma argumentação jurídica lógica e racional, com a demonstração adequada do raciocínio desenvolvido que pretenda conquistar a adesão de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas e possibilite estabelecer a vital legitimidade da decisão proferida⁴⁴⁵.

Nagibe de Melo Jorge Neto, por sua vez, entende que para ser legítima, uma decisão judicial precisa respeitar a soberania popular e a racionalidade e previsibilidade das decisões, motivo pelo qual a decisão judicial deve estar fundada em “argumentos conhecidos e entendidos por toda a comunidade de jurisdicionados”⁴⁴⁶; além do que é necessário que “esses argumentos possam ser refutados em um processo dialético”⁴⁴⁷; e, finalmente que “possa o melhor argumento ser escolhido, conhecido e respeitado por toda a sociedade”⁴⁴⁸. Para esse autor, a decisão judicial, instrumento para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, se legitima com a abertura para a iniciativa, movimentação e organização dos

⁴⁴⁰ Na mesma linha, para Nagibe de Melo Jorge Neto, a teoria da argumentação jurídica “estabelece parâmetros, que podem ser seguidos para assessorar a racionalidade da decisão judicial ou ainda que podem ser utilizados como critério para se aferir essa racionalidade”. (JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 134).

⁴⁴¹ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006, p. 363.

⁴⁴² Ibidem, loc. cit.

⁴⁴³ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴⁵ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 111.

⁴⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

próprios cidadãos⁴⁴⁹, do que se conclui ser crucial a atuação, por exemplo, da Defensoria Pública, possibilitando a efetivação da dialética em sede jurisdicional.

Robert Alexy afirma que as argumentações jurídicas racionais fundamentam e legitimam as decisões judiciais, sendo limitadas pelo sistema de normas⁴⁵⁰. Desta feita, o autor desenvolve uma proposta de racionalidade procedimental-discursiva⁴⁵¹ para o direito, o que tornou possível “vislumbrar como verdadeiro direito fundamental, cuja realização oportuniza a dinamização de um espaço comunicativo necessário para o exercício de outros direitos fundamentais”⁴⁵². Assim, a fórmula procedimental surge como “uma alternativa democrática e racional para dar conta dos problemas cada vez mais complexos que as sociedades atuais apresentam, já que implica a solução dos problemas pelo envolvimento dos interessados num debate dialético”⁴⁵³.

Ricardo Maurício Freire Soares sustenta que a proposta de procedimentalização proposta por Robert Alexy mostra-se apta a enfrentar o primordial desafio do Estado Democrático de Direito, qual seja, atender às exigências sociais⁴⁵⁴. Afinal, é assegurada a participação coletiva e a liberdade dos cidadãos num espaço público para discussão, “pelo qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade”⁴⁵⁵. Nesse sentido, os procedimentos jurídicos “adquirem uma narratividade emancipatória em plena consonância com os movimentos sociais, culturais, e econômicos de reivindicação dos direitos fundamentais”⁴⁵⁶.

Dentro de tal contexto é que se destaca a atuação do Poder Judiciário “na tomada de decisões sobre interesses coletivos e conflitos interindividuais, muitas vezes não

⁴⁴⁹ Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que “O discurso dialético compatibiliza-se com o estado democrático de direito, conferindo transparências às decisões judiciais e abrindo ampla margem de participação à sociedade na construção dos valores jurídicos”. (JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 114).

⁴⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001, p. 210.

⁴⁵¹ Para Nagibe de Melo Jorge Neto, o pensamento de Alexy “complementa ou é complementado pelo pensamento de Habermas, que vê o direito como *médium* do discurso que se desenvolve na sociedade entre a comunidade de cidadãos. O direito institucionaliza o discurso prático e transforma-o em discurso jurídico. O discurso jurídico, assim, oferece algumas vantagens sobre o discurso prático porque possibilita objetivar o discurso prático e encaminhar soluções em um tempo razoável, por meio de instrumentos, como as deliberações parlamentares, regras de votação, quóruns de aprovação e o próprio processo judicial em seus diversos tipos e procedimentos”. (JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 134)

⁴⁵² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 73.

⁴⁵³ Ibidem, loc. cit.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 73-74.

⁴⁵⁵ Ibidem, loc. cit.

⁴⁵⁶ Ibidem, loc. cit.

regulamentados de forma suficiente”⁴⁵⁷. Para tanto, “é imperioso aperfeiçoar a cidadania ativa”⁴⁵⁸. Em face disso, Ricardo Maurício Freire Soares destaca que, “para Robert Alexy, a observância dos procedimentos combinada com a otimização valorativa dos princípios jurídicos, afigura-se como o caminho mais seguro para a fundamentação correta das posições jurídicas”⁴⁵⁹.

Torna-se então evidente a necessidade de robustecer a estrutura da instituição destinada a facilitar e promover o acesso à justiça dos excluídos sociais. De fato, a participação ativa daqueles que pleitearam em juízo seus pedidos contribui inexoravelmente para uma argumentação judicial válida.

Ainda, considerando que o financeiramente necessitado não detém possibilidade econômico-financeira de custear um causídico para atuar em prol de seus interesses no Judiciário e que existe previsão expressa constitucional dispondo que, nessas situações, caberá ao Estado prestar assistência jurídica gratuita por meio da Defensoria Pública, conclui-se que o fortalecimento e participação desta são decisivos para a concretização dos direitos sociais básicos pela via da atuação jurisdicional ativa e corajosa em favor dos cidadãos desprovidos de recursos, os quais são os mais atingidos pela insuficiente ou inexistente prestação estatal.

Assim, é possível afirmar que a atuação do Poder Judiciário encontra limitações⁴⁶⁰ especialmente nos casos que envolvam uma forte carga criativa do magistrado, nos quais o dever de motivação é, inclusive, potencializado⁴⁶¹, já que o processo argumentativo jurídico, ao articular discursivamente sobre valores, deve convencer a comunidade que uma determinada interpretação jurídica irá prevalecer⁴⁶².

Nesse sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que a decisão judicial racional possibilita, de um lado, “o controle da legitimidade das decisões judiciais”⁴⁶³; e de outro “em

⁴⁵⁷ Ibidem, loc. cit.

⁴⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

⁴⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

⁴⁶⁰ “Quanto aos limites da atuação do juiz (...) há uma grande discussão teórica nos Estados Unidos. Verifica-se que a questão é encarada sob duas grandes correntes, chamadas de interpretativistas e não-interpretativistas. Para a primeira, o juízes não estão aptos a concretizar os conteúdos de justiça e de liberdades defendidos pela sociedade, porquanto tal tarefa antes de tudo deve ser confiada ao poder político. Para os não-interpretativistas, a mediação judicial concretizadora destes princípios é tarefa indeclinável da magistratura”. (BARRROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 66).

⁴⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011.

⁴⁶² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 34.

⁴⁶³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009, 135.

razão desse controle, legitima o Poder Judiciário a atuar, acionado pelas forças nacionais, no controle das políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais sociais”⁴⁶⁴.

Logo, mesmo nos temas de natureza política, é imperioso se reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional quando seja imprescindível para a efetivação de direitos de natureza prestacional, no entanto, é fundamental, para que haja uma adequação constitucional do decisório, oportunizar a participação democrática no processo judicial, fazendo-se necessária a consideração de aplicação, em casos tais, da democracia deliberativa habermasiana, conforme a seguir disposto.

4.6 A aplicação da teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas no processo judicial e a Defensoria Pública

A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais pode ser apropriadamente construída por meio da participação substancial dos cidadãos nos processos judiciais, em especial daqueles economicamente marginalizados, a qual se dará com o fortalecimento da Defensoria Pública, tendo em vista ser essa uma instituição apta a tutelar os interesses dos necessitados.

De fato, o adimplemento dos direitos constitucionais, com a conseqüente inclusão social, será resultado do acesso universal e real ao debate, razão pela qual Habermas afirma que a democracia se baseia em um consenso travado entre os atores sociais⁴⁶⁵.

Na medida em que o cidadão participativo⁴⁶⁶ detém a possibilidade de tomar parte na interpretação da Constituição, é possível que “a vontade e a opinião dos cidadãos formadas no âmbito da esfera pública, ainda que informais, interajam e influenciem as decisões e deliberações tomadas no Poder Judiciário”⁴⁶⁷.

Assim, são os cidadãos, participantes da construção do direito, os autores que compõem o ordenamento jurídico; assim, ao se negar efetividade a um direito social, nega-se

⁴⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

⁴⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 171.

⁴⁶⁶ COSTA, Marli M. M. da. A efetivação dos direitos fundamentais dos excluídos sociais como pressuposto da cidadania. Itajaí: UNIVALI. **Novos estudos jurídicos**, v. 12, n. 1, p. 107-118, jan/jun, 2007.

⁴⁶⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 210.

voz à realização da vontade popular que o gerou, daí estar autorizado o Poder Judiciário a atuar, guiando-se, por óbvio, conforme a vontade constitucional consensualmente pactuada⁴⁶⁸.

É nessa linha que Habermas expõe a teoria de uma democracia que, assentada na deliberação, possibilita a discussão sobre diversos temas, a inclusão da minoria nos processos decisórios e o aperfeiçoamento da participação popular na concretização do Estado Democrático de Direito⁴⁶⁹.

Pautado nessa ideia, Habermas, referindo-se ao processo legislativo, afirma que “o direito deve garantir as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar à luz do princípio do discurso se o direito que estão criando é legítimo”⁴⁷⁰. E é nesse sentido que o autor defende a participação dos cidadãos no processo de formação da opinião e da vontade do legislador⁴⁷¹.

No entanto, conforme percebe Nagibe de Melo Jorge Neto, o entendimento firmado por Habermas pode ser também aplicado no âmbito do controle das políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário⁴⁷². Afinal, nessa seara, também poderá haver criação do direito, visto que omissões inconstitucionais devem ser supridas por um ativismo judicial que, com vistas a buscar legitimidade democrática, deverá propiciar uma efetiva participação dos cidadãos no processo decisório.

Dessa maneira, a atuação judicial numa seara eminentemente política não se legitima via voluntarismo arbitrário ou num argumento de autoridade, mas sim por meio de um discurso racional, democrático e embasado na Constituição, onde atuam “os poderes públicos e os representantes da sociedade e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais”⁴⁷³.

Logo, o Judiciário deve construir soluções em conjunto com as partes, funcionando o processo judicial como uma arena que oportuniza a participação e contribuição direta do próprio cidadão e da sociedade, momento em que serão ouvidos e terão seus

⁴⁶⁸ ARANHA, Flora Augusta Varela. Democracia e a máxima efetivação dos direitos fundamentais: (re)pensando conceitos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 15, p. 161-182, jul/dez, 2007.

