

ADRIANO LUÍS DE ALMEIDA SILVA

**A PRETENSÃO POPULAR DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO PODER
PÚBLICO**

Maceió

2008

ADRIANO LUÍS DE ALMEIDA SILVA

**A PRETENSÃO POPULAR DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO PODER
PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Andreas J. Krell.

Maceió

2008

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

S586p Silva, Adriano Luís de Almeida.
A pretensão popular de tutela dos direitos fundamentais sociais por intermédio da função jurisdicional do poder público / Adriano Luís de Almeida Silva.
– Maceió, 2008.
105 f.

Orientador: Andreas J. Krell.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2008.

Bibliografia: f. 102-105.

1. Direitos fundamentais. 2. Separação dos poderes. 3. Limitações financeiras.
4. Direito subjetivo. I. Título.

CDU: 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO (2006/2008)

ADRIANO LUÍS DE ALMEIDA SILVA

**A PRETENSÃO POPULAR DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO PODER
PÚBLICO**

**Dissertação apresentada ao curso de Mestrado
em Direito Público da Faculdade de Direito de
Alagoas - UFAL, como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre.**

**Área de concentração do Curso: *Fundamentos
Constitucionais dos Direitos.***

Linha de Pesquisa: *Transformações do Direito.*

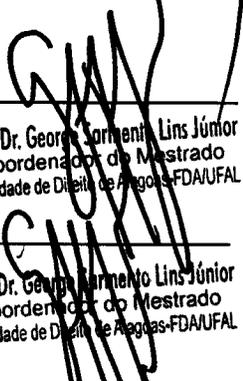
Orientador: Professor Doutor Andreas J. Krell.

**A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do
primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e o julgou nos
seguintes termos:**

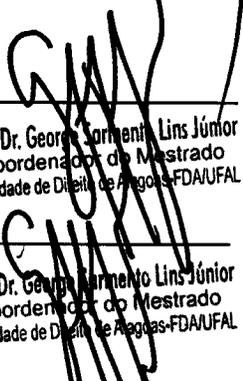
Professor Doutor Francisco Wildo Lacerda Dantas

Julgamento: APROVADO **assinatura:** 

Professor Doutor George Sarmiento Lins Júnior

Julgamento: APROVADO **assinatura:** 

Professor Doutor Fredys Orlando Sorto viu etc

Julgamento: APROVADO **assinatura:** 

Menção Geral:

APROVADO

Coordenador do Curso:

Professor Doutor George Sarmiento Lins Júnior

Maceió, 06 de Abril de 2008

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha mãe, D. Francisca, pessoa incomum, teórica e praticante da ética, dos bons costumes e da solidariedade, na política e no trato pessoal.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Alagoas – UFAL, à Faculdade de Direito de Alagoas – FDA, ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD e ao Mestrado em Direito Público, gratuitos e qualificados.

Aos servidores e colaboradores da FDA e do PPGD, muito especialmente à doce, paciente, atenta e prestativa amiga Giovanna Codá.

Ao destacado e qualificado corpo docente do PPGD, dos Professores Marcos Mello e Paulo Lôbo, festejados e tradicionais Doutores, aos Professores Alberto Jorge, George Sarmento e Gabriel Ivo, ainda jovens Doutores, mas já não tão novos talentos.

Ao professor Doutor Andréas J. Krell por haver conferido à FDA e ao ensino jurídico alagoano uma grife de sofisticação internacional, de quem, imerecidamente, fui orientando, numa relação de mão única que somente a mim aproveitou.

Ao amigo Beclaute, da seleção à conclusão do Mestrado, bibliógrafo disponível, crítico e sugestivo. Breve, breve, um Doutor puro sangue.

A todos os amigos e amigas da Turma II, especialmente ao Felipe, amigo e advogado, e à Carol, amiga espirituosa e atenciosa.

RESUMO

O trabalho se desenvolve a partir do estudo da origem histórica do princípio da separação dos poderes estatais até a sua moderna concepção funcional, com o propósito de demonstrar que o mesmo não se incompatibiliza com o controle popular da efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio da função judicial. Na seqüência, buscou-se evidenciar qual deve ser o conteúdo jurídico das limitações financeiras estatais como fator condicionante da efetividade dos direitos fundamentais sociais e a forma como devem ser enfrentadas no ambiente do processo. Por fim, o trabalho submeteu as normas de direitos fundamentais sociais ao crivo do conceito jurídico de direito subjetivo com o fim de conferir-lhes o atributo da pretensão judicial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, separação dos poderes, limitações financeiras, direito subjetivo.

ABSTRACT

The work is developed through a study about historic origin of the principle of segregation of the powers until its modern functional concept, aiming at demonstrating that it is not incompatible with the popular control of the effectiveness of the fundamental social rights through judicial function. Following, it was tried to give evidence to which must be the juridical of the state financial limitations as a main factor to the fundamental social rights, and the way they have to be faced in the process ambient. Finally, the work was submitted to the norms of the fundamental social rights with the approval of the juridical concept of the subjective right in order to give them the attribute of subjective pretension.

Key-words: Fundamental social rights, powers segregation, financial limitations, subjective right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
------------------	----

CAPÍTULO I – Harmonia antes que independência: a essência funcionalista do princípio da separação orgânico-subjetiva do exercício dos poderes públicos, na perspectiva dos direitos fundamentais.

1.1. Origem da desconcentração subjetiva do exercício do poder público	14
1.2. A Constituição como gabarito do controle	16
1.3. O Estado é meio para o atingimento dos legítimos fins constitucionais	18
1.4. A participação popular por meio da função jurisdicional como exigência contemporânea e funcional da harmonia constitucional	25
1.5. A legitimidade popular – princípio democrático – e o controle das funções legislativa e executiva por intermédio da função jurisdicional	28
1.6. Expectativas e exigência contemporâneas	31

CAPÍTULO II – RESERVA DO POSSÍVEL E RESERVA DE CONSISTÊNCIA: ASPECTOS FÁTICO-NORMATIVOS

... ..	41
--------	----

CAPÍTULO III – DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL SUBJETIVO

3.1. Disposições gerais	48
3.2. Conceito de direito subjetivo e perspectiva jusfundamental	55
3.3. Natureza jurídica	58

3.4. Posituação dos direitos sociais na Constituição brasileira.....	59
3.5. Caráter normativo.....	63
3.6. Ponderação da eficácia jurídica das normas de direito fundamental social.....	66
3.7. Mínimo existencial digno	72
3.8. Individualização da vantagem.....	78
3.9. Limitação à esfera de atuação de outro pela imposição de deveres positivos ou negativos	81
3.10. Relação jurídica na perspectiva dos direitos fundamentais sociais	82
3.11. Posição ativa: o sujeito ativo de direito fundamental social	84
3.12. Posição passiva: o sujeito passivo de direito fundamental social	85
3.13. Poder de exigir: justiciabilidade.....	86
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

A questão que se põe, e que precisa ser superada, consiste no fato de que ainda persiste uma tradição de acentuado distanciamento entre as funções executiva e legislativa e a função jurisdicional do poder político, no que concerne ao controle popular dos atos administrativos, exercido por intermédio desta última, que se mantém sob o pretexto de se homenagear o princípio da “separação” dos “poderes”.

Isso se deve ao fato de que se parte de uma compreensão de tal norma de índole principiológica segundo a qual não se tolera que a função jurisdicional, a despeito de exercer a guarda, a defesa e a promoção da aplicabilidade do Direito Positivo – em especial o complexo de norma constitucionais – possa conhecer e tutelar pretensões condenatórias do Estado a reformular ou implementar determinada atuação, a fim de satisfazer certa demanda, traduzida em direito fundamental social.

À partida, impõe-se perceber que a pretensa tensão institucional vai além do aspecto histórico, formal e ideológico do modelo de “separação” voltado exclusivamente para a contenção do governante, para se ater, também, à crítica da ausência de legitimidade popular, que acometeria a função jurisdicional do poder, em assuntos que seriam atavicamente vinculados às funções legislativa e governativa.

Cuidando-se do aspecto formal, tem-se que a predita concepção de independência quase isolacionista dos “três poderes” firmou-se e consolidou-se com uma força tal que ainda hoje reflete na formação e na atuação de considerável parcela dos atores políticos, aí compreendidos os indivíduos componentes dessas três esferas concêntricas do poder, constituindo-se em barreira intelectual que interdita à função jurisdicional o território (*jus*)político sob o domínio primário e preponderante das funções legislativa e executiva, caracterizando-se como interferência, matizada de inaceitável, qualquer aproximação quanto ao mérito e a oportunidade das opções e condutas positivas e negativas encampadas por estas últimas.

Em síntese, esse óbice ideológico persiste vigoroso nos dias atuais, sendo ainda defendido por muitos, convencidos de que qualquer movimento tendente a dar-lhe conformação menos restrigente representaria verdadeira heresia ao dogma separatista.

Como se deixou antever, porém, àquela atuação controladora e injuntiva do povo por meio da função jurisdicional sobre os desempenhos das funções legislativa e

executiva, sofre também a objeção que se consubstancia no argumento de que lhe faltaria legitimidade para empreender juízos assuntivos daqueles eventualmente levados a cabo pelo legislador ou pelo governante.

Tal deslegitimidade se deve ao fato de que é a esses, e não àquela, que se confere o poder para empreendê-los, de fato e de direito, através da manifestação direta da vontade popular majoritária.

Destarte, sendo a atuação dos juízes destituída do estofo das urnas, não se compreenderia na missão institucional da função jurisdicional, mesmo a pretexto de aplicar a Constituição, pretender imiscuir-se em tal seara eminentemente legislativa e governativa, sob pena de incorrer em deslegitimidade, resvalar em agressão à soberania popular (princípio democrático) e semear a insegurança institucional.

Além desse dogma, e mesmo para muitos daqueles que o conseguem superar no plano ideológico, outra barreira irrompe-se, agora de ordem fática, traduzida na insuficiência material ou limitação financeira do Estado, que é estudada sob a designação de teoria da “reserva do possível”.

Tal obstáculo inutilizaria qualquer tentativa de se deduzir pretensões jurisdicionais injuntivas, que resultassem em provimentos positivos com eficácia condenatória do Estado-Legislativo-Executivo a prover efetivamente uma determinada carência social, ainda que dita demanda se identifique como direito fundamental social assegurado na Constituição, cuja satisfação se persegue, no plano governativo, por intermédio da efetiva implementação de políticas públicas.

Desse modo, posto que patente uma situação de inefetividade da função executiva do Poder, que resulta na insatisfação do mínimo existencial digno à considerável parcela dos cidadãos, a constatação desse *déficit* revelaria mero dado estatístico de uma carência desatendida, que permaneceria na exclusiva dependência do auto-despertamento do próprio governante.

E isso sem que configurasse inadimplemento de direito subjetivo do cidadão, de modo a legitimá-lo a perseguir-lhe a tutela por intermédio do Estado-Jurisdição, a fim de compelir o Estado-Legislativo-Executivo ao adimplemento.

Imbricada à questão da insuficiência de meios, há um outro flanco de resistência ao desembaraço da função jurisdicional, fustigando-a com a tese argumentativa designada “reserva de consistência”. Esta parte do pressuposto de que lhe faltaria o

necessário cabedal heterônomo que o habilitasse a empreender, com rigor técnico-científico, diagnoses, prognoses e prescrições idôneas a se sobreporem a estes mesmos juízos eventualmente levados a cabo pelo Legislador ou pela Administração.

Por fim, tem-se o aspecto do déficit normativo com que seriam positivados os direitos fundamentais sociais, fazendo com que os mesmos não pudessem ser pretendidos por meio de postulação deduzida em sede jurisdicional, haja vista que o seu caráter universalizante se incompatibiliza com o conceito jurídico de direito subjetivo, que traduz noção individualizadora.

Diante desse contexto, surgem os seguintes questionamentos:

- 1) **Representa ofensa ao princípio da repartição das funções do Poder – quando observado sob o prisma formal-ideológico – a possibilidade de controle popular exercido por meio da vertente jurisdicional sobre o governo, no que respeita à efetividade dos direitos fundamentais sociais?**
- 2) **Representa ofensa ao princípio da repartição subjetiva das funções do Poder – quando observado sob o prisma da legitimidade institucional – a possibilidade de controle popular exercido pela vertente jurisdicional sobre o governo, no que respeita à efetividade dos direitos fundamentais sociais?**
- 3) **É compatível com o postulado da eficácia jurídica da Constituição, no que concerne à eficácia jurídica das normas instituidoras dos direitos fundamentais sociais, a idéia, pré-concebida, constante e repulsora, da insuficiência de meios (“reserva do possível”) como impedimento constante e anteposto a esse controle?**
- 4) **Tendo em vista o desamparo do sufrágio popular da função jurisdicional do poder e que a legitimidade dos seus atos decisórios irradia-se da indispensável fundamentação, como satisfazer consistentemente esse requisito da Constituição diante da crítica de que se ressente de insuficiência de cabedal heterônomo?**

- 5) **Em caso de superação desses óbices, em que medida a atual e real insuficiência de meios deve pautar a atuação desse controle?**
- 6) **Em que circunstâncias fático-jurídicas, e em que medida, a insatisfação de um direito fundamental social pela função governativa do Poder não constituiria ofensa à Constituição?**

A fim de contribuir para uma melhor compreensão desse específico problema atualmente enfrentado pela teoria do Direito é que a presente dissertação expõe uma perspectiva segundo a qual é do interesse público e, portanto, do Estado de Direito Democrático, poder o povo servir-se, a fim de dirigir-se segundo a sua vontade plasmada no estatuto jusfundamental constitucional, não apenas do sufrágio universal e periódico ou da exígua e dificultosa iniciativa legislativa semidireta, mas também da função jurisdicional.

A esse propósito, buscou-se demonstrar, a partir de um esboço histórico até a atual concepção funcionalista da divisão subjetiva do poder público, que o chamamento popular da função jurisdicional como mais um ambiente válido, legítimo e qualificado por intermédio do qual se persegue a efetividade dos direitos fundamentais sociais não traduz de modo algum algo que seja constitucionalmente estranho e inoportuno ou que atente contra o princípio fundamental da independência dos “poderes”, mas, ao contrário, representa poderosa ferramenta institucionalmente posta à disposição popular que se assoma às demais formas de intervenção direta do povo em seu próprio desígnio, pois que à função jurisdicional do poder não se permite julgar *extra, citra* ou *ultra petita*.

Ainda nesse desiderato, perseguiu-se evidenciar que, de fato, a inexistência ou exigüidade de recursos financeiros (“teoria da reserva do possível”) constitui impedimento juridicamente justificado ao não atendimento relativo, ou até mesmo absoluto, de certo direito fundamental social, afinal, o Direito não se presta a tutelar o impossível.