⁴⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 30.

⁴⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

⁴⁷¹ Ibidem, loc. cit.

⁴⁷² A esse respeito, Nagibe de Melo Neto afirma que a legitimidade do controle da política pública pelo Judiciário “é alcançada e deve ser buscada pela sociedade e pelos operadores do direito, precisamente no contexto do discurso de uma comunidade de comunicação. Com efeito, a legitimidade das decisões judiciais é construída e alcançada pela própria sociedade e pelos participantes do discurso jurídico”. (JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 136).

⁴⁷³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 166.

argumentos analisados⁴⁷⁴, influenciando, assim, a decisão final⁴⁷⁵. Contudo, somente haverá uma efetiva contribuição caso todos estejam num patamar de igualdade.

É por isso que alguns autores defendem não ser possível a aplicação da teoria de Habermas em países assolados pela pobreza, em que praticamente inexistente uma participação popular e/ou autonomia dos indivíduos⁴⁷⁶.

Contudo, pode-se afirmar que a contribuição de Habermas é universal⁴⁷⁷, visto que o maior envolvimento do cidadão na esfera pública, dotando-o de condições básicas para efetuarlo satisfatoriamente, é o mais eficiente remédio para os desvios de uma democracia ainda incipiente e frágil⁴⁷⁸.

De fato, são pressupostos da teoria habermasiana, a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos. E, para que tais premissas sejam adimplidas, exigem-se prestações materiais na seara social, como educação, saúde e alimentação⁴⁷⁹ de modo a permitir que cada um detenha acesso à informação, formando livremente as suas opiniões para participar dos diálogos políticos travados na esfera pública⁴⁸⁰.

Nesse cenário, para que haja a materialização dos preceitos constitucionais, faz-se fundamental a afirmação dos direitos de natureza social no âmbito judicial, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro, o que possibilitará o efetivo exercício da cidadania⁴⁸¹.

Para que os cidadãos possam efetivamente participar do processo decisório, contribuindo com a formação da decisão jurisdicional e promovendo uma verdadeira inclusão social, é imprescindível haver um fortalecimento de instituições voltadas a promover a cidadania, caso da Defensoria Pública no Brasil.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 136.

⁴⁷⁵ CAMILHER, Tatiana de Carvalho. **O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

⁴⁷⁶ A exemplo de Victor Insali (INSALI, Victor. Os direitos humanos e a democracia em Habermas. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010, p. 99-118) e Lênio Luiz Streck (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. Novos estudos jurídicos, v. 8, n. 2, p. 257-301. Maio/ago., 2003).

⁴⁷⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-21.

⁴⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 399.

⁴⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007.

⁴⁸⁰ SARMENTO, Daniel, op. cit, p. 397.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 402.

De certo, a Constituição Federal de 1988 reserva à Defensoria Pública uma função totalmente relacionada à promoção de cidadania, o que se dará, primordialmente, com o esclarecimento à população e a disseminação da informação acerca dos direitos que cabem aos cidadãos excluídos socialmente⁴⁸².

Assim, é fundamental que seja propiciada uma verdadeira inclusão social através do acesso à informação e educação, conforme pode ser extraído de obra de Castro Alves: “Oh! Bendito o que semeia Livros... livros à mão cheia... E manda o povo pensar! O livro caindo n'alma É germe — que faz a palma, É chuva — que faz o mar, (...)”⁴⁸³.

Ora, conforme exposto, baseando-se numa teoria de democracia deliberativa proposta por Habermas⁴⁸⁴, uma atividade decisória pode se legitimar democraticamente com a efetiva participação do cidadão, o que somente ocorrerá caso este esteja apto a influir nos processos decisórios, isto é, caso se encontre incluído no seio social. Ao contrário, alheio às informações e sem ter acesso aos mais básicos direitos sociais, o cidadão estará alijado do processo decisório que, por sua vez, fatalmente restará carente de validade constitucional, haja vista a ausência de diálogo dos atores sociais⁴⁸⁵.

Nesse diapasão, a Defensoria Pública assume enorme responsabilidade, já que, sendo órgão capaz de divulgar o conhecimento e possibilitar ao excluído social um acesso efetivo ao debate judicial, pode colaborar decisivamente para a concretização dos direitos de natureza social, consolidando os ideais democráticos no país.

Desta feita, considerando como adequado para o processo de decisão judicial a aplicação das premissas de democracia deliberativa habermasiana – em que a participação e o diálogo ético dos cidadãos e da própria sociedade na busca pelo consenso legitimam democraticamente a atuação judicial até mesmo na seara política – reafirma-se ser crucial o papel da Defensoria Pública para a inclusão social, “com especial destaque para a difusão do conhecimento acerca dos direitos, num diuturno compromisso de formar cidadãos, pois só com informação pode-se participar de um processo deliberativo verdadeiramente democrático”⁴⁸⁶.

De mais a mais, outro parâmetro de validade do controle jurisdicional das políticas públicas pode ser encontrado na tese referente a uma sociedade aberta dos intérpretes, construída por Peter Häberle, de acordo com o adiante analisado.

⁴⁸² CAMILHER, Tatiana de Carvalho, op. cit.

⁴⁸³ CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. **Castro Alves – Obra completa**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen, op. cit.

⁴⁸⁵ CAMILHER, Tatiana de Carvalho, op. cit.

⁴⁸⁶ Ibidem.

4.7 A sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle e a Defensoria Pública

Conforme visto no tópico anterior, uma atuação do Judiciário em tema relacionado a política pública e efetivação dos direitos sociais pode buscar legitimação democrática quando do oferecimento de condições equânimes para a participação real dos membros da sociedade civil no processo judicial.

E é também priorizando a ampliação do espaço público de debate que Peter Häberle propugna pela participação de novos agentes (comunidade dos intérpretes), dedicados a efetuar uma “interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade com vistas a sua realização”⁴⁸⁷. Nessa linha, pode-se afirmar que a atuação dos intérpretes permite que seja dada concreção aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, em especial aos de natureza social, por meio de uma idônea atuação jurisdicional⁴⁸⁸.

Häberle defende então uma abertura na interpretação constitucional⁴⁸⁹, propondo a substituição da sociedade fechada para um modelo mais adequado a uma sociedade aberta e pluralista, em que a atividade interpretativa não seria exclusividade estatal, mas também responsabilidade de todos aqueles que vivem a constituição⁴⁹⁰.

Logo, a interpretação dos juízes não é a única, havendo um círculo aberto de intérpretes⁴⁹¹ cuja contribuição interpretativa pode validamente embasar um ativismo judicial

⁴⁸⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁴⁸⁸ Ibidem.

⁴⁸⁹ Daniel Nicory do Prado (PRADO, Daniel Nicory. **A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012) afirma que a obra de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997) busca fundamentação teórica e inspiração no pensamento de Karl Popper (POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998), a começar pelo título (“a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”), que faz menção expressa ao conceito de “sociedade aberta”. O próprio Peter Häberle afirma que “a fundamentação teórica da Constituição do pluralismo há de ser buscada em Popper. A ideia da sociedade aberta pode ser tomada dele” (VÁLDEZ, Diego. **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009).

⁴⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

⁴⁹¹ Peter Häberle afirma não ser possível estabelecer um número cerrado ou fixo de intérpretes da Constituição numa esfera pública de discussão. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 20-23).

voltado à materialização dos direitos fundamentais sociais e possibilitar uma conformação da realidade com a constituição.

E nem se deve argumentar que a independência no magistrado estaria posta em risco, na medida em que passa a se admitir a participação de outros intérpretes no processo decisório. Isso porque a influência exercida pelos diversos segmentos da sociedade reforça a legitimação democrática da atuação dos juízes, especialmente em situações em que houver atuação na seara política, evitando, ainda, o voluntarismo arbitrário judicial⁴⁹².

A ampliação dos intérpretes da constituição é extremamente importante para a consolidação dos ideais democráticos⁴⁹³, na medida em que possibilita aos marginalizados uma oportunidade de participar do processo de construção interpretativo das matérias relacionadas a uma inclusão social.

Assim, a atuação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais na esfera pública de debate interpretativo e a conseqüente legitimação democrática para a atuação jurisdicional nessa seara são grandes contribuições que podem ser extraídas da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle⁴⁹⁴.

De fato, ao pugnar por uma ampliação interpretativa a diversos representantes do povo, essa teoria encontra total amparo no movimento concretizador dos valores constitucionais e nos balizamentos democráticos da constituição⁴⁹⁵.

Ocorre que os potenciais intérpretes da constituição somente poderão oferecer efetiva contribuição caso sejam dotados de condições básicas para tanto, seja no aspecto de inclusão social e informação dos excluídos ou no que toca ao efetivo acesso destes ao Judiciário.

Nesse sentido, percebe-se que a atuação da Defensoria Pública – ao propiciar uma maior contribuição da sociedade pluralista no âmbito do processo judicial embasando com isso, inclusive, um adequado ativismo judicial imbuído do espírito de concretizar os direitos fundamentais sociais – acaba por favorecer o atingimento dos ideais democráticos de um Estado Constitucional de Direito.

⁴⁹² HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 30-33.

⁴⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Editora Saraiva. 3 ed. São Paulo: 1999, p. 347.

⁴⁹⁴ Daniel Nicory do Prado entende como as teses mais relevantes da teoria de Häberle: “a) a que indica a importância da interpretação das normas de direitos fundamentais por seus destinatários específicos; e b) a que entende as expectativas e pressões sociais, em face das decisões dos juízes, não apenas como ameaça à sua independência, mas também como componente importante de sua legitimação”. (PRADO, Daniel Nicory. **A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012).

⁴⁹⁵ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 417-421.

Daí ser oportuno o aprofundamento nas vicissitudes relacionadas a uma instituição que é de vital relevância para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e conseqüente consolidação da democracia, a Defensoria Pública.

4.8 A Defensoria Pública como instrumento de proteção e disseminação dos valores constitucionais relacionados a uma inclusão social

As prestações em sentido amplo englobam, conforme já preconizado⁴⁹⁶, os direitos subjetivos à organização e procedimento⁴⁹⁷ por meio dos quais são realizados e efetivados os direitos fundamentais sociais.

É nesse sentido que Dirley da Cunha Júnior, pautando-se nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal⁴⁹⁸ afirma existir, no Brasil, um direito subjetivo à instituição e organização da Defensoria Pública⁴⁹⁹ que, por sua vez, será instrumento imprescindível para disseminar a cidadania e propiciar a inclusão social.

Dessa maneira, considerando os mandamentos constitucionais esposados, é possível afirmar que a assistência jurídica integral e gratuita por meio da Defensoria Pública não constitui uma dádiva ou ato de caridade do Estado⁵⁰⁰, visto ser direito subjetivo dos necessitados, motivo pelo qual se trata de prestação estatal obrigatória.

Não se deve confundir assistência jurídica com mero assistencialismo ou voluntarismo estatal⁵⁰¹, pelo que se conclui ser imperioso ao Estado fortalecer estruturalmente a Defensoria Pública, a fim de que esta possa cumprir da forma mais adequada possível os deveres constitucionais que lhe são inerentes, possibilitando a obrigatória efetivação pelo ente

⁴⁹⁶ Cf. tópico n. 2.2.

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 472 e 476.

⁴⁹⁸ “Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; “(...) Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁴⁹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 381.

⁵⁰⁰ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 65.

⁵⁰¹ REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em direitos e defensoria pública: reflexões a partir da lei complementar n.º 132/2009. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 111-142, jul./dez., 2011.

estatal dos direitos fundamentais sociais naquilo que estiver atrelado a uma existência com dignidade⁵⁰².

Nesse sentido, com vistas a solucionar os problemas e romper as barreiras que envolvem o adequado acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth vislumbram a consolidação de três ondas renovatórias; a primeira se concentra na assistência judiciária gratuita; a segunda se refere aos interesses difusos; e a terceira, com enfoque na ampliação do acesso à justiça, visa ofertar novos mecanismos e práticas para a solução dos conflitos⁵⁰³.

Assim a Defensoria Pública, quanto à perspectiva exposta pelos autores, enquadra-se na primeira das ondas renovatórias⁵⁰⁴. Dessa forma o acesso à justiça intenta garantir os valores constitucionais proclamados, tais como os direitos de natureza social⁵⁰⁵. Por isso que Boaventura de Souza Santos afirma ser o acesso à justiça “um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”⁵⁰⁶.

É pois através da garantia propiciada pelo acesso à justiça que o necessitado poderá buscar o cumprimento da prestação estatal naquilo que corresponder ao mínimo existencial⁵⁰⁷. Paulo Cesar Santos Bezerra ressalta que o acesso à justiça⁵⁰⁸ não é somente acesso ao Judiciário, já que abrange também a necessária efetivação dos direitos sociais, razão

⁵⁰² Com efeito, não pode aceitar situação em que aqueles que se encontram desprovidos do mínimo existencial tenham que se submeter à humilhação, implorando pela prestação de direitos inerentes a sua dignidade, tal qual o contexto que envolve um personagem de Rachel de Queiroz: “Chico Bento também já não estava no rancho. Vagueava à toa, diante das bodegas, à frente das casas, enganando a fome e enganando a lembrança que lhe vinha, constante e impertinente, da meninada chorando, do Duquinha gemendo: “Tô Tum fome! dá tumê!” Parou. Num quintalejo, um homem tirava o leite de uma vaquinha magra. Chico Bento estendeu o olhar faminto para a lata onde o leite subia, branco e fofo como um capucho... E a mão servil, acostumada à sujeição do trabalho, estendeu-se maquinalmente num pedido... mas a língua ainda orgulhosa endureceu na boca e não articulou a palavra humilhante. A vergonha da atitude nova o encobriu todo; o gesto esboçado se retraiu, palavras nervosas o afastaram. Sentiu a cara ardendo e um engasgo angustioso na garganta. Mas dentro da sua turbação lhe zunia ainda os ouvidos: “Mãe, dá tumê!...” E o homenzinho ficou, espichando os peitos secos de sua vaca, sem ter a menor idéia daquela miséria que passara tão perto, e fugira, quase correndo...” (QUEIROZ, Rachel de. **O quinze**. São Paulo: Siciliano, 1990).

⁵⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 31.

⁵⁰⁴ LENZA, Pedro. Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da Defensoria Pública na reforma do Judiciário. In: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coord.). **Reforma do judiciário**: emenda constitucional n. 45/04. São Paulo: Método, 2005.

⁵⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit, p. 12.

⁵⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 167.

⁵⁰⁷ CAMILHER, Tatiana de Carvalho. **O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

⁵⁰⁸ “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

pela qual deve ser tomado como acesso à ordem jurídica justa⁵⁰⁹ em que, para tanto, poderão participar ativamente os órgãos estatais e a sociedade⁵¹⁰.

De fato, com o acesso à justiça visa-se predominantemente realizar os direitos fundamentais, motivo pelo qual deve haver uma devida orientação e informação àqueles que se encontram à margem da sociedade, a fim de que sejam atribuídas a todos condições de “igualdade de oportunidades no exercício da cidadania e na adoção de uma postura de transformação social das desigualdades”⁵¹¹.

Nessa linha é que a Defensoria Pública ganha contornos de imprescindibilidade para a promoção de uma verdadeira inclusão social⁵¹², visto ser sua função atuar, judicial e extrajudicialmente, com o desiderato de fazer valer os valores constitucionais atinentes a uma vida digna dos indivíduos, o que a legitima a pleitear em juízo a prestação estatal dos direitos constitucionais básicos, em caso de omissão dos órgãos políticos.

Por conseguinte, com a realização na esfera judicial de um debate democrático, no qual será oportunizado aos necessitados que se manifestem e sejam ouvidos pelo órgão estatal jurisdicional, o ideal de cidadania se dissemina como pilar fundamental para construção da justiça social⁵¹³.

Em suma, a Defensoria Pública é apta a oportunizar o amplo acesso à justiça, provocando se for preciso o Poder Judiciário, o qual, através de decisão democrática e racional, poderá compelir o Estado a implementar políticas públicas que supram omissões abusivas e arbitrárias⁵¹⁴, o que resultará no resgate da dignidade⁵¹⁵ e auto-estima⁵¹⁶ do

⁵⁰⁹ Kazuo Watanabe entende que uma ordem jurídica justa pressupõe o direito à informação; o direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e comprometida com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito aos instrumentos processuais idôneos à tutela dos direitos; e o direito à remoção de obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça. (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

⁵¹⁰ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2 ed. rev. Rio De Janeiro: Renovar, 2008, p 198.

⁵¹¹ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 176.

⁵¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 158.

⁵¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 24.

⁵¹⁴ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública e transformação social**. Ano 9, n. 400, 11 agosto de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5572>>. Acesso em: 01/03/2012.

⁵¹⁵ SOUZA JÚNIOR, Nelson Gonçalves de. **A Defensoria Pública como fator indispensável para a construção da cidadania brasileira e do mínimo existencial**. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2011.

⁵¹⁶ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública: um caminho para a cidadania?** 2007. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, p. 36.

indivíduo excluído, tornando aquela uma instituição essencial para o êxito da cidadania⁵¹⁷, entendida essa “como meio de participar com influência na formação da opinião e da vontade geral”⁵¹⁸.

Focada no compromisso de consolidar a cidadania, cabe à Defensoria Pública o papel indispensável de promover a difusão e conscientização dos direitos sociais⁵¹⁹, haja vista que somente com a informação faz-se possível propiciar uma democrática e verdadeira participação no processo deliberativo judicial⁵²⁰, nos moldes do debate deliberativo habermasiano⁵²¹.

Com efeito, o desconhecimento dos direitos é um grande entrave para o respeito e efetivação dos valores constitucionais, trazendo atroz prejuízo para os excluídos sociais⁵²², na medida em que provoca grande parte das mazelas observadas na sociedade⁵²³.

Percebe-se assim que a Defensoria Pública é dotada de atribuições que vão muito além do formal e mero patrocínio técnico de causas judiciais⁵²⁴, já que detém fundamentalmente a missão ampla de orientação jurídica, assumindo, portanto, a posição de agente de transformação social⁵²⁵ que, ao proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais, promove a inclusão das classes marginalizadas⁵²⁶, em consonância com os objetivos traçados na Constituição Federal⁵²⁷.

E é exatamente esse compromisso institucional robusto e indispensável da Defensoria Pública que a diferencia da advocacia dativa, vez ser esta totalmente desprovida de todo aquele encargo constitucional destinado à primeira⁵²⁸. Ou seja, a atuação da Defensoria Pública em prol da efetivação de direitos sociais dos necessitados não exclui, por

⁵¹⁷ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. op. cit., p. 178.

⁵¹⁸ CAMILHER, Tatiana de Carvalho. op. cit.

⁵¹⁹ ALÉSSIO, Patrícia Kettermann Nunes. Do direito social à alimentação. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 1, ano 1, p. 101-109, mai./jun./jul./ago., 2010.

⁵²⁰ CAMILHER, Tatiana de Carvalho. op. cit.

⁵²¹ Cf. tópico n. 4.6.

⁵²² NASCIMENTO, Lúcio Mota do. O início de uma revolução democrática na justiça: uma história real que virou projeto de educação em direitos. **Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude da Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, p. 289-299. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2012.

⁵²³ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública e transformação social**. Ano 9, n. 400, 11 agosto de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5572>>. Acesso em: 01/03/2012.

⁵²⁴ RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. A atuação da Defensoria Pública sob o prisma do neoconstitucionalismo. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 37-53, jul./dez., 2011.

⁵²⁵ ROCHA, Amélia Soares da. op. cit.

⁵²⁶ RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. op. cit.

⁵²⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁵²⁸ ROCHA, Amélia Soares da. op. cit.

óbvio, a eventual atuação dos advogados no âmbito da defesa particular de direitos relacionados aos carentes sociais; ocorre que, conforme visto, aquela instituição dispõe de meios mais adequados para possibilitar uma concretização dos valores constitucionais, já que detém inclusive incumbência constitucional⁵²⁹ e legal⁵³⁰ para atuar como verdadeiro distribuidor de cidadania⁵³¹.

A disseminação de informações jurídicas traz em seu bojo não somente o fortalecimento da cidadania, uma vez que “cada membro da sociedade terá plena consciência acerca de sua própria esfera de proteção e segurança jurídica”⁵³² mas, também, uma diminuição do grau de litigiosidade da sociedade, haja vista a decorrente construção de uma cultura de paz com o respeito aos direitos relacionados a uma vivência humana digna⁵³³.

Desse modo é que se entende que a Defensoria Pública, em sua peculiar e ímpar atuação no contexto brasileiro, tem o intento de “eliminar as injustiças sociais e abrir caminho para a chegada da paz”⁵³⁴, sendo, nesse sentido, veículo hábil a fomentar melhorias dos índices de desenvolvimento social⁵³⁵.

Assim se pode afirmar que a existência de uma Defensoria Pública robusta e devidamente fortalecida é exigência direta do regime democrático⁵³⁶, em que há a proeminência da dignidade da pessoa humana e uma busca incessante pela efetivação dos direitos sociais⁵³⁷.