Entretanto, também se ressaltou até mais não poder que aquele contra-argumento há de restar, processualmente, absolutamente justificado pelo Estado devedor, segundo os critérios decorrentes de todos os princípios e regras reguladores da atividade público-administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), que dão azo ao direito fundamental à boa administração pública.

Por fim, procurou-se enfrentar o espectro normativo-dogmático do problema, máxime no que concerne à formulação dos enunciados prescritivos com que positivados os direitos fundamentais sociais e ao conceito jurídico de direito subjetivo, com o propósito de demonstrar a necessidade de serem revisitadas, revistas e aprimoradas concepções tradicionais, privatísticas e individualistas dos institutos do Direito, de modo a desenvolver a práxis e a ciência do direito a fim de que possam servir de instrumento – não o único, por óbvio – idôneo a contribuir para uma melhor justiça na distribuição e participação quanto aos bens materiais produzidos por certa sociedade.

1. HARMONIA ANTES QUE INDEPENDÊNCIA: A ESSÊNCIA FUNCIONALISTA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ORGÂNICO-SUBJETIVA DO EXERCÍCIO DOS PODERES PÚBLICOS, NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.1. ORIGEM DA DESCONCENTRAÇÃO SUBJETIVA DO EXERCÍCIO DO PODER PÚBLICO.

É histórica a idéia de que o Poder político tem de ser compartilhado a fim de que as variantes essenciais da sua capacidade de condução social não fiquem confiadas ou encerradas em um só indivíduo, de modo que, impedindo-se formalmente a concentração, se reduziria, por conseguinte, e substancialmente, a tendência ao abuso.

Inglaterra, Estados Unidos e França são, cada um a seu modo, o berço da formulação da “separação dos poderes” como viga de sustentação de uma sociedade genuinamente constitucionalizada.

Em sua concepção originária, a desconcentração do poder atendia aos reclamos de forças político-sociais prevalentes (nobreza e povo) e se erigiu como forma de acomodar tais estamentos ao lado do rei, nos centros oficiais de poder, a fim de aplacar inclinações revolucionárias.

Aquela era uma perspectiva eminentemente política da desconcentração a fim de conferir participação no poder aos grupos sociais que se formaram e se fortaleceram. Assim, o fracionamento subjetivo do exercício do poder atuava decerto como modo de contenção do poder, mas era muito mais uma forma de se reconhecer status, prerrogativas, aos estamentos ou ordens sociais que conquistaram importância política.

O *télos* da idéia de “separação dos poderes” consistia, então, numa fórmula política de se equilibrar as forças político-sociais – estamentos: rei, nobreza e representantes do povo – a partir da distribuição entre si do poder, sem que a nenhuma delas coubesse com exclusividade uma das três grandes vertentes funcionais do poder estatal (legislativo, executivo e jurisdicional).

Ao abandono da conformação político-social medieval, seguindo-se o ingresso na idade moderna, conforme anota NUNO PIÇARRA¹, houve as “efêmeras constituições escritas do Protectorado de Cromwell, as constituições dos Estados da Nova Inglaterra, a constituição americana saída da Convenção de Filadélfia e as constituições resultantes da Revolução francesa”, até o surgimento do Estado liberal.

O Estado passou a ser o centro único de poder a partir do povo, sua única fonte legítima, de sorte que não se reconhecia qualquer outra manifestação de poder, não havendo mais qualquer referência a estamentos sociais.

Destarte, a desconcentração subjetiva do poder desvincula-se do viés equilibrante de potências sociais internas, convolvendo-se em instituto técnico-organizacional do Estado.

Assim, no Estado de Direito liberal, o princípio da “separação dos poderes”, que assumira uma “autonomização progressiva de uma função de controlo, atribuída em certa proporção a cada um dos órgãos constitucionais (...) destinada a garantir o carácter reduzido da actuação estadual, sucedeu uma limitação-racionalização destinada à correcta actuação do Estado progressivamente alargada².”

A relação triádica do Poder traduz-se, pois, nas funções legislativa, executiva e jurisdicional, exercidas, cada uma, prevalentemente e essencialmente, por indivíduos distintos, sem qualquer relação subordinativa de uma com as outras – ao menos sob o prisma formal-ideológico.

Ocorre que essa configuração tripartite foi informada e impregnada, desde a origem, por uma compreensão assaz acentuada de independência daquelas instâncias competenciais do poder, em medida tal que praticamente inadmitiam-se quaisquer interpenetrações, abominando-se incursão na perspectiva do mérito das ações – ou da falta de – do governante por parte da função jurisdicional.

Portanto, repise-se, essa concepção originária da tripartição do Poder atendia fundamentalmente ao ideário liberal de contenção do governante, evitando-se a consequência do despotismo, que tem por causa mais marcante a concentração do poder político numa só pessoa.

¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 25.

² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 152.

Desse modo, a técnica da “separação” do poder, inicialmente conformadora de potências sociais (estamentos), estabeleceu-se na modernidade, a par do monismo legitimatório estatal, como uma fórmula engenhada para debelar o perigo representado pelo governante, que reunisse em si as mais proeminentes e proficientes capacidades do poder político.

Entretanto, como assinalado, a atuação do postulado da “separação dos poderes” experimentou sensível alargamento, sendo certo que um dos fatores impulsionadores desse fenômeno social consiste na necessidade de aperfeiçoamento dos direitos fundamentais com o reforço das liberdades pelas necessárias prestações de caráter social a cargo do Estado, com nítido reflexo nas relações entre as funções³.

1.2. A CONSTITUIÇÃO COMO GABARITO DO CONTROLE.

A partilha do poder político, então, não deveria significar que a compartição encarregada de expedir normas (função legislativa) ou de governar (função executiva) pudessem agir sem peias e à margem da fiscalização e do controle popular exercido também por intermédio da função jurisdicional do poder.

Somente modernamente, no entanto, com a proclamação dos direitos fundamentais do homem e a instituição de Cortes constitucionais, é que se verifica o desenvolvimento de uma concepção da tripartição do poder não apenas limitada a conter o movimento centralista e ditatorial do governante, mas também envolvida na consecução do bem comum, tal como estatuído nas respectivas leis fundamentais.

A esse respeito, assevera STRECK⁴ que:

No hay duda, entonces, que esse nuevo modelo de justicia constitucional – el modelo de tribunales *ad hoc* introducido *stricto sensu* inicialmente em Austria y reafirmado en las Constituciones de Itália, Alemania, Portugal y España, para mencionar solo las principales – deja marcas indelebles em el constitucionalismo contemporâneo. La doctrina alemana, especialmente, em gran medida basada em el estudio de la eficacia de los derechos fundamentales y de los mecanismos interpretativos que sustenta(ba)n las tesis

³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 152.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *La Jurisdicción Constitucional y Las Posibilidades de Concretización de Los Derechos Fundamentales-Sociales*. Teoría y realidad constitucional, N° 16, 2005.

provenientes de la idea de fuerza normativa del texto constitucional y su carácter directriz.

A Constituição então passa a ser de fato o astro central do firmamento jurídico-político, em torno do qual gravita o próprio Estado, em quaisquer das suas manifestações de poder político. Destarte, a Constituição consubstancia-se no vínculo jurídico instituidor, disciplinador e regulamentador da relação obrigacional pública⁵.

Dado que a Constituição tem seu núcleo essencial no estatuto dos direitos fundamentais, tem o Estado a obrigação constitucional de envidar todos os melhores e maiores esforços a fim de implementar políticas públicas capazes de dar-lhes a máxima satisfação.

No sentido dessa vertente positiva da atuação estatal, assevera MENDES que há, “inequivocamente, a identificação de um dever do Estado de tomar todas as providências necessárias para realização ou concretização dos direitos fundamentais”.⁶

A necessidade impositiva desse preenchimento eficaz do estatuto fundamental acomoda-se à compreensão que KRELL⁷ admite acerca das intituladas normas programáticas, um vez que estas, segundo esse autor, “prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas; no entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.

Também assim é o entendimento de SARMENTO, para quem “as normas programáticas não são aforismos políticos, exortações retóricas, apelos sentimentais, promessas vazias, boas intenções ou expectativas de realização dos programas. Elas

⁵ QUEIROZ, compreendendo os direitos sociais de liberdade não são atualmente concebidos apenas como “reservas” contrapostas ao Estado, senão que devem ser inteligidos numa “relação unificadora”, assevera que “a Constituição é desde então percebida não apenas como ‘ordem-quadro’ para ação (*Rahmenordnung*), que o legislador se vê obrigado a respeitar, mas, ainda, como *base e fundamento* de toda a ordem jurídica. Um ‘sistema de valores’ constituído não apenas com base nos ‘direitos fundamentais’, mas ainda noutros princípios constitucionais, como o princípio do ‘Estado de Direito’ ou o princípio do ‘Estado Social’. Esse elemento de ‘sociabilidade’ aponta para uma intervenção estadual não apenas como ‘limite’, mas inda como ‘fim’ ou ‘tarefa público-estadual’, ordenando concretos ‘deveres de proteção’ (*Schutzpflicht*) a cargo do Estado”. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

⁷ *A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado/Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

prescrevem deveres estatais que se consubstanciam pela intervenção dos órgãos legiferantes ou pela atividade concretizadora da administração pública e da jurisdição”.⁸

1.3. O ESTADO É MEIO PARA O ATINGIMENTO DOS LEGÍTIMOS FINS CONSTITUCIONAIS

Com esse propósito, impõe-se seja revisitada a relação do Estado com o Povo, a fim de ressaltar que este subordina aquele – e não o contrário – e que aquele está a serviço do conjunto de toda a sociedade e não da manutenção do *status quo* desigualitário.

A esse intento, o ponto de partida diz respeito à *concepção teleológica do Estado*⁹.

Historia BONAVIDES¹⁰ que o estudo do fenômeno Estado, sob a vertente finalística, é refutado por KELSEN, para quem tal investigação resultaria num esforço destituído de sentido à ciência jurídica, porquanto a teleologia constitui-se assunto situado ao largo do interesse e do objeto da teoria do Estado, na medida em que este não vai além de um complexo normativo. Portanto, serviria para acomodar os mais variados fins sociais, aqui entendidos como tudo aquilo que se abrigasse formalmente sob um comando normativo.

No mesmo sentido, ainda conforme BONAVIDES¹¹, amparado em LEONARD NELSON, é o pensamento de JELLINEK, segundo o qual os fins do Estado seriam tão transitórios quanto transitórias fossem as concepções vigorantes em certo lapso histórico.

Por tais vertentes do pensamento, não se poderia aprioristicamente conceber-se fins qualitativos ao Estado. Mas o Estado é também um ente normativo, inserindo-se,

⁸ *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais* – Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01 – Maceió: Nossa Livraria Editora, janeiro/dezembro de 2005, p. 35.

⁹ QUEIROZ, Cristina, destaca que a teoria constitucional tem experimentado uma “funcionalização” no que concerne a “abrangência” e “amplitude” dos direitos fundamentais, de modo que esses direitos galgaram acentuado sentido qualificativo que passou a marcar, influenciar e modificar a relação entre o Estado e a sociedade, de maneira que “esta relação entre a ‘função’ e a ‘situação social’ dos direitos relativiza a separação entre o Estado e a sociedade, bem como a diferenciação entre o Estado e o cidadão, ou a relação cidadão/cidadão. Ambos vêm, agora, ‘comunitariamente (co-)responsabilizados por essa coordenação.” Artigo: *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 181/182.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 108.

¹¹ *Idem*, p. 109.

como tal, na contextura do sistema do Direito Positivo, e este, como observa ATALIBA¹², não se conhece a partir, apenas, da experiência lógica, do ato lógico, que “é parcial”, sob pena de incorrer em “logicismo”, uma vez que dito sistema, a par de características tais como eficácia, ineficácia, existe para regular a conduta humana em sociedade, e, portanto, também é distinguido pela circunstância de “prescrever como deve ser tal comportamento para realizar os valores da ordem, da justiça, da solidariedade, etc.”, pois que, frise-se, à existência do sistema normativo responde a necessidade não de se retratar dada sociedade, senão que regular a sua inexorável dinâmica rumo a sua evolução, e isso não se faz de modo neutro ou de qualquer modo, mas no “sentido da ordenação justa”.

SICHES também explicita que o Direito não se reconhece nem se convalida a partir da consideração e da perspectiva isolada dos aspectos axiológico, normativo-estrutural e de efetividade social, tendo em vista que estas dimensões do Direito respondem pela integralidade da sua essência e, por esta razão, sobre serem-lhe indissociáveis, são – e funcionam – íntima, recíproca e correlacionadamente.

Com essa orientação, mesmo o ente Estado, germinado proeminentemente por manifestação política, e que, portanto, é essencialmente finalístico, sob sua configuração normativa, máxime contemporaneamente, não está a serviço de postulados individualistas e egoísticos, pois a dimensão da “*validez formal otorgada por la autoridad política*” imprescinde da “*dimensión de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una serie de necesidades humanas, esto intentan hacerlo de acuerdo con las exigências de unos valores, de la justicia y de los demás valores que ésta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros*”¹³.

Destarte, o Direito Positivo presta-se não a conhecer e descrever como o corpo social se relaciona e se conduz interna e externamente, senão que interferir individual ou conjuntamente nesse mesmo corpo social (diga-se: Estado), por meio da linguagem prescritiva, dizendo como deve ser o comportamento “para realizar os valores da ordem, da justiça, da solidariedade etc.”¹⁴

¹² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, Prefácio, pp. 22/23.

¹³ SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1997, p. 45.

¹⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 22.

BONAVIDES, naquela mesma passagem, prenuncia a retomada ao centro da discussão jurídica do Estado da questão dos fins a que este se destina, transcrevendo a crítica sintética feita por LEONARD NELSON à negação dos fins do Estado: “ou conhecemos o fim do Estado ou o não conhecemos”.

Essa reorientação crítica da teoria pública, que revigora o estudo teleológico da atividade estatal, BONAVIDES observa, modernamente, em MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, para quem “ao jurista não há de interessar o fim por dado exclusivo senão por dado essencial”, pois que “o fim é um dos elementos rigorosamente necessários, talvez o elemento primordial à compreensão da verdadeira natureza do Estado”. Consoante BONAVIDES, o jurista francês subordina a legitimação dos atos estatais à questão dos fins, advertindo que “da resposta que se der à finalidade do Estado hão de depender as funções, os direitos, os deveres e os limites da autoridade”.

Ainda que se ergam as críticas verdejando uma concepção meramente normativista do Estado ou sublimando uma gênese naturalística e organicista, anterior e desvinculada da vontade e da consciência humana e cultural, força é reconhecer que os fenômenos sociais evoluem com as experiências históricas da sociedade a um ponto tal de civilidade que tendem a assumir, na consciência social livre e educada, a estatura de verdadeiras e intangíveis categorias sociológicas, políticas e jurídicas, que só admitem mover-se anageticamente¹⁵.