⁵²⁹ “Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; “(...) Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁵³⁰ A Lei Complementar n. 80/94 que dispõe a respeito da Defensoria Pública preceitua que: “(...) Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. (...)” (ANGHER, Anne Joyce (organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012).

⁵³¹ NASCIMENTO, Lúcio Mota do. O início de uma revolução democrática na justiça: uma história real que virou projeto de educação em direitos. **Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude da Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, p. 289-299. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2012.

⁵³² SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Função Jurídico-orientadora da Defensoria Pública**. Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrn.jus.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

⁵³³ SALES, Lília Maia de Moraes. **Assessoria jurídica gratuita como forma de acesso à justiça e inclusão social**. Disponível em: <<http://www.mediacaobrasil.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

⁵³⁴ PALUDO, Maria de Fátima Záchia. A Defensoria Pública como instrumento de acesso e igualdade perante a justiça. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 1, ano 1, p. 161-167, mai./jun./jul./ago., 2010.

⁵³⁵ MONTEIRO, Renan Cajazeiras. **Defensoria Pública: espaço de “justiça popular” – os dispositivos de resoluções alternativas de litígios – RAL’S**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 71.

⁵³⁶ LANDIM, Maria Noêmia Pereira. **A Defensoria Pública e a proteção dos direitos metaindividuais no Estado Democrático de Direito**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 58.

⁵³⁷ MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 50.

Desprovidos de uma efetiva tutela protetiva, os necessitados estarão completamente alijados do processo social⁵³⁸, o que traz graves conseqüências no que atine à participação dos indivíduos no próprio processo de diálogo democrático estatal, comprometendo dessa maneira o efetivo controle social da gestão das políticas públicas, já que na ausência de níveis básicos de informação jurídica e educação “a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada”⁵³⁹.

Em situações tais, os indivíduos se encontram privados de um mínimo de existência digna, o que faz com que as deliberações majoritárias relacionadas às políticas públicas tendam a ser marcadas “pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”⁵⁴⁰.

Daí ser imprescindível a prestação estatal no que tange ao oferecimento do mínimo para uma vivência com dignidade, razão pela qual, em caso de omissão indevida, é válida democraticamente a decisão judicial que – após provocação do hipossuficiente social lesado em seus direitos sociais, cuja incumbência constitucional de proteção judicial é da Defensoria Pública – determine aos demais poderes estatais a execução de atos que concretizem os direitos não adimplidos pela inércia do Poder Público.

Assim é sob esse contexto jurídico-normativo, no qual a Defensoria Pública é tratada como instrumento crucial para a efetivação dos direitos fundamentais, que deve ser analisado o conteúdo do conceito constitucional de necessitado⁵⁴¹. De fato, a Defensoria Pública dispõe de funções típicas, aquelas que correspondem “à representação judicial e extrajudicial daquelas partes – seja pessoa física ou jurídica – que não disponham de recursos financeiros para pagar advogado”⁵⁴² e funções atípicas, “desvinculadas do aspecto financeiro porque lastreadas na vulnerabilidade de outras ordens, impostas, assim, as funções, por razões de interesse público”⁵⁴³.

Por meio das funções atípicas, a atuação da Defensoria se dá em prol daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência jurídica, decorrente do fato de a parte não se

⁵³⁸ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. op. cit, loc, cit.

⁵³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 1, ano 1, p. 133-160, jul./dez., 2008.

⁵⁴⁰ Ibidem.

⁵⁴¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁵⁴² ALVES, Francisco Cleber. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006, p. 319.

⁵⁴³ TODESCHINI, Elizandro. Pós-positivismo jurídico, acesso à justiça e Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 2, ano 1, p. 26-50, set./out./nov./dez., 2010.

encontrar representada no processo judicial por profissional de advocacia, casos da curadoria especial e da defesa no processo penal⁵⁴⁴, ou daqueles colocados em posição de hipossuficiência organizacional, isto é, de vulnerabilidade, desorganização e fragilidade, relacionados aos grupos socialmente vulneráveis que visam, por exemplo, contestar políticas públicas em áreas como a da saúde, moradia e saneamento básico, por isso designados por Ada Pellegrini Grinover de necessitados do ponto de vista organizacional⁵⁴⁵. Em tais contextos, dada a própria estruturação de uma sociedade de massa e na defesa do interesse difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo⁵⁴⁶, a Defensoria Pública estará legitimada a atuar, especialmente através da ação civil pública⁵⁴⁷. Assim é que Ada Pellegrini Grinover admite um alargamento do conceito de insuficiência de recursos e necessitados, entendendo que o primeiro não se reporta apenas aos recursos econômicos, mas abrange também os recursos organizacionais, culturais e sociais, já “o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis”⁵⁴⁸.

Certo é que a Defensoria Pública atua em favor daqueles que se encontram numa situação de inferioridade, seja econômica, jurídica ou organizacional, oportunizando-lhes voz numa esfera em que estiveram historicamente alijados, e é por isso que esta instituição é alçada ao papel de transformadora da realidade social⁵⁴⁹. Logo, o desempenho da Defensoria, na medida em que intenta buscar a paz social, não interessa somente aos seus assistidos diretos, mas também a toda sociedade, do que se conclui que valorizar a Defensoria Pública é valorizar o povo brasileiro⁵⁵⁰.

Num contexto em que preponderam valores neoconstitucionalistas e em que se exige sejam efetivados os direitos prestacionais dispostos no ordenamento jurídico constitucional, a omissão do Estado em prestar os direitos sociais deve ser repudiada e sanada com uma adequada atuação jurisdicional no âmbito das políticas públicas, garantindo-se, assim, o adimplemento do mínimo existencial.

⁵⁴⁴ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 193.

⁵⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 143-165, jul./dez., 2011.

⁵⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit.

⁵⁴⁷ Cf. nota de rodapé n. 573.

⁵⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit.

⁵⁴⁹ MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.cfji.js.br>>. Acesso em: 01/03/2012.

⁵⁵⁰ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública e transformação social**. Ano 9, n. 400, 11 agosto de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5572>>. Acesso em: 01/03/2012.

Ocorre que “a atuação do Poder Judiciário não apenas não dispensa, como, inclusive, exige, uma cooperação dos demais atores políticos e sociais”⁵⁵¹ dentre os quais se destaca a Defensoria Pública. Por meio desta, a sociedade, coletiva e individualmente considerada, contribui para a construção de um justo e legítimo resultado final no processo judicial, sendo assim, “a participação do povo no preenchimento da moldura normativa constitucional é indispensável como instrumento de legitimação da concretização normativa pelos órgãos estatais”⁵⁵², particularmente no processo judicial, uma vez que contribuem com a atividade jurisdicional na criação do direito nos casos concretos, isto é, conferem ao magistrado condições “para preencher o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e para concretizá-los por intermédio do controle das políticas públicas”⁵⁵³.

É preciso então propiciar uma efetiva colaboração dos membros da sociedade no processo de proteção dos direitos sociais, pois é o equânime oferecimento “de oportunidades para que os litigantes influenciem na decisão judicial”⁵⁵⁴ que possibilita aos indivíduos participarem de um sistema de diálogo democrático⁵⁵⁵, o qual, por sua vez, propiciará o devido ativismo jurisdicional, evitando ainda um indesejado estranhamento recíproco entre população e Poder Judiciário⁵⁵⁶.

Nesse diapasão, tendo em vista o cenário de histórica omissão estatal no cumprimento dos comandos constitucionais que versam acerca dos direitos fundamentais sociais básicos, a Defensoria Pública emerge como “valioso instrumento de transformação social e concretização de direitos fundamentais”⁵⁵⁷, habilitando ao Judiciário agir em prol dos direitos constitucionalmente assegurados, devendo ser ressaltado que essa postura ativa do órgão jurisdicional “não representa qualquer incompatibilidade com o atual regime democrático, mas, sim, efetiva renovação democrática do acesso à Justiça pelo exercício de

⁵⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 249.

⁵⁵² JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 112.

⁵⁵³ Ibidem, p. 131.

⁵⁵⁴ CAMILHER, Tatiana de Carvalho. **O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

⁵⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 154.

⁵⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 1, ano 1, p. 161-178, jul./dez., 2008.

⁵⁵⁷ NAPOLITANO, Bruno Diaz; PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O papel da Defensoria Pública na tutela coletiva de acesso à creche e pré-escola: um direito humano do núcleo familiar. **Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude da Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, p. 209-230. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2012.

uma cidadania ativa”⁵⁵⁸. Afinal, a inação estatal na execução de políticas públicas obriga ao Poder Judiciário fornecer, através “de uma construção jurisprudencial valorativa, respostas imediatas à sociedade moderna para exigir do Estado inerte a promoção de ações e a execução de políticas que visem ao implemento desses direitos fundamentais do cidadão”⁵⁵⁹.

Assim, a não realização de prestações estatais que estejam direcionadas a uma existência humana digna motiva um maior ativismo judicial que deve por conseguinte estar focado na necessária efetivação dos direitos sociais. Em tal situação, o fortalecimento da Defensoria Pública, órgão protetor de direitos dos necessitados, faz-se imprescindível, já que possibilita a plena universalização de oportunidades para aqueles que se encontram numa posição de hipossuficiência.

Isso porque o órgão defensorial detém a precípua missão de atuar como agente de transformação e inclusão social, fato que realça sua importância no âmbito de tutela dos direitos de natureza social. Logo, havendo colaboração da Defensoria Pública em prol dos desprovidos de um mínimo existencial, o ativismo judicial será justificado, democraticamente legítimo e, até mesmo, necessário.

Diante de todo o exposto, considerando que a Defensoria Pública é órgão organizado pelo constituinte de 1988 com o desiderato de contribuir para a promoção, ao menos, do mínimo para uma existência digna, sendo, assim, instrumento fundamental para a inclusão social, não é exagero afirmar que o contínuo fortalecimento da Defensoria Pública, através de previsões constitucionais⁵⁶⁰ e legais⁵⁶¹, representa aquilo que talvez seja o ápice do amadurecimento atingido pela democracia brasileira⁵⁶². Contudo, ainda há muito o que se

⁵⁵⁸ BORGES, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da Cidadania Ativa. **Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União**, n. 3, p. 75-87, jul./dez., 2010.

⁵⁵⁹ BORGES, Felipe Dezorzi. op. cit.

⁵⁶⁰ Cf. Emenda Constitucional n. 45/2004 que inseriu o § 2º ao art. 134 da Constituição Federal dotando as Defensorias Públicas Estaduais de autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Cf., ainda, a Proposta de Emenda à Constituição n. 487/2005 que prevê a ampliação da referida autonomia à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, além de outras garantias às Defensorias Públicas e aos seus membros. A referida proposta encontra-se pronta para pauta no plenário da Câmara dos Deputados, Casa Iniciadora. (BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 12.05.2012).

⁵⁶¹ Cf. Lei Complementar n. 132/2009 que alterou dispositivos da Lei Complementar n. 80/94 a fim de adequar esta lei ao disposto pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dotando a Defensoria Pública de prerrogativas coadunadas com suas relevantes atribuições. Cf, ainda, o Projeto de Lei Complementar n. 114/2011 que prevê a alteração da Lei Complementar n. 101/2000 com o fim de desvincular a Defensoria Pública da despesa com pessoal realizada pelo Poder Executivo, atribuindo à Defensoria um teto, em separado, de 2% com gasto de pessoal. Este projeto encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, já tendo sido aprovado no Senado Federal e propiciará, quando aprovado, uma melhor estruturação do quadro de pessoal da Defensoria Pública, a fim de que esta instituição possa exercer, da forma mais adequada, as suas atribuições. (BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 12.05.2012).

⁵⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 1148.

conquistar em termos de estrutura física⁵⁶³ e humana⁵⁶⁴, visto que a instituição não recebe ainda, regra geral⁵⁶⁵, a devida atenção na seara política e no processo de distribuição dos recursos orçamentários⁵⁶⁶, fazendo com que seu potencial de atuação reste prejudicado e seu conjunto de funções sequer seja conhecido por grande parte da população⁵⁶⁷.

A insistente omissão de órgãos políticos em dotar as Defensorias de melhores condições ao atendimento de sua missão atribuída pela Constituição⁵⁶⁸ torna contemporânea frase contida em obra de José Alencar: “Ele é pobre, pensava ela, muito pobre; há de ser suscetível portanto”⁵⁶⁹.

É constitucionalmente inaceitável que o Estado trate o mísero conforme pensamento esposado por personagem da letra de uma canção escrita por Gilberto Gil: “Madalena chorava; Sua mãe consolava; Dizendo assim: Pobre não tem valor; Pobre é sofredor; E quem ajuda é Senhor do Bonfim”⁵⁷⁰.

Em síntese, faz-se preciso massificar a ideia de que fortalecer a Defensoria Pública é consolidar a cidadania e promover a justiça social⁵⁷¹, pois sua ação é decisiva para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial quando há inércia estatal na implementação de políticas públicas, ocasião em que o Judiciário estará, posteriormente a uma provocação, constitucionalmente autorizado a suprir aquilo que estiver relacionado aos direitos sociais básicos.

Nesse sentido é que se pode finalizar todo o raciocínio desenvolvido afirmando que a atuação da Defensoria Pública em favor daqueles que se encontram carentes do mínimo para uma vivência humana com dignidade possibilita um adequado ativismo judicial, por

⁵⁶³ A Defensoria Pública do Estado da Bahia possui apenas um único prédio próprio e oito alugados (DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL (III). **Ministério da Justiça**, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

⁵⁶⁴ O orçamento da Defensoria Pública do Estado da Bahia no ano de 2009 era de 56.323.254,00 reais e, no mesmo ano, do total de 583 cargos de Defensor Público existentes, apenas 200 estavam ocupados, ou seja, 34,31% do total. (DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL (III). **Ministério da Justiça**, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

⁵⁶⁵ Referência no país, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em 2009, no que se refere a estrutura física, possuía oito prédios próprios e vinte e quatro alugados, além de ocupar noventa dependências nos fóruns estaduais. Quanto ao orçamento, em 2009, estavam destinados 403.261.127,00 reais para a referida Defensoria Pública. E, no mesmo ano, do total de 756 cargos de Defensor Públicos existentes, 750 estavam ocupados, o que representa 99,21% do total. (DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL (III). **Ministério da Justiça**, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012).

⁵⁶⁶ Cf. nota de rodapé n. 367.

⁵⁶⁷ ALVES, Francisco Cleber. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

⁵⁶⁸ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 171.

⁵⁶⁹ ALENCAR, José de. **Sonhos D’oro**. São Paulo: Ática, 1998, p. 35.

⁵⁷⁰ GIL, Gilberto. Madalena. In: **Mestres da MPB** – Gilberto Gil. São Paulo: Warner Music Brasil, 1992.

⁵⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 158.

meio do qual os poderes políticos serão compelidos a concretizar os direitos fundamentais sociais, em caso de omissão inconstitucional.

E para exercer o seu mister, a Defensoria Pública é dotada de instrumentos que possibilitam uma atuação em favor de pessoa individualmente considerada ou até mesmo da coletividade, afinal “grupos outrora menosprezados adquirem importância social, elevam-se da planície rasa onde vegetavam e reclamam proteção jurídica para seus interesses imediatos”⁵⁷².

É o que será a seguir tratado.

4.9 Os instrumentos judiciais utilizados pela Defensoria Pública para a realização dos direitos sociais

A Defensoria Pública detém, consoante dispositivos constitucional⁵⁷³ e legal⁵⁷⁴, a legitimidade para buscar o adimplemento dos direitos sociais via judicial tanto num âmbito individual quanto coletivo; assim, por meio de quaisquer das espécies de ações podem submeter à apreciação judicial o controle das políticas públicas⁵⁷⁵.

Alguns doutrinadores⁵⁷⁶ defendem que deve ser dada primazia às ações de natureza coletiva, visto que isso seria uma forma de abrandar os custos da jurisdição e

⁵⁷² GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Brasil, 1955, p. 10.

⁵⁷³ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012).

⁵⁷⁴ A Lei n. 7347/85, disciplinadora da Ação Civil Pública, preceitua: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) II - a Defensoria Pública; (...)” (ANGHER, Anne Joyce (organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012). Nesse mesmo sentido, a Lei Complementar n. 80/94: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (...)” (ANGHER, Anne Joyce (organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012).

⁵⁷⁵ FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 347.

⁵⁷⁶ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a doutrina tem demonstrado uma preferência pela tutela coletiva, com o intuito de reduzir os diversos efeitos colaterais resultantes especialmente da litigância individual descontrolada em matéria de prestações sociais, assegurando, por esta via, um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar o casuismo e a insegurança. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 240). Daniel Sarmento, por sua vez, entende que as ações coletivas constituem um ambiente

distribuir mais uniformemente os bens tutelados, tornando-se, assim, campo mais propício para que ocorra a prestação jurisdicional⁵⁷⁷.

Além disso, conforme afirma Rodrigo Albuquerque de Victor, a promoção de “uma macrojustiça dificilmente poderá ser assegurada em sede de litígio individual, ao passo que poderá ser facilmente veiculada por meio da jurisdição coletiva”⁵⁷⁸. Assim, estaria evidenciada “a essencialidade da contenda coletiva no contexto de imersão do Judiciário na concretização dos direitos sociais prestacionais.”⁵⁷⁹. Ainda nesse passo, o autor entende que as ações coletivas, ao contrário das individuais, influenciam diretamente as políticas governamentais, não somente por conta do aspecto eficaz *erga omnes* ou *ultra partes* do qual se revestem, nos âmbitos difuso e coletivo, mas também “por conta do objeto e universo de substituídos que abarcam, da economia e celeridade que proporcionam e da isonomia alvejada”⁵⁸⁰.

Já Eduardo Appio entende que as ações individuais se restringiriam às situações em que os indivíduos se encontrem alijados de um programa social decorrente de política pública promovida pelo Poder Executivo⁵⁸¹. O que quer dizer que, em caso de inexistência da política social, não caberá qualquer pleito individual, já que seria indevida a destinação de verba pública para o atendimento de uma demanda judicial individual⁵⁸². Isso ocorre, complementa o autor, pois o indivíduo, nesses casos, estaria em posição de vantagem em relação aos demais cidadãos⁵⁸³.

Porém, conforme dispõe Ingo Wolfgang Sarlet, não se pode olvidar da grande importância das ações individuais como “forma de manifestação concreta da cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle social sobre os atos do poder

mais adequado do que as individuais para os debates que envolvem o controle das políticas públicas em matéria de direitos sociais, e por isso o seu uso deve ser estimulado pelo legislador e pelo Judiciário. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 426). Na mesma linha, Samuel Meira Brasil Júnior. (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 475).

⁵⁷⁷ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 377.

⁵⁷⁸ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123-124.

⁵⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

⁵⁸⁰ Ibidem, loc. cit.

⁵⁸¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 180-185.

⁵⁸² Ibidem, loc. cit.

⁵⁸³ Ibidem, loc. cit.

público”⁵⁸⁴. Isso porque, considerando que os direitos sociais detêm dimensões individuais e coletivas, é necessário assegurar uma proteção integral⁵⁸⁵.

Dessa forma, pode-se afirmar que a eliminação de demandas individuais constitui uma grave violação aos direitos fundamentais sociais, haja vista que em determinadas circunstâncias essa é a mais adequada maneira de protegê-los⁵⁸⁶.

Daniel Sarmento dispõe que o descabimento de ações individuais na tutela de direitos sociais afronta diretamente garantia constitucional e fragiliza a proteção desses direitos, na medida em que faz um indivíduo lesado depender da interposição de ação coletiva, além do que não se pode desconsiderar que existem situações “singulares de determinados titulares de direitos sociais que não se enquadram no perfil da ação coletiva, pois esta, como se sabe, pressupõe a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado”⁵⁸⁷. Esses casos, finaliza o autor, “não podem ser ignoradas pelo judiciário e as demandas individuais são o meio adequado para trazer ao conhecimento dos tribunais”⁵⁸⁸.

Por certo, é totalmente inaceitável qualquer estratégia que vise impedir ou mesmo limitar a proteção judicial dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas em detrimento da individual⁵⁸⁹. Tal ato é afrontoso à ideia de necessária proteção daqueles que se encontrem excluídos da sociedade e visem pleitear individualmente direitos fundamentais que lhe sejam inerentes⁵⁹⁰.

Ora, não se pode negar o acesso do cidadão aos direitos sociais, ainda que pleiteado por meio de ação individual, sob o pretexto de violação ao princípio da isonomia, já que, conforme observa Éder Ferreira, “a obtenção do provimento jurisdicional favorável implica a necessidade de concessão igualitária do referido direito aos demais cidadãos em igual situação.”⁵⁹¹ De mais a mais, complementa o autor, “o acesso, ainda que individual, a

⁵⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 352-353.

⁵⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

⁵⁸⁶ Ibidem, loc. cit.

⁵⁸⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 426.

⁵⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

⁵⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 218.

⁵⁹⁰ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 301.