Nesse sentido, não desnatura a força jurídica mobilizadora e impulsionadora dessas categorias – a exemplo do que é o Estado – que se lhe aproximem do jusnaturalismo – ao qual, aliás, sempre se recorre em tempos de crise, como observa BONAVIDES¹⁶.

A Constituição, Lei Fundamental que estrutura e organiza o Estado, sob o prisma da sua elaboração, máxime como produto do constituinte originário legítimo,

¹⁵ GARGARELLA, Roberto, observa que *los derechos* têm particularidades que os distinguem de outras criações humanas culturais, tais como a origem histórica revolucionária – em alusão direta às revoluções burguesas do século XVIII – e também que se fundamentam em razões que podem ser mais ou menos moralmente justificáveis, citando como exemplos dessa perplexidade o *status libertatis* e custódia da propriedade desigual. Entretanto, inobstante essa contradição, pondera que “los derechos han sido capaces de tomar vida própria, independizándose de muchas de las limitadas aspiraciones de sus impulsores, a partir de lo cual los derechos pudieron arrasar los delicados y cuidadosamente escogidos propósitos con que habían sido diseñados”. In Atria, Fernando, *et al. Derecho y disociación. Un comentario a “existen derechos sociales?” de Fernando Atria*. Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 61.

¹⁶ Ob. Cit., p. 106.

assentado em orientações e práticas democráticas, é um documento essencialmente político.

Até esse momento, compreende-se no plano das factuais que o Estado possa servir a múltiplas concepções ideológicas, cujos meios e fins com elas igualmente sofrerão variações, das quais são exemplos clássicos as concepções liberal e social do Estado, mas não se pode conceber, ao menos sob os auspícios das nações e comunidades civilizadas, que o Estado preste-se legitimamente a promover desigualdades e perseguições, favorecimentos e privilégios, ou que de algum modo não esteja *totalmente* voltado para o atingimento do bem comum.

Desse modo, superando-se a dificuldade e o rigor cartesiano a fim de precisar ao Estado fins definitórios, tem-se, entretanto, que, uma vez acabado o monumento constitucional, se entrelaçam ao estofamento político do Estado as fibras da tessitura jurídica¹⁷, de modo que aquilo que era eminentemente político, segundo a lição de CLÉVE¹⁸ passa a absorver “outra dimensão que é despolitizadora, quer dizer, isto que está definido politicamente a partir de agora é direito e, como questões nucleares, estão e haverão de estar fora do debate político, porque são princípios fundamentais, porque são objetivos fundamentais, por que são cláusulas pétreas ou porque são direitos fundamentais”.

Também assim pondera DINIZ que, ao tratar da relação entre legitimidade do Estado e positivismo jurídico, observa a tenuidade da fronteira entre política e direito, ressaltando a ocorrência de “simbiose”, “interseção”, “assimilação” e “transposição”, que resulta na “incorporação pelo sistema jurídico de categorias políticas, devidamente normatizadas e integradas à esfera do direito positivo”.^{19/20}

¹⁷ NEVES destaca que o conceito modernamente concebido de Constituição não está adstrito a uma noção estritamente axiológica, senão que também há de ser apreendido “como uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de ingerência) entre dois sistemas sociais autônomos, a Política e o Direito”. Mais adiante, embora ressaltando que, por força da Constituição, se intensifica a possibilidade de *influência recíproca* entre os sistemas político e jurídico, o autor ressalta que “as ingerências da política no Direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa são excluídas”. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 61/63.

¹⁸ CLÉVE, Clémerson Mérlin. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais / O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Sampaio, José Adércio Leite – Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 389.

¹⁹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 129.

²⁰ Após salientar a perspectiva filosófica que enxerga contra-senso na idéia de direitos morais dos cidadãos, DWORKIN observa que essa compreensão jamais influenciou a teoria política ortodoxa americana na medida em que os políticos a ela (moral) recorrem invariavelmente a fim de justificar sua

Daí que é possível intuir que o Estado, contemporaneamente, é uma criação da consciência humana evoluída, e que só se põe como tal, legitimando-se política, social e juridicamente, inclusive, se estiver voltado à consecução do bem comum e à elevação da sociedade²¹. Caso contrário, Estado autêntico não há de ser considerado, devendo merecer a repulsa interna e o repúdio internacional.

Nesse sentido, são as considerações de AZAMBUJA²²:

Aqueles para quem o homem não é um simples animal superior, para os que o consideram uma criatura livre e inteligente, dotada de uma alma imortal, o Estado é um meio, e não um fim. Para esses, jamais a pessoa humana poderia ser um meio que o Estado empregasse para realizar a própria grandeza. Ao contrário, a pessoa humana é a medida e o fim do Estado e da sociedade, o seu valor supremo transcende infinitamente ao de todas as coisas do universo, que só existe como quadro, necessário, mas transitório, dentro do qual a alma humana evolui para o seu destino imortal. Este último é o nosso ponto de vista. O Estado é um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, e isso é que justifica a existência do Estado.

É da essência do Direito, diferentemente do que ocorre na lógica apofântica das ciências naturais, certa ductibilidade da linguagem de boa parte dos seus enunciados, no sentido de se evitar, em determinadas searas, e em boa medida, o encalacramento hermenêutico.

Tanto é assim que muitos consideram como de não melhor técnica os textos normativos vertidos em formas cerradas, que se prestam a conceituar os fenômenos sócio-jurídicos.

Mas, doutrinariamente, os sentidos e as significações dos fenômenos jurídicos são trabalhados e deles se pode extrair ao menos o seu núcleo indubitável, mas, por óbvio, sem se afastar do normado, do texto posto.

plataforma política, de modo que “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber de uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito), pp. 284/285.

²¹ Essa parece ser também a compreensão de NEVES quando evidencia que “na sociedade super-complexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diferenciados e contraditórios, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política”. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 72.

²² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Globo, 2001, p.122.

Destarte, no sentido de reduzir a imprecisão do que seja o bem comum, aqui proclamado como fim constante e qualificador do ente Estado, DABIN²³ oferece a seguinte definição:

Conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.

No mesmo sentido, CATHREIN²⁴:

Complexo de condições indispensáveis para que todos os membros do Estado – nos limites do possível – atinjam livremente e espontaneamente sua felicidade na terra.

Assim, compreendido o Estado como um complexo originado da vontade e do esforço da sociedade, devendo concorrer para a consecução do bem comum, que se consubstancia, como visto, na sua finalidade precípua, não se pode conceber a eventual postura de indiferença da função jurisdicional do poder político como finamente ajustada à teleologia desse mesmo Estado, quando confrontada, por intermédio de iniciativa do legislado-administrado-jurisdicionado (Povo), a uma situação evidenciadora de desatendimento, imotivado e irrazoável, por parte da dimensão governativa desse poder, de determinada demanda social revestida de direito fundamental.

Daí porque “onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível do Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o *dever* de intervir”²⁵, vale dizer, o povo, sim, tem o poder de intervir, e se o faz por meio da instância jurisdicional do poder representativo oficialmente organizado, esta tem, fundamentalmente, e antes de mais nada, o dever funcional – e de conseguinte o poder implícito – de conhecer e julgar, meritoriamente, a

²³ *Philosophie de l'ordre juridique*, p. 160, **apud** AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Globo, 2001, p.124.

²⁴ *Filosofia moral*. Vol. II, p. 563, **apud** AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Globo, 2001, pp.124/125.

²⁵ KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo* – Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 85.

pretensão do legislado-administrado-jurisdicionado, até mesmo em homenagem ao elevado senso de procedimentalismo e de institucionalização de que dito modo de intervenção popular se reveste.

1.4. A PARTICIPAÇÃO POPULAR POR MEIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO EXIGÊNCIA CONTEMPORÂNEA E FUNCIONAL DA HARMONIA CONSTITUCIONAL.

Identificados o vínculo, o obrigado e a obrigação, força é reconhecer que há um direito que lhes é correspondente e um sujeito que o titulariza: o direito, traduzido no desempenho estatal eficiente e efetivo; o credor, o povo.

Desse modo, se os componentes executivo e legislativo do Estado inadimplementam, desarrazoavelmente, a Constituição, tem o povo prejudicado, num Estado democrático de direito e em respeito às instituições típicas deste, para além da legitimidade, o poder de exigir do componente jurisdicional do Estado o resguardo da Carta Política e, de conseguinte, a tutela do seu direito, constituindo grave ofensa à Constituição eventual postura de indiferença, sob o pretexto de se homenagear o princípio da “separação” dos “poderes”.

De se notar que a função jurisdicional do poder político é ontológica e constitucionalmente inerte, somente agindo quando diante de um pedido possível de um interessado legítimo e sob o mais intenso e pleno contraditório, tal como é razoável e legitimamente conferido à Fazenda do Povo.

Por essa razão, não passa ileso a críticas a alegação de que a função jurisdicional do poder político (competência jurídico-constitucional), ao conferir curso institucional ao controle popular dos atos ou omissões das instâncias governativas, estaria empreendendo protagonismos, uma vez que esse “controle”, como antevisto, é do povo, administrado-jurisdicionado, que pede a tutela de um direito, lesado ou até mesmo somente ameaçado, ao que a função jurisdicional, no máximo, julga-o procedente, mas nunca *citra*, *ultra* ou *extra petita*, sob pena de nulidade.

A Constituição, resultante do poder constituinte originário, consubstancia-se na razão de ser e fundamento de existência e validade do poder constituído, do qual qualquer das funções constitui-se mera fração da sua expressão.

É a Constituição, portanto, consoante a compreensão modernamente concebida, a entidade principiológica e normativa fundante, estruturante e subordinante da atuação de todos os atores políticos.

Na expressão de PIÇARRA:

A constituição não funciona aqui como um mero repositório de princípios, carecidos de força jurídica vinculativa, mas como norma fundamental fornecedora de critérios ou parâmetros jurídico-materiais de validade dos actos dos três poderes constituídos, para cuja observância concorrem os recíprocos controlos interorgânicos. Tal parâmetro consubstancia-se, essencialmente, no catálogo constitucional dos direitos fundamentais.²⁶

Sendo a Constituição a fonte formal e material de onde provém o poder político e a configuração tripartite deste, dela, portanto, é que decorre a capacidade específica, primária e preponderantemente afeta à função jurisdicional do poder, consubstanciada na solução e composição dos conflitos sociais intersubjetivos e, cada vez mais acentuadamente, na guarda e defesa do ordenamento jurídico, máxime dos postulados e valores normativos constitucionais, ainda que eventual insubordinação advenha dos agentes políticos integrantes da função legislativa ou executiva do Poder.

Por tais razões, a fiscalização e o controle jurisdicional da instância governativa do poder, provocados, necessária e inafastavelmente, pelo Povo (jurisdicionado, considerado individualmente ou por seus vários organismos sociais representativos), dada a inércia indissolúvel da função jurisdicional, não devem ser entendidos como perigoso começo de negação da concepção trímica do poder estatal, tampouco deve merecer a crítica do desfalque legitimatório.

Ao contrário, como ressalta COSTA, “*não existe incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no art. 2.º da nossa Constituição*”.²⁷

Esta reorientação tende a aprimorar o Estado, na medida em que estimula a funcionalidade e operatividade do sistema, cujos efeitos se traduzirão em efetividade constitucional.

Por mais contraditório que, superficial e preliminarmente, possa parecer, o controle injuntivo desincumbido pelo Povo por meio da função jurisdicional do poder, a

²⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 206.

²⁷ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*, Administrativo, Constitucional e Previdenciário – IP 28, p. 69.

partir da Constituição, tende a promover, isto sim, a estabilidade do sistema, fazendo com que os subcomplexos de capacidade atuem não se subordinando, mas coordenando-se pelo bem comum, na medida em que devem estar voltados e convertidos para o atingimento do projeto político social delineado na Constituição. Isso responde à carga eficaz do fragmento normativo da harmonia de que fala o texto constitucional, adjunta à independência dos poderes²⁸.

Nessa mesma vertente é o pensamento de KRELL, quando observa que:

no fundo, a questão envolve a própria *supremacia* da Constituição: se o texto da Carta Federal declara a proteção ao meio ambiente e a promoção da saúde pública expressamente como *deveres* do Poder Público, tem que ser dada também a possibilidade ao Judiciário de corrigir as possíveis omissões dos outros Poderes no cumprimento destes deveres. Isto vale especialmente para casos em que a situação omissiva está claramente consubstanciada e não há dúvidas a respeito da atividade necessária para sanar o estado de ilegalidade.²⁹

1.5. A LEGITIMIDADE POPULAR – PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO – E O CONTROLE DAS FUNÇÕES LEGISLATIVA E EXECUTIVA POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.

KONRAD HESSE³⁰ fala da “vontade constitucional”, conclamando a que esta deva ser “honestamente” preservada e solidariamente praticada, pois:

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

²⁸ NEVES observa que o Direito, por meio da institucionalização da “divisão de poderes”, exerce função intermediadora da influência da comunicação do código do poder sobre a comunicação do código jurídico, ressaltando, com apoio em Luhmann, que decisões do poder político são processadas e conduzidas pela via do Direito, destacando que essa procedimentalização funcionalista decorrente da separação subjetiva das funções típicas do poder político “aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo meio ambiente, repleto de expectativas as mais diversas e contraditórias”. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 74.

²⁹ KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo* – Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 84.

³⁰ *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

De quem falte o verdadeiro convencimento de que o *poder* emana do povo; de quem não se conforma como mandatário da vontade geral do povo; de quem não devota o exercício do *poder* ao múnus público, só se espera resistência a essa atuação controladora popular por meio da função jurisdicional. Essa é a crise que enfrenta o Brasil. Não é uma crise da Constituição. Não é uma crise do Estado brasileiro. É uma crise de estadistas.

Há vários modos de o Povo postular e perseguir dita substanciação constitucional, seja pelo recorrente, mas espasmódico, veredicto das urnas, seja pela pressão de movimentos sociais organizados etc.

Porém, indubitavelmente, um desses instrumentos, que está formal e constitucionalmente posto à disposição popular, consiste, desenganadamente, na função jurisdicional do poder político.