⁵⁹¹ FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 349-350.

determinados direitos pela via judicial, em médio prazo têm efeitos socializadores e imprime suas marcas em políticas sociais futuramente implementadas pelo Estado”⁵⁹².

Isso decorre da necessidade de o Estado garantir o mínimo existencial a todos os cidadãos, por meio do emprego razoável dos recursos públicos em políticas sociais⁵⁹³.

Exemplo disso foi a criação da lei ordinária federal n. 9.313/96 a qual determina a distribuição gratuita pelo Sistema Único de Saúde dos medicamentos necessários ao tratamento de portadores do HIV e doentes de AIDS. Essa lei somente foi publicada após consolidação nos tribunais do entendimento que pugnou pelo fornecimento gratuito de medicamentos aos portadores do vírus HIV, em respeito ao direito constitucional à saúde⁵⁹⁴.

Nesse caso, conforme preleciona Flávia Piovesan, houve uma estratégia de litigância, isto é, “optou-se por demandas individuais em detrimento de demandas coletivas, sob o risco de as últimas serem afastadas pelo Poder Judiciário, ainda com elas pouco familiarizado, temendo, inclusive, o amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo”⁵⁹⁵.

A verdade é que ambas as formas de proteção e controle das políticas públicas, individual e coletiva, estão situadas num mesmo patamar de importância, possuindo, cada qual, possibilidade de adequada aplicação de acordo com cada caso concreto, visto que os direitos “individuais e coletivos traduzem momentos de evolução das dimensões dos direitos fundamentais, não podendo ser suprimidos”⁵⁹⁶, mas sim devidamente tutelados pela ação judicial idônea.

Em outras palavras, o Judiciário, após provocado, e caso haja indevida omissão estatal em cumprir aquilo que esteja relacionado ao mínimo existencial do(s) indivíduo(s), está autorizado pela Constituição Federal a exercer um adequado controle das políticas públicas, independentemente de se tratar de demanda individual ou coletiva.

⁵⁹² Ibidem, loc. cit.

⁵⁹³ Ibidem, loc. cit.

⁵⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas. Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, n. 1, ano 1, p. 161-178, jul./dez., 2008.

⁵⁹⁵ A citada autora enumera, de forma exemplificativa, algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que firmaram existir um direito público subjetivo à saúde como prerrogativa jurídica indisponível, “cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”: RE 271286 AgR/RS, RE 232335, AI 232469, RE-236200, AI-236644, AI-238328-AgR, RE-242859, RE-247900, RE-264269, RE-267612, RE-273042, RE-273834, RE 255627AgR/RS AI 238328 AgR/RS; SS 702 AgR/DF e AI 486816 AgR/RJ. (PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas. Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, n. 1, ano 1, p. 161-178, jul./dez., 2008).

⁵⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56-57.

Quanto aos instrumentos de proteção no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais, a Defensoria pode utilizar todos aqueles para os quais detenha, conforme o ordenamento jurídico, legitimidade para propor.

Assim, a Defensoria Pública – instituição que, reitera-se, é constitucionalmente encarregada de patrocinar gratuitamente os necessitados na busca pelo adimplemento dos direitos sociais básicos – terá à disposição um arsenal de ações tanto de natureza individual quanto de caráter coletivo⁵⁹⁷; e no caso destas últimas, isto é, das ações coletivas, merece destaque a possibilidade de utilização da ação civil pública⁵⁹⁸.

Por fim, ressalte-se, com esteio no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, que caso o administrador descumpra ordem judicial no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas, abrem-se diversas vias para a aplicação de sanções, quais sejam, a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; a responsabilização por ato de improbidade administrativa; a intervenção no Estado ou no Município; e, ainda, a responsabilização criminal, a serem pleiteadas e aplicadas pelos órgãos e instituições competentes⁵⁹⁹.

Dessa maneira, expostas as considerações relacionadas ao controle jurisdicional das políticas públicas e o papel da Defensoria Pública, por meio de um adequado ativismo judicial, é momento de destacar algumas decisões jurisprudenciais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal atinentes aos principais temas preteritamente abordados.

4.10 Decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal

A respeito do controle jurisdicional no âmbito das políticas públicas e da importância da Defensoria Pública na concretização dos direitos fundamentais sociais, o Supremo Tribunal Federal, especialmente através de posicionamentos esposados pelo Ministro José Celso de Mello⁶⁰⁰, vem prestigiando a efetivação dos valores constitucionais ao entender ser cabível, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a atuação do Poder

⁵⁹⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 347.

⁵⁹⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 157.

⁵⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140.

⁶⁰⁰ Cf. notas de rodapé n. 601, n. 602, n. 603 e n. 604.

Judiciário para suprir a indevida omissão dos demais poderes estatais no adimplemento daquilo que estiver relacionado ao mínimo existencial do indivíduo.

Nesse sentido, a decisão paradigmática acerca da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais foi proferida em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 a qual, pela precisão e importância, merece destaque inicial⁶⁰¹.

Essa ação constitucional foi ajuizada contra veto presidencial a dado dispositivo da proposta de diretrizes orçamentárias que findou por ser convertida na lei 10.707/2003. A alegação é que tal ato estaria afrontando a emenda constitucional n. 29/2000 que garante uma aplicação de recursos financeiros mínimos nas ações e serviços públicos de saúde.

Ocorre que posteriormente o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto que, ao ser transformado na lei 10.777/2003, restaurou em sua integralidade o dispositivo sobre o qual houvera incidido o veto parcial questionado. Deu-se dessa forma a perda superveniente do objeto, restando completamente prejudicada em seu julgamento a ação em referência.

Contudo, ao invés de apenas se limitar a julgar prejudicada a arguição, sem adentrar no mérito, o Ministro Relator José Celso de Mello apresentou relevantes e inovadores posicionamentos a respeito do direito à saúde e da limitação de recursos públicos.

No tocante à legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, o Relator dispôs que compete precipuamente aos Poderes Executivo e Legislativo o encargo de implementá-las. Contudo, advertiu, em caso de inércia abusiva de tais poderes estatais que venha a comprometer a efetividade das normas constitucionais revestidas de conteúdo programático, a incumbência para atuação naquela área poderá atribuir-se aos órgãos judiciais.

Isso ocorre porque a liberdade de conformação das políticas públicas a ser realizada pelos órgãos legislativos e executivos não se revela absoluta, sendo limitada por parâmetros constitucionais.

A questão pertinente à reserva do possível também foi analisada na decisão, ficando assente que não obstante seja imprescindível considerar as possibilidades financeiras do Estado, não se mostrará lícito ao poder público criar obstáculos artificiais que venham a frustrar o estabelecimento de condições materiais mínimas de existência humana.

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-DF**, Argte: Partido da Social Democracia Brasileira, Argdo: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 04 mai. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

Logo, de acordo com esse entendimento, a teoria da reserva do possível não pode servir de mote para omissões arbitrárias que inviabilizem a promoção daquilo que estiver relacionado ao mínimo existencial.

Nesse sentido, por oportuno, segue abaixo parte da elucidadora decisão monocrática do Relator.

(...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “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 conseqüência, 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) 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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 programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação

(sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até

mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "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' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. 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. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal

implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. (...)

Tratando de outro caso, em sede de agravo regimental proposto contra decisório que conheceu agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário interposto em desfavor de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acompanhou por unanimidade o voto do Relator que negou provimento ao recurso de agravo⁶⁰².

Em tal precedente foi analisada a possibilidade de se obrigar judicialmente município a matricular crianças em unidades de ensino próximas de sua residência ou do endereço dos seus responsáveis legais.

Nesse sentido ficou assentado, conforme pode ser verificado na ementa abaixo transcrita, que o texto constitucional assegura o amplo acesso à educação infantil, a qual por sua vez, impõe ao poder público um dever de criar as condições objetivas que possibilitem o efetivo atendimento nas creches e unidades pré-escolares, sob pena de restar configurada indevida omissão estatal, apta a frustrar o integral adimplemento de relevante valor constitucional.

Registrou-se então que havendo, por inércia, descumprimento de políticas públicas definidas no bojo da Constituição Federal de 1988, abre-se a possibilidade de uma intervenção jurisdicional, com o objetivo de neutralizar os efeitos lesivos provocados pelo não agir estatal. Em verdade, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos políticos, o Judiciário nada mais faz senão cumprir mandamentos constitucionais.

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337-SP**. Agte: Município de São Paulo, Agdo: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DJ 15 set. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12/05/2012.

Fixou-se ainda o entendimento de que a utilização da teoria da reserva do possível encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, o qual representa emanação direta do valor dignidade da pessoa humana.

Por fim, a decisão destaca a importância da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, além do que reconhece a possibilidade de se aplicar a denominada *astreinte* no caso de descumprimento da ordem judicial.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF,

art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.** - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO**

INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

Seguindo o mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão negando provimento a recurso de agravo regimental interposto contra decisão de sua presidência, a qual indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada, por não ter sido constatada grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas⁶⁰³.

Em tal caso, de acordo com a Corte Constitucional, a interessada, portadora de uma patologia neurodegenerativa rara, comprovou não possuir condições financeiras para arcar com os custos do tratamento medicamentoso apto a deter o avanço da doença ou a possibilitar alguma melhoria em sua qualidade de vida.

Assim, dada a negativa dos entes políticos, o Presidente do Supremo Tribunal Federal manteve antecipação de tutela recursal deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para determinar ao ente estatal que fosse fornecido o medicamento adequado em favor da paciente.

Dessa decisão a União interpôs recurso de agravo ao plenário do Supremo Tribunal Federal alegando que a negativa de fornecimento do medicamento pautava-se, dentre outros motivos, numa suposta violação ao princípio da separação dos poderes estatais e na premissa de que a definição de políticas públicas caberia exclusivamente à administração, de modo que seria incabível interferência dos órgãos jurisdicionais nessa seara. Contudo, o recurso foi improvido por unanimidade.

⁶⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-CE**, Agte: União, Agdo: Ministério Público Federal, Agdo: Clarisse Abreu de Castro Neves, Agdo: Município de Fortaleza, Agdo: Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 30 abr. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

Merece destaque, dada a robustez jurídica, o voto proferido pelo Ministro José Celso de Mello – cujo trecho é adiante reproduzido – o qual propugna que a recusa governamental em conferir eficácia ao direito fundamental à saúde justifica uma intervenção jurisdicional que esteja atenta ao compromisso de materializar os valores constitucionais.

Logo é que, complementa o mesmo, não se pode admitir recusa dos órgãos políticos em cumprir as diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, sob pena de aniquilação de direitos fundamentais umbilicalmente relacionados à preservação de uma vida digna, caso do direto constitucional à saúde.

O Ministro então preceitua que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa, um interesse financeiro secundário, é preciso optar por aquela opção que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Ressalta ainda o citado julgador que o caráter programático da norma constitucional indicadora do direito à saúde não pode ser convertido, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental do poder público ao que determina a própria Lei Fundamental, em mera promessa incosequente do legislador constituinte.

Assim pronuncia que o desprezo pela Constituição Federal deve ser repellido de forma que, em respeito a sua autoridade e a fim de dar efetiva concreção aos valores constitucionais sociais, será sempre cabível a colmatação pelo Poder Judiciário nas situações em que for constatada uma arbitrária inércia estatal, visto que as prestações positivas estatais são imprescindíveis para a efetivação das normas constitucionais.

Pautando-se em tais fundamentos, o Ministro José Celso de Mello, em seu voto, desautoriza o acolhimento do pleito recursal, negando dessa maneira provimento ao agravo interposto.

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis. (...)

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á

plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....
 Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....
 Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....
 As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (...)

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

O caso ora em exame, Senhor Presidente, põe em evidência o altíssimo relevo jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à saúde, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, 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.” (grifei)

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na presente causa.

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.

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” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade 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.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas — preventivas e de recuperação —, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido (...)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

É por tal razão, Senhor Presidente, que tenho proferido inúmeras decisões, nesta Suprema Corte, em plena harmonia com esse entendimento, sempre a fazer prevalecer, nos casos por mim julgados (RTJ 175/1212-1213, v.g.), o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário (...)

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples posituação dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente

vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

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.

Cumprir assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa - como anteriormente já acentuado - fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

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

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela

autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição — por inércia de órgãos meramente constituídos — representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos (...)

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. (...)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência, nego provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal.

É o meu voto.

Por fim, merece menção determinado precedente no qual o Supremo Tribunal Federal destaca a crucial importância da atuação da Defensoria Pública para a concretização de direitos fundamentais. Isso se deu na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos em que foi questionada a validade jurídico-constitucional de lei complementar estadual, por suposta violação a determinados preceitos estabelecidos em lei complementar federal que prescreve normas gerais para a organização, nos estados-membros, da Defensoria Pública⁶⁰⁴.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente essa ação direta, nos termos do voto do Relator, Ministro José Celso de Mello, cujo excerto é colocado a seguir.

Com relação à significativa importância de que se reveste a Defensoria Pública nos planos jurídico, político e social, o julgador destaca que esta instituição atua como um vital instrumento na orientação jurídica e na defesa das pessoas desassistidas e necessitadas, sendo assim determinante para o desempenho satisfatório da atividade jurisdicional do Estado. E nesse sentido é absolutamente inaceitável, complementa o citado Ministro, ceifar os necessitados, já atingidos pelo estigma da exclusão social, do acesso a uma efetiva orientação jurídica e integral assistência judiciária. Afinal a concretização dos direitos e liberdades de pessoas carentes e necessitadas depende substancialmente das questões relativas à Defensoria Pública, tendo em vista o apoio, suporte e aparato institucional que a instituição propicia aos milhões de carentes que se encontram à margem das conquistas jurídicas e sociais.

Dando continuidade ao seu raciocínio, o Relator preceitua que a Defensoria Pública atua como fundamental fator de viabilização dos demais direitos, o que reforça sua importância jurídico-institucional e político-social. Pontua ainda que os desprivilegiados sociais, marginalizados que são do sistema jurídico nacional, são titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade, pois somente com a atribuição a todos do merecido respeito social, poder-se-á efetivar uma sociedade justa, fraterna e solidária, fazendo com que seja superada a situação de injusta desigualdade sócio-econômica a que se acham expostos largos segmentos da sociedade.

Em arremate, o Ministro José Celso de Mello afirma que o adequado patrocínio técnico promovido pela Defensoria Pública viabiliza o acesso dos necessitados à ordem

⁶⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2903–PB**, Repte: Associação Nacional dos Defensores Públicos, Intdo: Governador do Estado da Paraíba, Intdo: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 19 set. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

jurídica justa, o que traz como proveitosa consequência o gozo pleno e efetivo de direitos constitucionais a que fazem jus.

(...)

O exame deste litígio constitucional impõe que se façam algumas considerações prévias em torno da significativa importância que se reveste, em nosso sistema normativo, e nos planos jurídico, político e social, a Defensoria Pública, elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e reconhecida como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas.

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado.

Não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura, aos necessitados, o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária –, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável.

Lamentavelmente, o povo brasileiro continua não tendo acesso pleno ao sistema de administração da Justiça, não obstante a experiência altamente positiva dos Juizados Especiais, cuja implantação efetivamente vem aproximando o cidadão comum do aparelho judiciário do Estado. É preciso, no entanto, dar passos mais positivos no sentido de atender à justa reivindicação da sociedade civil que exige, do Estado, nada mais senão o simples e puro cumprimento integral do dever que lhe impôs o art. 134 da Constituição da República.

Cumprido, desse modo, ao Poder Público, dotar-se de uma organização formal e material que lhe permita realizar, na expressão concreta de sua atuação, a obrigação constitucional mencionada, proporcionando, efetivamente, aos necessitados, plena orientação jurídica e integral assistência judiciária, para que os direitos e as liberdades das pessoas atingidas pelo injusto estigma da exclusão social não se convertam em proclamações inúteis, nem se transformem em expectativas vãs.

A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inseqüente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas – que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

É preciso reconhecer, desse modo, que assiste, a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam –, uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

É que, Senhor Presidente, sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe, ao Estado, o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade, nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).

Vê-se, portanto, de um lado, a enorme relevância da Defensoria Pública, enquanto Instituição permanente da República e organismo essencial à função jurisdicional do Estado, e, de outro, o papel de grande responsabilidade do Defensor Público, em sua condição de agente incumbido de viabilizar o acesso dos necessitados à ordem jurídica justa, capaz de propiciar-lhes, mediante adequado patrocínio técnico, o gozo - pleno e efetivo - de seus direitos, superando-se, desse modo, a situação de injusta desigualdade sócio- econômica a que se acham lamentavelmente expostos largos segmentos de nossa sociedade. (...)

Conforme pode ser inferido das decisões colacionadas, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem ido ao encontro do cumprimento dos mandamentos constitucionais, especialmente naquilo que estiver relacionado a uma vivência humana com dignidade.

De fato, a Corte Constitucional demonstra, em tais precedentes, inadmitir a omissão dos órgãos políticos na realização dos direitos sociais, especialmente no tocante ao mínimo existencial, cuja materialização não pode ser obstaculizada pela reserva do possível.

Dessa maneira, restou evidenciado nos citados decisórios que a implementação de políticas públicas é de incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo, contudo, diante da inércia inconstitucional de tais órgãos, caberá atuação adequada do Poder Judiciário no intento de prover uma existência digna ao ser humano⁶⁰⁵.

O Supremo Tribunal Federal reconhece também a essencialidade da Defensoria Pública na defesa dos direitos sociais, daí ser de extrema importância a destinação de um tratamento adequado ao órgão defensorial por parte dos entes estatais, com vistas ao seu fortalecimento institucional, o que propiciará um mais adequado cumprimento das atribuições que a Constituição Federal lhe destina, além possibilitar – dada a maior participação dos

⁶⁰⁵ Paulo Roberto Lyrio cita ainda outros julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que se alinham a esse entendimento: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 1.246 MC**, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 13 fev. 1997; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **IF n. 470-5**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 20 jun. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 410.715**, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 03 fev. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no RE n. 411.518**, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 26 abr. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no AI n. 455.802**, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 17 ago. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no RE n. 401.673**, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 17 ago. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3. 768**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, D.J 26 out. 2007 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 482.611**, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 07 abr. 2010. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 193, janeiro/março 2012. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal, 2012).

necessitados nos debates judiciais – um necessário e adequado ativismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, através do controle das políticas públicas⁶⁰⁶.

Com isso será esposada, no capítulo derradeiro, uma conclusão acerca de tudo que foi tratado no trabalho dissertativo.

⁶⁰⁶ Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal vem ratificando seu posicionamento em prol do fortalecimento da Defensoria Pública, conforme pode ser observado nos seguintes precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.903**, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 19 set. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.163**, Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, D.J 09 mar. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.965**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, D.J 30 mar. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.892**, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, D.J 03 abr. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.270**, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, D.J 03 abr. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.056**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, D.J 01 ago. 2012.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação teve o intento de examinar a atuação da Defensoria Pública na efetivação dos direitos sociais, pela via de um adequado controle jurisdicional das políticas públicas quando da omissão inconstitucional dos órgãos políticos, quais sejam, Executivo e Legislativo.

Com efeito, o neoconstitucionalismo, paradigma jurídico adotado pela Constituição Federal de 1988, consolidou a importância da concretização dos direitos fundamentais sociais para o oferecimento a todos de uma vivência humana com dignidade.

E para obtenção de tal aspiração é essencial que sejam estruturadas e fortalecidas instituições estatais como a Defensoria Pública, focada em disseminar cidadania e promover a inclusão social.

De fato, os direitos fundamentais sociais encaixam-se na categoria de *status* positivo, isto é, nesse caso o Estado encontra-se obrigado a prestar determinada conduta a fim de que haja efetivação dos valores constitucionais. Logo, existindo déficit no oferecimento do mínimo vital, o hipossuficiente social deterá direito subjetivo definitivo (regra) à prestação estatal. Por outro lado, o que exceder ao mínimo existencial deverá ser sopesado com outros valores envolvidos, visto se tratar de direito subjetivo *primaefacie* (princípio).

É preciso ressaltar que a prestação de direitos sociais não é uma dádiva ou mero favor a ser realizado pelo Estado. Trata-se de obrigação constitucional a qual o ente estatal está vinculado a prestar.

Isso porque os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais são dotados de normatividade jurídica, não obstante o seu teor programático e a sua eficácia jurídica limitada, o que significa inexistirem meros aconselhamentos no bojo da Constituição Federal.

Entretanto, as normas constitucionais programáticas definidoras de direitos sociais exigem políticas públicas a fim de que sejam atingidas as metas preestabelecidas, ou seja, são necessárias prestações por parte do Estado para que haja uma plena efetivação de tais preceitos, o que somente se dará por meio da implementação de programas pelos órgãos políticos.

Ocorre que reiteradamente os Poderes Executivo e Legislativo se omitem no cumprimento da Constituição Federal, o que leva ao questionamento a respeito da possibilidade de atuação jurisdicional no controle dessas políticas públicas em face da teoria da separação dos poderes estatais.