Ocorre que esta ainda negligencia esse múnus que a sistemática constitucional lhe atribuiu, presa que está, por vezes voluntariamente e por concepções *interna corporis*, à compreensão ultrapassada de certos dogmas juspolíticos, dos quais se destacam o princípio da independência dos poderes, a pseudo carência de legitimidade popular, além da indisponibilidade intelectual para enfrentar os desafios representados pelas teorias da “reserva do possível” e da “reserva de consistência”.³¹

Esse é o quadro que ainda predomina e que representa o estágio atual, no que diz respeito ao tema do controle popular dos atos administrativos por meio da função jurisdicional do poder político, na perspectiva de conferir níveis satisfatórios de efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Mas é preciso reconhecer que a questão *estritamente* política ficou lá atrás, nas discussões que culminaram com a promulgação da Constituição. A partir dela têm-se preceitos juspolíticos e como tais submetem as ações e manifestações dos atores políticos, que lhes sejam posteriores.

³¹ QUEIROZ, Cristina, não desconhece a real dificuldade para efetivação dos direitos sociais representada pela sua ‘complexa polivalência semântica’. Inobstante isso, ressalta que a “relativa resistência dos tribunais e do poder judicial em resolver questões na aparência da competência dos órgãos politicamente conformadores, a ausência de mecanismos jurisdicionais adequados à emergência de ‘novos’ direitos de natureza coletiva, a que poderíamos acrescentar a falta de uma prática institucional e cultural de interpretação e conseqüente justiciabilidade e garantia efetiva deste tipo específico de direitos, estão na origem, entre nós, de um controle ‘imperfeito’ da sua constitucionalidade”. Artigo: *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 210.

Desse modo, impõe-se que se dissemine a compreensão moderna e funcional dos dogmas jurídicos prenunciados, como também as modificações comportamentais no interior da demanda judicial cuja pretensão deduzida tenha por objeto um bem da vida que se relacione diretamente com a efetividade dos direitos sociais, a partir da tutela jurisdicional dos atos administrativos. Nesse sentido, observa KRELL que “a limitação do controle judicial dos atos administrativos perde justificativa na medida em que aumenta a intensidade da afetação de direitos fundamentais”.³²

Não se pode perder de vista, na apreciação desses institutos juspolíticos (harmonia, independência dos poderes e legitimidade), aquilo que tem sublinhado invariavelmente a experiência política nacional (contextualização espaço-temporal, subjetivo-material do Direito; âmbitos de valência da norma; tridimensionalidade do fenômeno jurídico), desde que se iniciou a prática democrática da eleição pelo voto popular direto, consistente no mais franco e insolente desprezo aos compromissos republicanos, alardeados e formalizados em campanha pelos pretendentes aos assentos executivos, momento este em que os postulados fundamentais da Constituição são solenemente exaltados.

Os que disputam o voto popular costumam apresentar-se com um programa de governo e uma penca de promessas e intenções, normalmente consentâneos aos ditames da Constituição. Ocorre que, ao depois de eleitos e já abancados, fazem do descompromisso para com muito daquilo que os fez merecer e conquistar o apoio da vontade majoritária do povo, a sua primeira, convicta, inarredável e mais estável ação administrativa.

Quer-se com essas ilações de cunho político-sociológico-axiológico apenas chamar a atenção para a seguinte indagação: com quem de fato está a crise de legitimidade?

É preciso, então, deslocar essa tensão, que notoriamente tem girado em torno do elemento subjetivo, na vertente mesmo da pessoa dos agentes políticos, e passar a analisá-la sob o prisma institucional.

Fazendo-se isso, logo se vê que a exasperação que toma conta de alguns circunscreve-se a aspectos de vaidade ou de temor dos riscos institucionais a interesses

³² KRELL, Andrés J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo* – Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 39.

inconfessáveis, antes de ser algo que pudesse efetivamente comprometer o equilíbrio do poder.

O pretendido e decantado *distanciamento* forte da função jurisdicional do poder com o sistema político não deve ser de modo algum desprezado ou expungido quando em perspectiva a natureza e o exercício da função executiva do mesmo poder. À parte o acesso do elemento subjetivo que lhe empresta corpo e lhe apresenta, que se dá por meio do voto popular, em processo que, embora regulado normativamente, tem acentuado matiz político, os desempenhos dos misteres típicos da Administração Pública hão de ser igualmente imparciais e neutros e de conformidade com os preceitos jurídicos positivados, pois que o fato de ser eleito não ressalva o já administrador público do jugo jusfundamental estatuído na Constituição. Uma vez eleito, o homem político, vale dizer, do sistema político, passa a ser agente administrativo e, nestes termos, agente do sistema jurídico, tanto quanto o deve ser o agente jurisdicional³³.

Frise-se: o Judiciário age por provocação, defere ou não defere pedido, não é protagonista, não age *moto proprio*, não faz nem empreende ações. O Judiciário substitui a autotutela para compor, sob o Direito, os conflitos interpessoais e, uma vez que se atinja a certificação do direito, cumpre não olvidar que os protagonistas continuam a ser as partes substanciais da relação, ou seja, os jurisdicionados, os administrados, os legislados, de um lado, e, do outro lado, o organismo Estado. Eles, sim, é que irão atender não ao comando do juiz mediatamente, mas à lei e à Constituição, do qual a decisão injuntiva da função jurisdicional é veículo certificador ou introdutor da norma, individual e concreta³⁴.

1.6. EXPECTATIVAS E EXIGÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS.

³³ NEVES observa que a Constituição atua como elemento distinguidor entre política e administração, de modo que esta “é neutralizada ou imunizada contra interesses concretos e particulares: ela atua, então, conforme preceitos e princípios com pretensão de generalidade”. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 75.

³⁴ Essa orientação também é perfilhada por QUEIROZ para quem “é certo que o juiz e o poder judicial não podem agir *ex officio*. Sob este ponto de vista, são ‘passivos’ no que concerne ao poder de ‘inovação’ (mas não de ‘criação’) na ordem jurídica democrática. Agem não como ‘representantes’ (políticos) do povo – que não o são -, mas ‘em representação’ da sua vontade. Não é o juiz, individualmente considerado, mas o tribunal, a função específica que exerce, que é considerado soberano – e, neste sentido, atuando ‘em representação’ do povo, posto que ‘torna presente’ sua vontade soberana. A justiça é aplicada ‘em nome do povo’. Não se trata de uma simples alegoria. Esta possui um simbolismo próprio, uma representação específica e insofismável”. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193.

Mesmo atualmente, quando de há muito consolidada e conformada a “separação” subjetiva dos poderes, persiste o perigo – ao menos em democracias cujas instituições ainda não estejam sedimentadas com a prática e a experiência secular – de movimentos centralistas, que invariavelmente descambam em abusos.

Esses abusos, por vezes, não estão mais tão representados num movimento centralista tendente ao absolutismo. A isso, na maioria dos Estados, a divisão de poder e a pressão social interna e internacional parecem já ter dado resposta eficiente.

O “golpe”, hoje, está muito mais representado na figura do *deficit* de efetividade constitucional. Porém, dito receio provém, principalmente, *semper et semper*, a partir da atuação da pessoa do governante, do executivo.

Isso ocorre porque, dadas as múltiplas missões afetas ao Estado-gestor e dos muitos fins específicos que institucionalmente visa atingir, há de contar, portanto, a fim de desempenhá-los a contento, com certa liberdade de movimento e atuação, há de dispor de inúmeras competências, há de deter os mais variados meios e recursos materiais. Daí que, com tamanha dimensão e importância, poderá tender a relegar a plano inferior os fins genuinamente estatais consagrados na Constituição, no catálogo dos direitos fundamentais sociais.

Isso é facilmente observado em nosso país, a partir do exemplo de uma prática que vem sendo reiterada, governo após governo, e que consiste em minguar as políticas públicas durante a maior parte do mandato para “soltá-las” próximo do pleito eleitoral subsequente, com nítido objetivo de captação de votos.

Sendo assim, não se pode prescindir de mecanismos eficientes de controle, que igualmente somente podem advir da mesma matriz de poder, como são as estabelecidas funções legislativa e jurisdicional.

Vista a resistência ao controle popular dos atos administrativos, pela função jurisdicional, sob a perspectiva contemporânea da *configuração triásica do Poder do Estado*, supera-se a tradição paralisante, refratária e negativista, que vê nesse tipo de demanda judicial ofensa ao dogma da “separação dos poderes”.

Ora, negar-se a tutela ao legislado-administrado-jurisdicionado, não porque seja este destituído do direito, mas em homenagem a uma suposta intangibilidade do “poder” ou auto-inidoneidade da função jurisdicional, significa sacrificar a Constituição, quando esta escrevinha a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a

direito (amplo acesso à tutela jurisdicional) e estampa, já em seu artigo inaugural, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Desse modo, não se há negar, o Povo, administrado-jurisdicionado, está sim exercendo o poder que dele exsurge – e o faz de modo direito – quando deduz jurisdicionalmente a sua pretensão; pretensão esta que, uma vez ajustada ao arquétipo constitucional, não pode ser desprezada pelo Estado.

Como já ressaltado, a técnica da distribuição do poder em funções independentes é secular. Dá-nos bem essa certeza SALDANHA³⁵ ao assentar que “*a idéia da separação de poderes, cara a todas as gerações liberais, vinha de longe: Aristóteles, Marsílio, Locke, Montesquieu. Aliás, Montesquieu é sempre, mas algo injustamente, acusado de haver posto em voga o termo séparation, que depois se considerou excessivo; na verdade ele pouco emprega o verbo ‘separar’, ao versar o assunto*”.

Assim também registra BONAVIDES³⁶ que “*o princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de Direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu, todavia, precursores, já na Antigüidade, já na Idade Média e tempos modernos*”.

Pelo distanciamento temporal longínquo, desde o seu surgimento até os dias atuais, é intuitivo que o barro sócio-político, a partir do qual se materializou a desconcentração do poder, tenha sido substituído pela liga de aço, polida e aparelhada pelas sucessivas experiências transformadoras das gerações, de modo a atender, hoje, a uma funcionalidade mais complexa. Quer-se dizer: o ideário subjacente à sua origem impregnou a consciência que a elaborou para aplacar a ebulição social de então. Mas, decerto, as feições originárias não respondem satisfatoriamente à atual conjuntura, máxime no que concerne a Estados periféricos de acentuado e notório *deficit* fundamental-social.

Entretanto, a noção do arcabouço fático que circunvolveu o nascedouro da tecnologia da compartição do poder político é obviamente determinante para a compreensão desse instituto juspolítico.

³⁵ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76.

³⁶ *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 146.

Nesse sentido é a advertência de BONAVIDES³⁷ ao dizer que “o princípio da separação de poderes, tanto quanto o da soberania, demanda do cientista político o indispensável exame da ambiência histórica em que se gerou, fora da qual se faz de todo incompreensível, quer na idade em que se elevou à altura de dogma constitucional – o século XIX – quer nos dias presentes, que testemunham já o declínio da influência auferida nas passadas quadras do liberalismo”.

Nesse estágio, reitere-se, a desconcentração do poder foi considerada pelos idealizadores e estudiosos como um modo seguro de suplantar o absolutismo e, de conseguinte, garantir e proteger as liberdades individuais.

Inobstante esse apelo institucional, força é reconhecer que, a par da contenção do poder absoluto do rei, o projeto liberal da separação de poderes atenderia a outro interesse da burguesia ascendente e dominante, traduzido na imobilização “da progressiva democratização do poder, sua inevitável e total transferência para o braço popular”.

O pendor para o abuso de quem detenha e reúna todo o poder político, identificado por MONTESQUIEU, ainda persiste, em tempos modernos, mesmo após a desconcentração que propusera e se implantara no mundo ocidental, destacadamente em países periféricos, a exemplo do Brasil.

JELLINEK, já no início do século passado, observando realisticamente a decantada capacidade injuntiva da Constituição, vaticinava o descompromisso e a indiferença da classe economicamente dominante, pois que “as proposições jurídicas

³⁷ *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 144. Da erudição do jurista cearense, empresta-se o esboço histórico: “O poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa. Mudaram aqueles fins por imperativo de necessidades novas e, todavia, a monarquia permanecera em seu caráter habitual de poder cerrado, poder pessoal, poder absoluto da coroa governante. Como tal, vai esse poder pesar sobre os súditos. Invalidado historicamente, serve tão-somente aos abusos pessoais da autoridade monolítica do rei.

A empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis, nomeadamente os monarcas da versão autocrática. O rei era o Estado. O Estado, intervencionista. O intervencionismo fora uma bem e uma necessidade, mas de súbito aparecerá transfeito num fantasma que o príncipe em delírio de absolutismo poderia improvisamente soltar, enfreado o desenvolvimento de uma economia já consolidada de um sistema, como o da economia capitalista, que, àquela altura, antes de mais nada, demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão; demandava portanto menos o paternalismo de um poder obsequioso mas cioso de suas prerrogativas de mando, do que a garantia impessoal da lei, em cuja formação participasse ativa e criadoramente.

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica”.

são impotentes para controlar a repartição estatal de poderes e que as forças políticas reais se movem segundo suas próprias leis, que atuam independentemente de todas as formas jurídicas”.^{38/39}

Diante de um quadro de subversão da Lei Maior, especialmente no que concerne à efetividade dos direitos fundamentais sociais, é que se faz indispensável que sejam reafirmadas a supremacia e a força normativa da Constituição.

Não se pode perder de vista, ou fazer tábula rasa, de que o Brasil constitui-se numa república sob o modelo do Estado Constitucional Social Democrático de Direito (e de Direito Democrático), assentado debaixo da soberania popular.

Sendo assim, é a essa vontade geral delineada na Constituição que devem submeter-se todos e quaisquer agentes do Estado, de modo que a configuração tripartite do poder político, emanado do povo, não pode jamais ser concebida em desfavor deste, a exemplo do que ocorre quando a função jurisdicional, uma vez devidamente provocada pela sociedade, dá de costas aos notórios desmandos operados pela função governativa.

As idéias de soberania popular, distribuição das funções de poder e supremacia da Constituição, a partir das ponderações de ROUSSEAU, MONTESQUIEU E SIEYÈS, segundo NELSON SALDANHA⁴⁰, assentaram o fato de “*os poderes outros serem constituídos os colocava abaixo da constituição; somente o poder constituinte estaria acima da constituição, não só como origem sua, mas também como seu fundamento*”.

³⁸ Apud BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 368. A constatação vatídica de JELLINEK consumou-se na história política nacional, como constata BONAVIDES: “Os piores reacionários, os mais corrosivos à sociedade, corruptos ao bem comum, lesivos à honra dos compromissos, infestos à execução das promessas contidas nas plataformas de governo, são aqueles que dantes confessavam abraçar a causa do progresso e da mudança, mas uma vez no poder faltaram à fé dos princípios, à lógica da existência vivida, à bandeira das idéias que haviam triunfado nos campos da revolução armada ou nas urnas sucessórias e terminaram atraídoas no dia seguinte ao da vitória, precisamente por aqueles que tinham o indeclinável e precípua dever de ampará-las com determinação, congruência, lealdade e valentia. Assim no presente como no passado; nas Cortes de Lisboa, como na República de São Bernardo do Campo”.

³⁹ Ao tratar do aspecto ideológico no sentido positivo da constitucionalização simbólica, NEVES evidencia que a realização eficaz da Constituição somente seria factível “sob condições sociais totalmente diversas” o que exigiria “uma profunda transformação da sociedade”, sem o que o modelo constitucional atuaria como *ideal*, “fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral”, sempre dependente da vontade dos “donos do poder”, no limite e desde que não lhes implique prejuízo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 89.

⁴⁰ Ob. Cit., pp. 77/78.

W. B. GWUIN⁴¹ narra que “na Inglaterra, em 1649, no seu *Rights of the Kingdom*, JOHN SADLER havia escrito que ‘se a execução é consoante com o julgamento, e este com a lei (entenda-se aqui: Lei Maior), então haverá uma doce harmonia; uma espécie de unidade sacra, em uma trindade’”. O raciocínio inverso impõe-se: se a execução é dissonante com a Constituição, então haverá desarmonia e estará dissolvida a unidade e quebrada a trindade, tanto que a função jurisdicional do poder deseje harmonizar-se no propósito de malbaratar a Constituição.

Esse perigo, já o anuncia BONAVIDES⁴², ao analisar a crise da função jurisdicional do Poder, apontando que “a falta de ‘patriotismo constitucional’ do Supremo (e aqui se emprega adrede expressão predileta dos constitucionalistas alemães) levanta, em maneira atroz e grave, o problema da independência dos Poderes. E o levanta por inculcar um aparente compromisso de colaboração e sujeição, às vezes indissimulável, aos desígnios do Poder Executivo. Este recebe, por conseguinte, considerável reforço às suas posições autocráticas”.

Prossegue BONAVIDES⁴³, advertindo que a subserviência do mais alto tribunal do país, “desvirtuado de sua missão tutelar, poderá minar o contrato social, debilitar a legitimidade democrática do regime, abrir janelas e escancarar portas às pressões inidôneas do Poder Executivo e, ao mesmo passo, desertar a função precípua de tutor do ente constitucional, fazendo, em certa maneira, mais tormentosas as crises e contradições e contrastes do sistema”.

À parte o servilismo, dogmaticamente não há razões impeditivas de a função jurisdicional reassumir, ou assumir definitivamente, a sua missão institucional de salvaguarda dos postulados constitucionais, no sentido de, em sede de competente ação ajuizada, tanto que evidenciado o descumprimento irrazoável de um direito social estatuído na Constituição, exercer o dever constitucional de conferir eficácia ao controle popular da função governativa, reconduzindo-a aos trilhos constitucionais.

MELLO⁴⁴, chamando a atenção para a característica de subsunção que orienta a relação da Administração com a lei – designadamente a Lei Maior – salienta que “as atividades estatais, maiormente as administrativas, nada mais são do que o

⁴¹ Apud SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 133.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 307.

⁴³ Idem, p.310.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p. 12.

cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, de seguida, na lei”.

Ao desincumbir-se do seu dever, não há como, com honestidade intelectual, enxergar protagonismo nessa atuação da função jurisdicional do Poder, mas o contrário denota um abstencionismo débil e um confinamento renunciata absolutamente incompatíveis com o múnus público que lhe atribui a Constituição.

Múnus, por certo, na precisa lição de MELLO⁴⁵, para quem *“a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem a índole de dever (antes do que poder), caracterizando uma função, em sentido jurídico”.* Conclui dito autor que o *“eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever”.*

Hoje, é assente e remansoso o controle exercido pela função jurisdicional sobre a constitucionalidade da produção jusnormativa a cargo da função legislativa. Mas não foi sempre assim. Tal como o controle do mérito e da oportunidade dos atos de governo, não se cogitava do controle de conformidade da lei em face da norma fundamental, no início da fase moderna.

Quando surgiu mais vivamente, acompanhando os primeiros tempos do liberalismo, a partir da idéia do abade SIÈYES de supremacia da Constituição e da possibilidade de controle dos atos legislativos com a experiência da Suprema Corte americana de MARSHAL, não foi, por certo, sem que se rompessem dogmas assentados historicamente, com embates no campo das idéias. Porém, isto foi superado e, atualmente, no mundo ocidental, esse controle é indiscutível, sob o ponto de vista da sua legitimidade e necessidade.

Ora, assim como é possível ao Legislador, ao produzir normas, no exercício da sua capacidade primordial, agredir a Constituição, da mesma forma também é francamente possível que a função executiva do Poder, a partir da sua atuação governativa (comissiva ou omissiva), igualmente incorra em desobediência ou inobservância de certo postulado constitucional.

Destarte, do mesmo modo que a tecnologia jurídica desenvolveu fórmulas para que a função jurisdicional do poder fulminasse as inconstitucionalidades legislativas,

⁴⁵. Idem, pp. 13/14.

também saberá manejar os provimentos jurisdicionais aptos a reconduzir a administração ao ideário da Lei Suprema. O que não se pode admitir é a insindicabilidade popular, por meio da função jurisdicional, dos atos da instância governativa.

Esse é o entendimento sustentado por ÁVILA⁴⁶, para quem “(...) *o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais. Em vez da insindicabilidade dessas decisões (Nichtjustitiabilität), é preciso verificar em que medida essas competências estão sendo exercidas*”.

Ademais, esclarece esse autor que “(...) *o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes*”.

Essa é também a recomendação que se extrai de KRELL⁴⁷, quando critica a aplicação *tout court* de teorias alienígenas, de países centrais, máxime a germânica, de tantas influências, inclusive aquém-mar, em países periféricos, como o Brasil, de pouca tradição substancial de respeito e efetividade dos direitos fundamentais sociais:

... torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

Veja-se que o âmbito de atuação da função legislativa, onde se sabe ser mais amplo o espaço de conformação das relações sociais, traz consigo a necessidade de que se estabeleça a presunção de constitucionalidade *juris tantum* dos atos normativos emanados daquela vertente do poder.

Essa presunção se estabelece em favor do interesse público (e não em proveito do corpo parlamentar), mas também decorre do fato de que ditos atos normativos são o produto de um processo elaborativo, insculpido na Constituição, por intermédio do qual são submetidos, ao menos formalmente, ao gabarito constitucional das comissões parlamentares e do veto presidencial.

⁴⁶ *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 125.

⁴⁷ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 91.

Entretanto, uma vez demonstrada a inconformidade constitucional, deve ser afastada essa presunção e combatido o ato legal viciado, pois que “*uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade*”.⁴⁸

Nesse sentido, registra MENDES que a Corte Constitucional Alemã “*recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o Tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização*”.⁴⁹

Já no que concerne à atuação administrativa, vê-se que está, na maioria das situações, irremediavelmente subsumida aos estreitos legais. Seu âmbito de conformação é, por natureza, delimitado pela conformação já empreendida normativamente, e nela há de se conter.

Destarte, tanto menor será o risco de que o governante afronte a Constituição, quanto mais, em sede legal, forem detalhados os meios que deverá vinculativamente adotar na empreitada constitucional de promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Isso, por óbvio, na hipótese de o próprio ato legislativo já não padecer daquele vício, quando então a Administração apenas o fará concreto.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 481.

⁴⁹ Idem, p. 476.

2. RESERVA DO POSSÍVEL E RESERVA DE CONSISTÊNCIA: ASPECTOS FÁTICO-NORMATIVOS.

Ao Direito, por meio de normas, não é dado prescrever condutas impossíveis, resultados inatingíveis, meios física e materialmente indisponíveis, fins inalcançáveis.

Não se pode, por conduto da norma, tutelar ou conferir bens e direitos cuja obtenção ou realização prática exceda as forças da sua regular e máxima oferta, decorrente da natureza ou da indústria.

Não é conforme ao Direito instituírem-se obrigações prestacionais públicas desapegadas, descomprometidas e indiferentes à escassez de recursos mínimos a fazer face aos custos irremissíveis para a sua factível disponibilização.

Não é, enfim, conforme ao Direito, que a norma proíba o inevitável, obrigue ao irrealizável ou regule o necessário.

O impossível e o inevitável nulificam as prescrições normativas que se estabeleçam em seu desprezo, e essa invalidação dá-se independentemente da sua positivação expressa, uma vez que se trata de uma sanção sistêmica que irrompe o mundo do ser e perpassa o mundo do dever-ser jurídico^{50/51}.

A inexorabilidade de ditas categorias não pode ser menoscabada pelo Direito ou seu intérprete e aplicador, uma vez que somente pode ser transposta, contornada ou evitada na linguagem cultural, imaginária e fantástica em que o impossível e o inevitável descategorizam-se, desmaterializam-se, mas não no sistema nomoempírico e prescritivo em que consiste e se estrutura o Direito.

⁵⁰ Diz VILANOVA: “Relacionamento importante é o que se mantém entre os *modais deônticos* (proibido, obrigatório e permitido) e os modos, digamos, *ontológicos*: o que as normas prescrevem, requerem o contexto das possibilidades fácticas. Se a norma prescreve o que factualmente é impossível, carece de sentido (a Terra não deve – está proibida – girar em torno do Sol); ou se prescreve o que factualmente é necessário (todo curso de águas de um rio está obrigado a seguir o declive), também carece de sentido. Tem *sentido sintático*, mas não tem *sentido semântico* (referencial a coisas ou estado-de-coisas).” *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 72.).

⁵¹ Também assim NEVES: “E, além disso, é de admitir-se que um mínimo de eficácia da norma individualmente considerada é condição de sua permanência no sistema jurídico, conforme reconheceu expressamente Kelsen. Quanto a este último aspecto, portanto, a ineficácia atua como condição negativa de pertinência da norma ao ordenamento jurídico. Aqui se manifesta o problema da ‘impossibilidade’ em face da lei sociológica: considerando-se que a ‘norma’ carece de sentido quando contrária à lei natural, por haver impossibilidade de eficácia causal, é de admitir-se o mesmo em relação à lei sociológica, pois não só esta é relativa, mas também aquela (conforme ensina a física contemporânea), embora em grau bem mais limitado. Há diferença de quantidade, não de qualidade, devendo-se oferecer tratamento análogo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 50/51.

O Direito Positivo reconhece e trabalha com as categorias fáticas do impossível e inevitável, tanto assim que confere expressamente eficácia normativa e jurídica, geralmente desconstitutiva, a institutos tais como o do *caso fortuito* e da *força maior*.

Veja-se que, mesmo na relação *inter privatus*, em que prevalecente o interesse e a *voluntas* particular, que se notabiliza pela marca da comutatividade e bilateralidade, no sentido da mútua interdependência de obrigações e direitos (sinalagma), o impossível e o inevitável operam efeitos desoneradores em favor da parte obrigada a adimplir determinada prestação, à exceção de quando ditos eventos não restringem o âmbito material do suporte fático da norma responsabilizadora.

Ocorre que não se há de confundir – na seara do complexo normativo estatuidor de direitos fundamentais, inclusive sociais – a teoria da “reserva do possível”, que também poderia ser designada de impossibilidade fática, com a impossibilidade natural que implica a carência de sentido normativo, acarretando a total inapetência deôntica da norma e, de conseguinte, a impertinência ao ordenamento jurídico.

Há de se compreender, por certo e indubitável, que a possibilidade fática realmente compõe e integra a notação de suficiência do suporte fático normativo, de modo que, em sua completa ausência, real e juridicamente justificada, não se deflagrarão as conseqüências eficaciais normativas, jurídicas e fáticas prescritas na norma⁵², isto é, não nascerá direito subjetivo, sem prejuízo da persistência da obrigação estatal.

Nesse sentido, parece ser a compreensão de ALEXY quando afirma que “*la propiedad de derecho vinculante prima facie significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’, no tiene como consecuencia la ineficácia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho*”.⁵³

⁵² NEVES, com apoio em Müller, esclarece que a norma jurídica, máxime a de estatura constitucional, para além do “programa normativo (dados lingüísticos) compõe-se do “âmbito normativo (dados reais)”, consistente no “conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”, advertindo que “a normatividade do respectivo texto constitucional e atingida” quando há configuração insuficiente de algum ou de alguns desses elementos reais, ou seja, “faltam, então, as condições e os pressupostos para a ‘produção’ da *norma jurídica* – ‘que rege mediatamente um caso determinado’ – e, portanto, da *norma de decisão* – ‘imediatamente normativa, reguladora do caso determinado’”. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 78.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 497/498.

Mas, a responsabilidade pela demonstração da sua inconfiguração (da possibilidade fática) eventual é do Estado devedor.

Entretanto, se se confirma, processualmente, a não configuração legítima e justificada daquele elemento positivo integrante do descritor normativo, ou seja, ante a insuficiência material, dita circunstância apenas representará um momento estático da relação obrigacional e impedirá a responsabilização dos agentes públicos investidos do múnus de prover o direito, porquanto a norma, em si, não sofre qualquer ruptura com o ordenamento jurídico, permanecendo apta a produzir seus efeitos tanto que se configure o pressuposto normativo. E, com a manutenção eficaz da norma, mantida está, também, íntegra, a relação a ela subjacente, mercê da sua sucessibilidade.

De todo modo, isso (a contingente impossibilidade fática) não impede que se fixe prazo certo e razoável para que a função executiva do poder político se desincumba satisfatoriamente da sua prestação relacional. E isso é assim porque o Estado não é obrigado apenas a cumprir a prescrição da norma de direito fundamental desde quê e quando configurados todos os elementos integrantes do suporte fático, neles incluído, como dito, a possibilidade fática, mas também o Estado é obrigado normativamente a perseguir a realização deste específico elemento, sendo certo que essa obrigação decorre da Constituição, em especial da norma que expressa os objetivos fundamentais da República Federal do Brasil (CF/88, art. 3.º).

A mera edição (e desde então) de ditas normas estabelece uma relação jurídica marcada pelo traço constante e insuprimível da realizabilidade, irrenunciabilidade, inesgotabilidade (inexauribilidade) e irresolutividade, nisso consistindo a programaticidade daquele modelo normativo.

Por isso, o Estado nunca deixa de ser devedor: poderá estar em mora, relativa ou absoluta, parcial ou total, ou poderá estar em estágio de solvência freqüentativa da obrigação, sem que isto possa, para boa parte daqueles direitos, implicar satisfação resolutória da obrigação, dada a auto-renovabilidade que distingue o Direito Fundamental Social, e, com ela, advém a regenerabilidade do débito (e. g.: segurança pública, saúde etc.).