No contexto neoconstitucionalista, o Judiciário deixou de ser um simples aplicador mecânico da lei e passou a assumir uma função de agente transformador da realidade social, desde que seus atos estejam consonantes com os valores constitucionais, e é diante dessa nova realidade que deve ser interpretada hodiernamente a teoria da separação dos poderes estatais.

Já no que se refere ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário, deve-se destacar que a democracia não se pauta unicamente na prevalência da vontade de uma maioria circunstancial, mas sobretudo no respeito aos direitos da minoria, sob pena de alijá-la do processo democrático.

Desta feita a atuação jurisdicional, na seara dos direitos sociais básicos, pode ser adequada e até mesmo necessária caso seja baseada em determinados parâmetros constitucionais, não se admitindo voluntarismo ou convicções meramente pessoais nos decisórios.

Nessa linha, a alegação da impossibilidade de controle jurisdicional das peças orçamentárias não deve prosperar, já que o orçamento não é apenas autorizativo, devendo existir uma fiscalização do seu efetivo cumprimento; além disso, as omissões terão que ser supridas no intento de se propiciar o provimento do mínimo referente aos direitos sociais.

Ao Estado não caberá então se eximir em adimplir o mínimo existencial alegando impossibilidade fática ou jurídica para tanto. Dessa forma, a teoria da reserva do possível não pode servir de justificativa para a não atuação estatal em prol dos necessitados, a quem aliás devem ser destinadas prioritariamente as políticas públicas sociais.

Diante desse contexto, a atuação da Defensoria Pública é crucial, tendo em vista sua atribuição constitucional de atuar em prol daqueles que são desprovidos dos direitos sociais mais baixos, situação em que ao Estado não caberá a escusa pelo não cumprimento pautando-se em questões orçamentárias de menor valor axiológico. E o Poder Judiciário, após ser provocado, deverá tomar conduta adequada, necessária e proporcional em sentido estrito valendo-se de argumentação democrática e racional.

A Defensoria Pública contribui decisivamente para a formação do decisório, na medida em que proporciona uma substancial participação daqueles que estão em situação de marginalização social, robustecendo assim os fundamentos democráticos.

Essa contribuição do órgão defensorial encontra base teórica nas noções esposadas por Jürgen Habermas acerca de democracia deliberativa a qual, aplicada ao processo judicial, proporciona a existência de um diálogo efetivo entre as partes que estarão

aptas a influenciar na decisão final, haja vista a proteção substancial dos direitos em jogo efetuada pela Defensoria Pública.

Ainda num reforço teórico à importância do fortalecimento e presença ativa da Defensoria Pública na concretização dos direitos sociais encontra-se a doutrina de Peter Häberle a respeito da sociedade aberta dos intérpretes que defende uma abertura a uma interpretação pluralista, a qual somente irá efetivamente oferecer real contribuição caso haja patrocínio jurídico adequado dos aliados sociais.

Com a missão de cumprir suas atribuições constitucionais, a Defensoria Pública irá se valer dos instrumentos judiciais previstos pelo ordenamento jurídico, atuando por meio de uma ação de alcance individual ou coletivo.

Já no âmbito judicial, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a imprescindibilidade da concretização dos direitos sociais básicos, valorizando a importância da atuação da Defensoria Pública nessa seara, especialmente naquilo que estiver relacionado à dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o acima exposto, pode-se afirmar que a atuação da Defensoria Pública, aliada a um ativismo judicial constitucionalmente adequado, faz-se fundamental para a efetivação dos valores constitucionais relacionados umbilicalmente ao atingimento da felicidade do ser humano.

Referências

ALENCAR, José de. **Sonhos D'oro**. São Paulo: Ática, 1998.

ALÉSSIO, Patrícia Kettermann Nunes. Do direito social à alimentação. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 1, ano 1, p. 101-109, mai./jun./jul./ago., 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Cleber. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond. Nosso Tempo. In: **A Rosa do Povo**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ANGHER, Anne Joyce (organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARANHA, Flora Augusta Varela. Democracia e a máxima efetivação dos direitos fundamentais: (re)pensando conceitos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n.º 15, jul/dez 2007. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CABONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal**

da Bahia: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 131-150, 2010.

_____. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAHIA. **Orçamento 2012.** Disponível em: <<http://www.seplan.ba.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional:** Direitos fundamentais. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 1, ano 1, p. 133-160, jul./dez., 2008.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2004.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 30/01/2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13/12/2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERCOVICCI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. rev. Rio De Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da Cidadania Ativa. **Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União**, n. 3, p. 75-87, jul./dez., 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. (et. al.) **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Editora Coimbra, 2008.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 12.05.2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012.

BRASIL. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2903–PB**, Repte: Associação Nacional dos Defensores Públicos, Intdo: Governador do Estado da Paraíba, Intdo: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 19 set. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45–DF**, Argte: Partido da Social Democracia Brasileira, Argdo: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 04 mai. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337–SP**. Agte: Município de São Paulo, Agdo: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, D.J 15 set. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175–CE**, Agte: União, Agdo: Ministério Público Federal, Agdo: Clarisse Abreu de Castro Neves, Agdo: Município de Fortaleza, Agdo: Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 30 abr. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/10/2011.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: desenvolvimento econômico, bem-estar social. São Paulo: Saraiva: 1982.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

CAMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: Carbonell, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAMILHER, Tatiana de Carvalho. **O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra (Pt): Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____.; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto, In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo:** ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Nuevos Tiempos para el constitucionalismo. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid, Editorial Trotta, 2003.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/censo2010>>. Acesso em: 12/05/2012.

CITTADINO, Gisele. Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 2, ano II, p. 138, 2001.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/01/2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional.** Sentencia SU-225/98. Mayo 20 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>>. Acesso em: 20/04/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba:** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COSTA, Marli M. M. da. A efetivação dos direitos fundamentais dos excluídos sociais como pressuposto da cidadania. Itajaí: UNIVALI. **Novos estudos jurídicos**, v. 12, n. 1, p. 107-118, jan/jun, 2007.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos (org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Diley da. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL (III). **Ministério da Justiça**, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT – EIU. **The Economist**. Disponível em: <<http://www.eiu.com.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIESP. **Índice de Percepção da Corrupção – 2010**. DECOMTEC. 2011. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Gilberto. Madalena. In: **Mestres da MPB – Gilberto Gil**. São Paulo: Warner Music Brasil, 1992.

_____.; VELOSO, Caetano. Haiti. In: **Tropicália 2**. São Paulo: Polygram, 1993.

GIL DOMÍNGUÉZ, Andrés. **Neoconstitucionalismo e derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 2005.

GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Brasil, 1955.

GONÇALVES, Hermes Laranja. **Uma visão crítica do orçamento participativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 143-165, jul./dez., 2011.

_____.; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUASTINI, Riccardo, “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano”. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso pronunciado na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte**, em 27 de julho de 1988. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

INSALI, Victor. Os direitos humanos e a democracia em Habermas. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LANDIM, Maria Noêmia Pereira. **A Defensoria Pública e a proteção dos direitos metaindividuais no Estado Democrático de Direito**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da Defensoria Pública na reforma do Judiciário. In: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coord.). **Reforma do judiciário: emenda constitucional n. 45/04**. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Efetivação Judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução de Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Organização de Igor César F. A. Gomes. Distribuição: Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

_____. O direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (organizador). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Clara Cardoso. Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS, Leonardo (organizador); SCHWABE, Jürgen (coletânea original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Maria Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.cfji.js.br>>. Acesso em: 01/03/2012.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poder e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2008.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e Vida Severina**: e outros poemas para vozes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Editora Saraiva. 3 ed. São Paulo: 1999.

_____.; et al. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. **Defensoria Pública**: espaço de “justiça popular” – os dispositivos de resoluções alternativas de litígios – RAL’S. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 3 ed. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NAPOLITANO, Bruno Diaz; PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O papel da Defensoria Pública na tutela coletiva de acesso à creche e pré-escola: um direito humano do núcleo familiar. **Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude da Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, p. 209-230. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2012.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo? In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. **Administração Pública**: Direito administrativo, financeiro e gestão pública: práticas, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

NASCIMENTO, Lúcio Mota do. O início de uma revolução democrática na justiça: uma história real que virou projeto de educação em direitos. **Edição Especial Temática sobre Infância e Juventude da Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, p. 289-299. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, Acadêmica, 1994.

PALUDO, Maria de Fátima Záchia. A Defensoria Pública como instrumento de acesso e igualdade perante a justiça. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 1, ano 1, p. 161-167, mai./jun./jul./ago., 2010.

PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo. 4 ed. rev., ampl. e atual. **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodim, 2010.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodim, 2011.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 193, janeiro/março 2012. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal, 2012.

_____. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 1, ano 1, p. 161-178, jul./dez., 2008.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

PRADO, Daniel Nicory. **A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO – PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2011.** Disponível em <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 12/05/2012.

QUEIROZ, Rachel de. **O quinze.** São Paulo: Siciliano, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. A atuação da Defensoria Pública sob o prisma do neoconstitucionalismo. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 37-53, jul./dez., 2011.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em direitos e defensoria pública: reflexões a partir da lei complementar n.º 132/2009. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, n. 2, ano 4, p. 111-142, jul./dez., 2011.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública: um caminho para a cidadania?** 2007. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Assessoria jurídica gratuita como forma de acesso à justiça e inclusão social.** Disponível em: <<http://www.mediacaobrasil.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones:** Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta: 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro. Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional:** estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. 4 ed. rev., ampl. e atual. **Leituras complementares de direito constitucional:** direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodim, 2010.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos fundamentais e Estado constitucional:** estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. **Parâmetros para o controle judicial do fornecimento de medicamentos.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 31/03/2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Função Jurídico-orientadora da Defensoria Pública.** Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20/03/2012.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais:** leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51. São Paulo. Universidade de São Paulo, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla (org.). **A história da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A ordem constitucional econômica: balanço dos 20 (vinte) anos de vigência da constituição brasileira de 1988. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A releitura da teoria jusfundamental no direito constitucional brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Nelson Gonçalves de. **A Defensoria Pública como fator indispensável para a construção da cidadania brasileira e do mínimo existencial**. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. *Novos estudos jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301. Maio/ago., 2003.

_____. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da constituição dirigente - adequada a países de modernidade tardia. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Ed. Forense Universitária: 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

TODESCHINI, Elizandro. Pós-positivismo jurídico, acesso à justiça e Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 2, ano 1, p. 26-50, set./out./nov./dez., 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VÁLDEZ, Diego. **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lório do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

_____. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 27-66, 2010.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização do mínimo existencial. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 15, jul/dez, 2007.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.