Na relação jurídica obrigacional creditícia, nascida do fato jurídico decorrente da eficácia da lei instituidora de direito fundamental social, o credor (povo, para a maioria daqueles direitos, hipossuficiente) não necessita provar haver cumprido qualquer

específica e correspondente prestação para só então exigir o adimplemento da prestação pelo sujeito relacional a si contraposto (Estado), justamente por não ser ela comutativa e bilateral, no sentido privatístico (abstraindo-se a receita tributária compulsória): cumpre-lhe apenas expor a falta administrativa (que pode, inclusive, ser notória), uma vez que “*si el supuesto de hecho es satisfecho y la cláusula restrictiva no está satisfecha, el titular tiene um derecho definitivo*”.⁵⁴

Assim, por força da proeminência estrutural desse tipo de direito, que respeita ao postulado maior, legitimador, justificador e fundamentador do ente Estado, que se traduz pela realização do bem comum, na medida da promoção e preservação da dignidade da pessoa humana, de cada um e de todos, a mera invocação pelo Estado deficitário, moroso, do contra-argumento da “reserva do possível” não pode nem deve ser o bastante do ponto de vista do devido processo legal, sendo-lhe obrigatório que se desincumba materialmente da sua demonstração, em rigorosa fase instrutória, e porque o ônus probatório, na seara dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, há de ser aplicado sob dupla perspectiva e dimensão, uma formal, na vertente de que é encargo do Estado deficitário e não da parte alegante (inversão do ônus probatório); e outra, substancial, no sentido da sua pertinência e suficiência. Isso se exige do Estado em virtude da primariedade do interesse público, em seu grau mais elevado, de que são revestidos os direitos fundamentais.

Destarte, em meio processual, no que concerne ao contra-argumento da “reserva do possível”, não deve contentar a função jurisdicional, no exercício do dever de institucionalizar o controle popular dos atos afeitos à função executiva do poder político, a invocação pura e simples da escassez de meios, como uma espécie de tegumento protetivo anteposto ao governante desidioso.

O lugar-comum desse argumento denuncia às escâncaras o quanto tem sido ele utilizado, na prática, como mero subterfúgio, em incontáveis vezes, mas o certo é que, em matéria de relevante e suntuosa dignidade constitucional, a invocação de dito fundamento fático-jurídico tem a dizer como ponto de partida da investigação, ao qual somente se pode emprestar relevo jurídico se restar efetivamente demonstrado o acerto de tal ou qual opção e que os melhores e maiores esforços foram e estão sendo

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 431.

empreendidos pelo mandatário, pautados constantemente pelo crivo da razoabilidade⁵⁵, da proporcionalidade e da eficiência.

Ou seja, o argumento precisa ter fundamento na realidade confrontada com os ditames constitucionais e não se revestir de panacéia abstrata para justificar a irresponsabilidade do agente político e sujeito co-obrigado (§6.º, art. 37, CF/88) seja pela desatenção e o desatendimento desabridos daqueles direitos seja pelas conseqüências advindas do seu desamparo.

Nesse sentido é a precisa advertência de ABRAMOVICH e COURTIS quando asseveram que *“um Estado solo puede atribuir el no cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”*.⁵⁶

Também não deve obnubilar a perspectiva do controle popular por intermédio da função jurisdicional a crítica de que não está aparelhada e capacitada para empreender juízos elaborativos de complexas políticas públicas.

Não há dúvidas desse constrangimento, afinal de contas, como observa MORO⁵⁷, *“faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para a elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da CEF (‘busca do pleno emprego’ como um dos princípios da ordem econômica)”*.

No mesmo sentido é a advertência de KRELL⁵⁸ ao asseverar que, na seara dos fatores econômicos, somente se admite a intervenção do Judiciário desde que *“haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”*.

Porém, ambos ressaltam a possibilidade do controle.

⁵⁵ SARLET, em resumo do paradigmático julgado (*numerus clausus*) da Corte Constitucional Federal Alemã, informa que a jurisprudência firmou-se no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304.

⁵⁶ ABRAMOVICH, Vítor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles* – Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 90.

⁵⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004, pp. 221 e 225.

⁵⁸ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 42/43, p. 29.

MORO, inobstante reconheça dita reserva, salienta que, “*a extensão desse impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas...*”.

KRELL⁵⁹, discorrendo sobre a teoria do “mínimo existencial”, anota que a Corte Constitucional Alemã “*deixou claro que esse ‘padrão mínimo indispensável’ não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como ‘sistema acabado de solução’, mas através de uma ‘casuística gradual e cautelosa’*”.

Nesse contexto, é que se insere a participação qualificada dos múltiplos organismos da sociedade civil organizada, tais como as associações de moradores, os sindicatos ou confederações de categorias específicas, a exemplo da saúde, da educação etc., que podem, porque, além de conhecedores teóricos do problema, o vivenciam diretamente na prática diuturna, deduzir a pretensão jurisdicional, instruindo-a com o cabedal heterônomo necessário a não só identificar e caracterizar a ausência, ou a insuficiência ou a impertinência da atuação governativa, como também na propositura da política pública ajustada à espécie. A par disso, poderia ainda o julgador valer-se da opinião abalizada dos *experts*.

O fato é que se avança da contenção de eventual ingerência assuntiva da especificidade de titularidade da outra vertente do poder para se alcançar também a recondução da desviante ao prumo da estrita observância e, de conseguinte, da efetividade dos postulados constitucionais, máxime no que respeita à satisfação dos direitos fundamentais. Somente assim têm a sua razão de ser justificada perante os *legislados, administrados e jurisdicionados*.

Aliás, a inflexão submissiva que se depreende da carga semântica destas terminologias supra destacadas, quando observada pelo prisma da prática política nacional, sugere um resquício absolutista, dado que o *poder* tem sido, por vezes, exercido segundo o arbítrio e a conveniência do seu eventual detentor. Aqui, mais uma vez, destacasse a figura do governante, cuja (im)postura nem sempre se ajusta aos desígnios do Estado de Direito Democrático e Constitucional.

⁵⁹ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 42/43.

3. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL SUBJETIVO.

3.1. DISPOSIÇÕES GERAIS.

Há uma crescente demanda jurisdicional, cuja pretensão deduzida tem a ver direta ou reflexivamente com algum direito social, que ainda não se fez acompanhar, em medida satisfatória, do suficiente preparo teórico indispensável ao enfrentamento dessa temática.

A intensa busca popular da satisfação desses direitos, por intermédio da função jurisdicional, evidencia o seu irrazoável incumprimento pela instância governativa e a cada vez mais forte tendência de o legislado-administrado-jurisdicionado considerar-se amparado pelo ordenamento jurídico, dado que os fundamentos animadores desse tipo de pretensão são invariavelmente as normas positivadas a partir da Constituição⁶⁰. O deslocamento desse conflito social das ruas e dos parlamentos para os tribunais marca “un cambio de valoración del derecho y su relación con la política. Hoy el derecho es visto como el *medium* de la acción política”^{61,62}, de modo que não se há mais de cogitar de uma assaz acentuada precedência ou demasiado isolamento da política em face do direito.

Veja-se que, do ambiente histórico revolucionário, impregnado de ideais liberais (direitos individuais, civis e políticos) de oponibilidade e proteção em face do poder absoluto reinante, concebe-se o Estado como potência necessária e indispensável ao convívio e desenvolvimento social, que se auto limita, e aos ‘contratantes’ sociais, a fim

⁶⁰ Afirma QUEIROZ que “o problema da ‘exequibilidade autônoma’, que normalmente se associa à questão da ‘determinabilidade constitucional suficiente’ do conteúdo do direito, e que não vem questionado quanto aos direitos, liberdades e garantias, mesmo quando a configuração destes últimos é confiada ao legislador, encontra-se dependente, no caso dos direitos fundamentais sociais, se entendido no sentido de um direito de acesso aos tribunais e ao poder judicial, do grau de ‘determinabilidade constitucional’ ou ‘densificação constitucional autônoma’ do ‘conteúdo’ e ‘dimensão’ do direito em causa”. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

⁶¹ In ATRIA, Fernando, *et al. Existen derechos sociales?* Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 34.

⁶² A concepção de ATRIA, no sentido de que a constitucionalização dos direitos sociais representam “una de las conquistas más clamorosas ... de los movimientos socialistas”, é combatida por Gargarella, Roberto, que, sem desprezar sua importância *a posteriori*, ressalva que “la recepción constitucional de los derechos sociales no evidencia una victoria clamorosa del socialismo sino que expresa las dimensiones de su lamentable derrota”. *Derechos y disociación. Un comentario a “Existen derechos sociales” de Fernando Atria*. Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 63.

de, juridicamente, instituir ou preservar as liberdades individuais, dando-se origem ao Estado de Direito.

Essa originária concepção do Direito, individualista e excludente, impôs, e ainda impõe, às demandas sociais, com sua pauta universalizante e não mais puramente individualista (liberal), que se esforcem a se expressar ou se conformar à linguagem prescritiva típica do Direito para que, somente assim, e a partir daí, possam ser abrigadas no discurso e no modelo liberal.

A par dessa necessidade conformadora dos intitulados Direitos Sociais à linguagem tradicional do Direito, não se há de desconsiderar, pois, a crítica ou a resistência teórica que advém da perspectiva de que os direitos fundamentais sociais são concebidos como subjetivamente plúrimos, isto é, direitos universalizados, pertencentes ou destinados a uma coletividade, nisso residindo o contra-argumento de se lhes considerarem incompatíveis com a significação assente da categoria jurídica do direito subjetivo, cujo conceito jurídico envolve noção individualizadora e excludente, cuja relação jurídica é titularizada por sujeitos determinados *prima facie*, concepção esta plenamente afinada com o conteúdo dos direitos fundamentais civis e políticos, de matiz liberal. Essa contradição, anota Atria⁶³, faz persistir sempre uma tensão entre o conteúdo daqueles direitos (bens que protegem) e o mecanismo de operacionalização dos fenômenos jurídicos.

A esse enfrentamento, a movimentação social cada vez mais intensificada em direção à função jurisdicional acentuou a visibilidade e repercussão dessas demandas sociais, atraindo de vez essa importante componente do poder público para integrar a discussão acerca da postura jurídica que se deve ter em face daquelas, além de também ter tido o mérito conseqüente de conferir a tais pretensões “a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas”, o que significa dar “um passo importante – embora ainda de resultados ambíguos – na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder (privado ou político). Tudo isto se faz com novos atores e operadores jurídicos, ou melhor, com a mudança de perfil dos atores jurídicos tradicionais, muito especificamente juízes, promotores e advogados”⁶⁴.

⁶³ In Atria, Fernando, *et al. Existen derechos sociales? Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4*, p. 40.

⁶⁴ LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática* – São Paulo: Método, 2006, p. 165.

Nesse processo evolutivo, não é finamente ajustada a idéia de propor distinção apriorística e genérica dos direitos sociais a partir da comparação com os direitos e garantias fundamentais de defesa, de liberdade em sentido negativo, como se ontologicamente possuíssem distinta natureza.

O persistente confronto entre esses, por assim dizer, tipos de direitos, acaba por conotar uma idéia de enfrentamento que incute uma rejeição aos direitos econômicos, sociais e culturais ou, no mínimo, uma resistência a sua aceitação pela teoria do Direito, quando o mais ajustado, em se tratando de direitos fundamentais, não é nem o isolamento dos direitos civis e políticos nem a independência dos direitos sociais como se ambos constituíssem fins bastantes em si mesmos, pois que, em verdade, constituem dimensões que se imbricam num mesmo e único fator indispensável à promoção da dignidade humana⁶⁵.

Tudo dependerá, ao fim e ao cabo, da configuração jurídica que se empresta à tutela de um ou de outro bem a ser protegido, independentemente do que represente substancialmente, afinal, todo direito é normativo.

No que concerne ao aspecto teórico-estrutural, ALEXY estipula três critérios distintivos das normas que tratam de direitos fundamentais sociais:

“Primero, puede tratarse de normas que confieren derechos *subjetivos* o de normas que obligan al Estado sólo *objetivamente*. Pueden, segundo, ser normas *vinculantes* o *no-vinculantes* y, en este sentido ser enunciados programáticos. Una norma será llamada ‘vinculante’ si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal⁶⁶. Tercero, las normas pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, es decir, pueden ser principios o reglas”⁶⁷.

Um direito será social se versar sobre um interesse dito dessa estirpe – econômico, social e cultural – e não porque há uma relutância maior ou menor acerca da sua eficácia normativa ou jurídica, uma vez que esta é uma questão a ser resolvida quando da produção da norma e a partir do ordenamento jurídico no qual se insere.

⁶⁵ PULIDO com apoio em Böckenförde, observa que os direitos fundamentais sociais não se justificam como contraposição à liberdade jurídica, mas a partir da necessidade de que somente com uma participação básica nos bens sociais materiais aquela se tornará real. In *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “Existen derechos sociales?” de Fernando Atria*. Discusiones, Año IV – Número 4, p. 113.

⁶⁶ Nesse seguimento, há certa impropriedade no que concerne à ordem natural de precedência dos fenômenos. Na verdade, permite-se à função jurisdicional do poder político conhecer e julgar pedido com base em causa de pedir consistente em descumprimento de prescrição normativa fundamental social, quando esta for vinculante e não o contrário, como consta nesse excerto do texto.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 484.

Da mesma forma, não é o fato de se exigir desforço estipendiário o traço capaz de isolar os direitos sociais dos demais bens e direitos conferidos normativamente, na medida em que também os direitos e garantias fundamentais de defesa igualmente exigem um custoso aparato estatal a fim de assegurar-lhe o respeito, como é exemplo a própria divisão subjetivo-funcional do exercício do poder em instâncias independentes e harmônicas (legislativo, executivo e judiciário)⁶⁸ e, se o gasto público-social, num caso, está concentrado diretamente na aquisição do bem da vida (direitos fundamentais sociais) e, noutro, a esta sucede, ao menos originariamente, apenas com o fim de assegurar o gozo a quem já dispõe e titulariza o bem ou direito, o fato é que há dispêndio necessário em ambas as hipóteses, sem falar no brutal reflexo financeiro, inclusive, que o déficit social irremediavelmente acarreta à manutenção ou à viabilização da incolumidade dos direitos civis⁶⁹.

Assim, seguindo ilustrando, veja-se que o direito ao exercício livre de qualquer profissão, nos termos da lei, cobra do estado que organize Conselhos Profissionais e outros afins com missão regulatória e fiscalizatória, que não se exerce sem custos, obviamente. Do mesmo modo se dá com a cidadania política, como se ilustra no direito de votar e ser votado, a qual não se frui a não ser por meio de custoso e permanente aparato oficial.

Observe-se, ainda exemplificativamente, que, por trás do direito de propriedade, se tem um vultoso custo com preços de escrituração, de registros, tributação, seguros, prevenção e repressão contra furtos, roubos, invasões etc., a demandar cada vez mais pesados investimentos, públicos e privados, em aparatos de segurança, justamente porque o conteúdo do direito de propriedade, dito absoluto subjetivamente, e negativo, no sentido do abstencionismo estatal, impõe a todos, inclusive ao próprio estado, que se lhe respeite, e ao estado, isoladamente, o dever de resguardá-lo, do qual não se desincumbirá senão a custa de muita despesa.

⁶⁸ QUEIROZ conclui que o “que determina o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, reconhecidos constitucionalmente, é o bem ou valor de proteção. Daí a relação entre o ‘direito de defesa’ e sua ‘esfera de proteção’. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169.

⁶⁹ Nesse sentido, observa Pollak que “... evidências empíricas demonstram que gastos com bem-estar (*welfare*) podem diminuir significativamente comportamentos socialmente onerosos”. E, nutra passagem: “países têm uma razão mais básica para não descartar apressadamente os direitos positivos. A análise econômica é uma ferramenta importante para prever as consequências, mas outras ciências sociais também têm informações válidas”. POLLAK, Malla. *O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos*. In org. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.]. **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 369 e 375.

É com essa compreensão que ALEXY⁷⁰, ao conferir sentido amplo ao direito a prestações, empresta-lhe o seguinte significado:

“Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a un acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes.”

Tem-se, com isso, que, mesmo a despeito da natureza ontológica e do alegado acabamento normativo de que seriam revestidos, os direitos ditos negativos não escapam à necessidade de se fazerem gastos para o enfrentamento às vicissitudes⁷¹ do seu gozo.

Importa, pois, reprimir que a diferença, no que respeita ao fator custo, entre os direitos fundamentais de liberdade (defesa/negativo) e os direitos fundamentais sociais, em princípio, consiste no fato de que os primeiros pressupõem que o sujeito ativo da relação jurídica jusfundamental já detenha o bem ou direito (e. g. propriedade, cidadania política) ou que este se confirma, na prática, já a partir e desde quando editada a norma que a ele confere juridicidade (e. g. liberdade de exploração do seu próprio patrimônio - iniciativa econômica etc.)⁷², de modo que os custos não são propriamente dos direitos, considerados em si mesmos, ou seja, quanto a estes, compete ao Estado respeitá-los e fazer respeitar, sendo certo que os vultosos investimentos necessários a fazer-lhes efetivos e a proteger-lhes a integridade traduzem indisfarçável desforço econômico-financeiro oficial, mas numa perspectiva reflexa⁷³. De outro giro, os direitos

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 427.

⁷¹ SARLET salienta que “o corretamente apontado ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo ‘negativo’. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida ‘neutralidade’ econômico-financeira dos direitos de defesa...”. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 302.

⁷² Esse traço fica ainda mais evidente quando se toma em consideração a origem histórica dos direitos ‘civiles y políticos’, designados de ‘primera generación’, como o faz ATRIA, com apoio em Arendt, H. (*On Revolution; Orígenes del Totalitarismo*, 368) ao rememorar que “irrompieron históricamente de la mano de la revolucionaria idea de que lo político era una asociación no natural es decir una asociación constituida por seres humanos de modo artificial. Los derechos eran aquello que los individuos constituyentes de lo político detentaban antes de esa constitución, y que em definitiva justificaba la idea misma de constituir la comunidad política”. In Atria, Fernando, *et al. Existen derechos sociales?* Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 16.

⁷³ Nunca é demais sublinhar, como o faz NEVES, a partir da definição de estado de bem-estar de Luhmann, no sentido da “inclusão política realizada”, que os direitos fundamentais sociais “são

fundamentais sociais, via de regra, para maior parte da população brasileira, inexistem previamente, do ponto de vista da sua fruição, da sua efetiva disposição, e tampouco materializam-se pela mera enunciação normativa, pois que são dependentes da prestação estatal para a sua efetiva realização social. É claro que essa é uma perspectiva típica dos direitos e garantias fundamentais e sociais, pois que esses direitos estão inseridos na relação indivíduo-estado, já que numa relação entre particulares, onde predomina a comutatividade, essas dificuldades não se põem, uma vez que ninguém duvida da vinculabilidade normativa.

O que importa, numa perspectiva abrangente, é se a instituição de certo direito, seja ele positivo ou negativo, veio ou não amparada de normatividade suficiente, identificando-se a relação, os sujeitos, o objeto, o conteúdo, a forma, o modo, o meio, a prestação, a obrigatoriedade, a vinculabilidade, a pretensão, a ação etc., em certo e determinado subsistema normativo ou ainda se a configuração desses componentes não resulta da simbiose com os demais seguimentos normativos integrantes do sistema jurídico como um todo, pois que, caso contrário, as mesmas objeções serão opostas se faltosamente fosse veiculado qualquer tipo de direito.

A esse desiderato não se pode perder de vista que muitas das dificuldades opostas ao tratamento do direito subjetivo na seara dos direitos sociais deve-se ao fato de a concepção de direito subjetivo ter sido construída em sua plenitude tomando-se em consideração o “paradigma privatista”⁷⁴. CARNELUTTI⁷⁵ cogita da origem e do desenvolvimento do conceito de direito subjetivo no “terreno do direito privado” e da dificuldade da sua transposição para as relações de natureza pública, mas, a exemplo do que sucedeu com categorias afins, tais como o contrato e o negócio jurídico, evidencia que essa extensão conceitual era inevitável e se encontra atualmente terminada, como decorrência necessária da evolução científica do Direito, passando de objeto da teoria do direito à elaboração da teoria geral.

PARCERO⁷⁶ critica a formulação tradicional dos direitos justamente porque a mesma estaria presa a um modelo estrutural a que denomina “*modelo relacional simple*”

imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política”. A *constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 72.

⁷⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 107.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, (tradução Antônio Carlos Ferreira). – São Paulo: LEJUS, 1999, p. 282.

⁷⁶ PARCERO, Juan Antonio Cruz. *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales*. In Atria, Fernando, et al. *Derechos sociales. Discusiones*. Año IV – Número 4, pp. 74/76.

segundo o qual a implicação jurídico-obrigacional está limitada à relação entre dois sujeitos em respeito a um objeto. Com amparo em Kelsen, esse autor afirma que ter direito subjetivo significa ter ação jurisdicional (em face do Estado-Juiz) para impor o cumprimento de um dever (ação material) por parte de um terceiro, que pode ser o próprio Estado, de modo que o referido modelo restricionista – estrutural, simples – bem serve ao contexto das relações privadas, mas não encerra as possibilidades de configuração de todos os direitos justamente por que nem todos resultam precisamente do recorte da situação de duas pessoas, sendo, portanto, necessário um modelo mais geral.

Portanto, a existência normativa dos direitos fundamentais sociais com a conseqüente necessidade de se lhes emprestar eficácia jurídica (afinal são direitos) impõe à dogmática jurídica e à teoria do direito o desafio de desenvolver, ampliar e aplicar, nas relações entre indivíduo e Estado, cujo objeto seja um direito social, um conjunto de idéias que foi desenvolvido exclusivamente para as relações jurídicas entre particulares⁷⁷.

Cumpra, portanto, definir se os direitos sociais representam “posições ‘jurídico-fundamentais’ reconhecidas por normas constitucionais” e “se os mesmos resultam reconhecidos por ‘normas jurídicas vinculantes’, caso em que a respectiva garantia deverá ser judicialmente accionada”⁷⁸.

3.2. CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO E PERSPECTIVA JUSFUNDAMENTAL.

DIMOULIS⁷⁹ encampa a conceituação elaborada por SAVIGNY segundo a qual o direito subjetivo consistiria na “capacidade do indivíduo de impor determinada norma ou decisão”, apartando-se da de JHERING, que o compreendia como “interesse juridicamente protegido e objetivando assegurar os fundamentos da existência do indivíduo”, por considerá-la impregnada por considerações filosóficas e sociológicas

⁷⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 126.

⁷⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 136.

⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 275.

acerca da origem e justificativa social, salientando a plena dependência do direito subjetivo em face do direito objetivo, que responde pela sua criação, estabelecendo-lhe o titular, o alcance e os requisitos para o seu exercício.

KELSEN anota que o designativo ‘subjetivo’ é usado na linguagem jurídica alemã e francesa a fim de diferenciá-lo do sistema de normas, isto é, do direito objetivo. Tem-se, então, que direito subjetivo “é o direito de um determinado sujeito”⁸⁰. Numa acepção individualista, o direito subjetivo resulta da posição de sujeição de um indivíduo que, por força de uma relação jurídica, encontra-se vinculado e obrigado a satisfazer determinado direito de outrem, que o titulariza⁸¹.

TELLES identifica o direito subjetivo a uma permissão jurídica, pois que atribuíveis por meio de normas jurídicas, esclarecendo, no entanto, que com estas não se confunde: “não é a chamada norma *agendi*”⁸². Essa permissão, outorgada normativamente, autoriza o sujeito de direito a fazer, ou não fazer, ter, ou não ter, alguma coisa. Também esse autor não o reconhece como *facultas agendi*, pois que faculdade é aptidão inata ao ser humano ou adquirida por este, naturalmente, podendo existir sem o correspondente direito (mundo cultural). Não é o poder da vontade, pois que pode haver direito subjetivo sem que a vontade do titular o pré-ordene (menor impúbere). Não o equipara a um interesse juridicamente protegido, dado que interesse é o bem, sobre o qual recai o direito subjetivo. A permissão legal para exercer uma determinada faculdade, sim, é direito subjetivo.

Um direito pressupõe conduta passiva ou ativa, positiva ou negativa, do devedor, e, à falta desta, autoriza-se o credor a exigir e forçar a conduta conforme pré-estabelecida no ordenamento jurídico, daí que dever e direito são entidades reflexivas. No caso dos direitos fundamentais sociais, esse direito satisfaz-se pela desincumbência público-oficial de uma obrigação positiva, de fazer ou de dar, de prestação da coisa ou do serviço.

LOPES, entretanto, assemelha os direitos sociais a um bem condominial *pro indiviso* e iguala a situação subjetiva do titular daqueles a do condômino para afirmar que nenhum nem outro “tem um direito subjetivo exclusivo e excludente sobre uma

⁸⁰ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 141.

⁸¹ KELSEN, Hans; [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 141.

⁸² *Iniciação na Ciência do Direito* – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 253.

parte qualquer de um bem condominial *pro indiviso*. O exercício de seus respectivos direitos está condicionado à possibilidade de exercício simultâneo e na mesma extensão do direito dos outros condôminos”⁸³.

Apesar de haver uma propensão ou pendor coletivista acerca da legitimação dos direitos sociais, na medida em que ditos direitos invariavelmente interessam a um contingente populacional e não somente a um indivíduo isoladamente, isso não implica a sua inidoneidade para propiciar e fundamentar um direito subjetivo a favor de certo titular, isto é, em medida individual, uma vez que, tendo em vista a Constituição brasileira, boa parte desses direitos gozam de normatividade suficiente a fazê-lo eficaz e reclamável, sujeito a sujeito, ainda que limitada à preservação de um mínimo existencial condigno, sem que isso implique necessariamente entrar em rota de colisão com o interesse geral⁸⁴.

Daí porque ser possível afirmar-se que “a verdade é que se os ‘direitos sociais’ podem ser configurados como ‘direitos fundamentais’, isto é, direitos reconhecidos por normas de estalão constitucional, esses direitos podem igualmente ser constituídos como ‘posições jurídicas jusfundamentais’, isto é, como ‘direitos subjectivos’”⁸⁵.

Assim também compreende ALEXY, para quem “sobre la base de normas iusfundamentales, cada cual se encuentra en las posiciones de derechos a prestaciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”⁸⁶.

3.3 – NATUREZA JURÍDICA.

⁸³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 170.

⁸⁴ Paradoxo seria considerar-se injusto ou egoísta cada vez que alguém, socialmente desamparado, conseguisse, em medida razoável, algum bem social que aplacasse ou minimizasse uma real carência sua, segundo sustenta Parcerro, Juan Antonio Cruz. *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales*. In Atria, Fernando, *et al.* *Derechos sociales. Discusiones*. Año IV – Número 4, pp. 79/80.

⁸⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 137.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 435.

Nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação da função jurisdicional do poder público (art. 5.º, XXXV, CFB/88), de modo que o surgimento de uma ação, ou de uma pretensão, decorre da conduta contrária ao direito ou já da iminência da prática ilícita ou estágio de periclitamento de um bem tutelado. Destarte, não têm razão aqueles que somente reconhecem existente uma ação quando esta houver sido expressamente prevista pela legislação, caso contrário, isto é, “em caso de silêncio legislativo” dependeria de uma interpretação construtiva do juiz⁸⁷.

Tem-se de reconhecer que quando uma norma jurídica confere um direito, estabelecendo proibições, permissões ou obrigações, ainda que não explicitamente e especifique uma ação diretamente correlata a defendê-lo, o que se sabe ser até certo ponto dispensável, mercê das múltiplas possibilidades do instituto da antecipação da tutela e da execução específica, não é de modo algum uma situação de lacuna a ser integrada pelo intérprete, porquanto essa possibilidade está irremediavelmente contemplada pelo ordenamento jurídico, que não convive, por absolutamente incompatível e contraditório, com uma situação de apatia e passividade ante posturas mutiladoras do sistema.

O que importa e basta para que um sujeito de direito reclame judicialmente a respectiva tutela, a rigor, em termos de direitos fundamentais sociais, é que a conduta, comissiva ou omissiva, total ou parcial, do Estado agrida a ordem jurídica, imediatamente, e atinja desarrazoadamente a sua esfera de direitos, mediadamente, com infringência de uma norma que preveja um direito fundamental social, afinal, “cuando existe un derecho éste es también justiciable” ou “vinculación jurídica implica control judicial”⁸⁸.

Desse modo, a natureza jurídica do direito subjetivo é de poder jurídico, sendo este o “poder jurídico de instaurar, através de requerimento, o processo que conduz à anulação da lei inconstitucional”⁸⁹ ou, ampliativamente, à restauração do Direito, seja qual for a natureza da violação, sendo de se reavivar que, à diferença dos direitos e liberdades individuais, à tutela dos direitos fundamentais sociais, no mais das vezes, não

⁸⁷ FOULQUIER, N., **apud** MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 127.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 496 e 500.

⁸⁹ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 160.

basta o impedimento estatal, cuja violação assegura-se correcionalmente, uma vez que, em sua generalidade, não há uma situação de disposição e gozo pré-existente a ser conservada, senão algo por ser efetivamente viabilizado⁹⁰.

3.4 – POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

A doutrina jusnaturalista responde pela formulação conceitual segundo a qual a categoria do direito é apartada e precedente da categoria do dever, porém, “se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico”⁹¹.

O começo da tutela normativa de bens sociais é historicamente situado no século XX e representou não propriamente uma oposição ao positivismo jurídico mas sim um movimento em sua direção, devendo-se iniludivelmente obter para a circunstância de que, quando, nos séculos imediatamente antecedentes, se cogitava de direitos cujo respeito seria devido pelas Constituições, ditas alusões se faziam tendo em consideração algum sistema jurídico, que necessariamente pairava as Constituições ou as precedia, e de onde proviriam tais direitos, que se pretendia subjetivados.

Não fosse assim, a alusão a direitos subjetivos pré-constitucionais tinha “sentido *político* e não *jurídico*. Sabe-se bem a que lamentáveis obscurecimentos levaram tais confusões”⁹². Daí a observação de MELLO, no sentido de que “os teóricos dos direitos sociais deveriam também refletir sobre o fato de que, se eventualmente se reivindica a existência de direitos fundamentais liberais não positivados, sob a forma de direitos naturais, a doutrina e os tribunais não ousam sustentar a existência de direitos sociais que não estejam expressamente previstos na constituição ou em textos legais. Vale

⁹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 126.

⁹¹ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 145.

⁹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* – Campinas: Bookseller, 2000, p. 51.

dizer, os direitos sociais do neoconstitucionalismo são apenas direitos subjetivos previstos em normas do direito positivo”⁹³.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 dispôs acerca dos direitos sociais no Título II, reservado aos direitos e garantias fundamentais, de modo destacado, reservando-lhes capítulo próprio contido nos artigos 6.º ao 11. Como se vê das suas disposições, o capítulo é inaugurado com um elenco de “direitos” – **educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados** – cuja configuração jurídica se conforma ao disposto naquela mesma fonte normativa: “na forma desta Constituição”.

A par da referida variedade de direitos nominados introdutoriamente, o mencionado capítulo cuidou, apenas e minudenciosamente, da conformação dos “direitos dos trabalhadores”, que não se confundem com o direito social ao trabalho, antes o pressupõe. Aos direitos à educação, saúde, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados reservou-se o Título VIII, que trata da Ordem Social.

As disposições constitucionais sobre a **educação** (arts. 205/214) dizem-na “**direito de todos e dever do Estado e da família**”, devendo ser gratuito o “ensino público em estabelecimentos oficiais”, expondo que “**o dever do Estado** com a educação será efetivado mediante a **garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, progressiva universalização do ensino médio gratuito**, atendimento especializado aos portadores de deficiência” *et cetera*.

Os artigos 196 a 200 estabelecem ser a **saúde** “**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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, explicitando que “**as ações e serviços públicos de saúde**” devem promover o “**atendimento integral**”.

No que concerne ao direito social ao **trabalho**, o Capítulo I do título VII, cuida dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, onde se estabelece que a “**valorização do trabalho humano**” a fim de “**assegurar a todos existência digna**” de acordo com os “**ditames da justiça social**” é **fundamento da Ordem Econômica e Financeira**,

⁹³ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 117.

que tem, ainda, como **princípio**, a “**busca do pleno emprego**”. De se notar que à parcela da população que alcance o “pleno emprego” implicará o atingimento e a fruição da maior parte daquela outros direitos sociais por seus próprios recursos, diminuindo a participação oficial direta.

O direito social à *segurança pública* encontra-se plasmado no artigo 144, e tem como conteúdo a “**preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas**”, sendo caracterizado como “**dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**”, determinando-se, ainda, que seja **garantida** a “**eficiência**” das atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

O direito social à *previdência* ampara-se nos artigos 201 e 202 que o atribui “caráter contributivo” e, portanto, destina-se aos que auferem renda, mas prevê que “lei disporá sobre **sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda**, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo”, estabelecendo, ainda, que esse “**sistema especial de inclusão previdenciária ... terá alíquotas e carências inferiores às dos demais segurados...**” .

Do direito social à *proteção da maternidade e da infância* ocupam-se os artigos 226 a 230. Por eles se estabelece que “**é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, devendo o Estado promover “**programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente**”, tendo, para tanto, que aplicar percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil”.

O direito social de assistência aos desamparados será, nos termos dos artigos 203 e 204, prestado “**a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social**”, compreendendo a proteção a todos os demais direitos sociais, além da concessão de um auxílio financeiro mensal a deficientes e idosos incapazes de, por si ou por sua família, prover o próprio sustento.

Como vimos de ver, mesmo em termos dogmáticos, não é substancialmente diferente o tratamento jurídico que se deve dar à defesa e promoção seja dos direitos sociais ou dos de liberdade. O fato é que aqueles, nalgumas vezes, a depender do grau de satisfação eventualmente já atingido, traduzem direitos de dupla perspectiva, uma imediata, consistente na eficiência público-administrativa, no que concerne aos desempenhos dos seus misteres constitucionais, na busca da melhoria da qualidade de vida de todos os concidadãos, e a outra, mediata e conseqüente, que tem a ver com a própria fruição do direito social. Tome-se o exemplo os direitos de propriedade e de moradia. No primeiro, dito negativo, tutela-se, grosso modo, a manutenção do direito. No segundo, positivo, tutela-se, *prima facie*, a boa administração pública, a eficiência na execução dos deveres do mandato político, a idoneidade das ações e condutas governamentais tendentes a propiciar a conquista do indigitado direito.

3.5 – CARÁTER NORMATIVO.

A resistência à perseguição de efetividade dos direitos fundamentais sociais também tem curso sobre a vertente normativa, uma vez que se nega que a estrutura lógica da norma que os veicula seja – e se o for, o é em medida reduzida – dotada de eficácia jurídica no sentido de vincular e impor ao Estado a prestação de algum bem ou de um fazer.

A partir do constitucionalismo, muito se discutiu sobre as disposições constitucionais que encerram princípios: se eram normas e como tais efetivamente dotadas de normatividade, o que equivale a dizer: se tais prescrições legislativas detinham poder vinculante e idoneidade para obrigar os destinatários; ou, por outra, se eram modalizadas deonticamente de modo a implicar certo e previsto comportamento; e, ainda, se haveria razão ontológica ou deontológica que autorizasse e justificasse o isolamento de enunciados da mesma proveniência (normas de estrutura, normas de fazer direito, no sentido positivo.) e, assim, confrontá-los; e, por fim, se a incidência e a aplicabilidade de uma ou outra se revestem de particularismos capazes de estabelecer distinção útil e impor uma categorização de prevalência.

Não se pode negar a natureza jurídico-normativa das normas de índole principiológica, na medida em que derivam e originam-se da mesma fonte e do mesmo processo produtivo das intituladas regras, às quais se identifica aquele caráter distintivo.

Assim, pelo “critério da dedutibilidade ... uma norma pertence ao sistema quando é consequência lógica de normas pertencentes ao sistema.”⁹⁴ Desse modo, tem-se que “os princípios gerais do direito não são exteriores à ordem jurídica positiva: fazem parte dela.”⁹⁵

Ilustre-se com as normas de índole principiológica atinentes aos princípios do Estado de direito democrático e da república, na vertente do primado da igualdade, a partir da expressão de PONTES DE MIRANDA, quando diz que “o princípio de isonomia ou igualdade perante a lei não é mais do que regra jurídica, embora tão importante, que se haja feito regra de direito constitucional e tenha de ser, algum dia, regra de direito das gentes.”⁹⁶ Tais ponderações doutrinárias bem evidenciam o caráter normativo da norma de índole principiológica.

Não é pela *vagueza, indeterminabilidade, abertura* que se aparta uma norma dessa natureza das ordinativas, pois que ditas características nem sempre estão ausentes nas normas ordinativas, e, embora aquelas sejam invariavelmente marcadas por tais distinções semânticas, haverá situações da vida real em que a descodificação do seu suporte fático e do seu prescritor apresentar-se-á nítida, desnecessitando-se de ponderação.

PONTES DE MIRANDA⁹⁷, tratando das regras jurídicas *stricti iuris* e das regras latas, afirma que nas primeiras o suporte fático é preciso, o que implica a precisão da regra jurídica e, de conseguinte, da sua incidência, enquanto que, para as segundas, mercê da multiplicidade e heterogeneidade dos fatos da vida, “sem se abandonar o propósito de precisão, que tanto se dirige a conceitos estritos quanto a conceitos gerais, é de conveniência político-jurídica (de *iure condendo*, portanto) abranger-se grande número de fatos, ainda não enumerados com exatidão, ainda não arrolados exaustivamente, ou demasiado ricos de variedades para que tivesse bom êxito aquela enumeração ou esse arrolamento”, impõe-se que se redijam regras jurídicas não-estritas, exemplificando com expressões contraditórias do tipo ‘circunstâncias’, ‘ao que for razoável’, ou ‘ao que mais atenda ao contrato’, ao ‘perigo’, porém, advertindo que “a regra jurídica ampla, não é menos regra jurídica que a regra jurídica estrita”, apenas

⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência* – 3.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

⁹⁵ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – 2.ed. – São Paulo – Martins Fontes, 2006, p. 101.

⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* – v. 1 – Campinas: Bookseller, 2000, p. 59.

⁹⁷ *Tratado de direito privado* – v. 1 – Campinas: Bookseller, 2000, pp. 118/120.

porque “os interessados ou os juizes exercem função de determinação, dentro de certo branco: não lhes cabe arbítrio puro”, adindo que o “que o juiz resolve não é regra jurídica, e não no seria, se se tratasse de julgar caso em que se invocasse direito estrito; mas é-o, sem qualquer dúvida, o *com que* ele resolve. A sua função não é, aí, de modo nenhum, criadora; não passa de função aplicadora, apesar da latitude da lei”.

BERGEL⁹⁸, tecendo considerações acerca das prescrições jurídicas imperativas, diz que “*há umas cuja aplicação supõe uma grande liberdade de ‘descodificação’ de interpretação*”.

Disso se conclui que o traço distinguidor da norma de índole principiológica não reside em sua formulação lógico-estrutural, pois que:

“tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que deve ser. Ambos pueden ser formulados com la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de um tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas⁹⁹.”

Assim, se o propósito é diferenciar, impõem-se sublinhar as características, qualidades e propriedades fundamentais que não se encontrem em mais nenhum outro objeto. Atende a essa necessidade de distinção o aspecto qualitativo da norma jurídica de índole principiológica, o seu caráter de fundamentalidade, a sua importância estruturante e a sua natureza normogenética, pois que “se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles *expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)”^{100/101}.

⁹⁸ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*; trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – 2ª ed. – São Paulo – Martins Fontes, 2006 – (Justiça e direito), p. 40.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundnamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

¹⁰⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais* – 1.ª ed. seg. tir. (com acréscimos) – Porto Alegre: Safe, 2003, p. 16.

¹⁰¹ Observa Jane Reis Gonçalves Pereira que “a despeito dos inúmeros desacordos relativos à distinção entre princípios e regras, a doutrina costuma convergir quanto à descrição dos princípios como normas dotadas de maior abstração e generalidade, que traduzem os fundamentos do ordenamento jurídico, imprimindo-lhe a característica de sistema”. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 115.

Por esse prisma, tem-se que a norma jurídica de índole principiológica expressa valor estruturante e conglobante, possui antecedente e conseqüente latos, mas plenamente determinável, e, por isso, destina-se à ordenação-regulação macro; ao passo que a norma de índole precognitiva expressa valor segmentário e setorizado, podendo seu antecedente ser lato ou estrito, mas o seu conseqüente é sempre estrito e determinado, e, assim, serve à ordenação-regulação micro.

3.6 – PONDERAÇÃO DA EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

Por certo, a par da latitude contida na norma e da necessidade de descodificação mais acentuada e abrangente por parte dos utentes e dos aplicadores do Direito, que só se ultima caso a caso – e no caso concreto – tem-se que, a rigor, não é finamente apropriado utilizar-se a expressão “restringibilidade”¹⁰² de um determinado direito fundamental de liberdade quando este se mostrar aparentemente colidente com um outro direito de igual dignidade (liberdade de culto *versus* intangibilidade da higidez da vizinhança).

Note-se que os direitos fundamentais negativos ou de defesa têm porte variável, com subdivisões e ramificações insuscetíveis de ser aprioristicamente apreendidas e conhecidas, em todas as suas possibilidades e potencialidades.

Em meio a sua configuração normativa e inserção num corpo sistematizado de normas, há de se ter presente que um direito é dotado de raízes, que podem ser fincadas mais ou menos longamente; caule, que pode ser mais ou menos denso e espesso; tronco, que pode ser mais ou menos estendido e ramificado; copa, que pode ser mais ou menos frondejante, tudo isso submetido aos âmbitos materiais, pessoais, espaciais e temporais, e tendo, ainda, de suportar o influxo e os efeitos da interação do processo evolutivo social e jurídico, como convém e sucede inexoravelmente com toda e qualquer categoria cultural tal qual o Direito.

Assim, um direito fundamental não é propriamente restringido, mas apenas se conforma ao seu real espectro tutelar, pois que, do absolutismo ao relativismo da sua

¹⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89.

fruição, serpeia um fosso de condicionantes também jurídico-normativos (erigidos a partir da multiplicidade da realidade sócio-jurídica), que não apenas estão contidos já de saída no próprio segmento textual em que vertido o direito (afinal a própria linguagem já é um fator limitador), em face do qual se apresenta e por meio do qual auferem cidadania jurídica, mas também em todo o arcabouço normativo, pois que nenhum direito nasce absoluto, muito menos assim se faz ao longo do inesgotável processo dinâmico do Direito. A esse propósito, de emprestar delineamento conteudístico a certo direito fundamental, na casuística de suas múltiplas e incontáveis interações e inter-relações com outros direitos de igual dignidade, serve o postulado da ponderação.

Há quem sustente que o fato de se ponderar para solucionar conflito entre normas de índole principiológica em aparente conflito traduz critério válido para diferenciar este tipo normativo daquel'outro intitulado regra.¹⁰³ Diga-se, desde logo, que se não comunga do pensamento segundo o qual se inclui um método de solução de problemas, que eventualmente poderão surgir quando da aplicação de algo, como sendo parte deste, de modo a, a partir disso, diferenciá-lo dos demais objetos, justamente porque não se concebe que algo que *poderá ou não* ocorrer, sempre e necessariamente, depois que um objeto esteja acabado e servindo ao seu desígnio utilitário, sirva para descrever, definir ou conceituar este mesmo objeto, vale dizer, é como confundir uma possibilidade de técnica de utilização deste consigo próprio.

Também há forte discussão doutrinária acerca da ponderação como método, técnica, distinta e única, apropriada a solucionar eventuais situações conflituosas a partir da superposição de normas que tutelem diferentes direitos fundamentais em face do mesmo substrato fático, em que as prescrições contidas em ambas entrecrocaram-se e antagonizam-se, distanciando e apartando a *ponderação* da técnica tradicional da *especialidade* para superação de antinomias normativas¹⁰⁴.

Entretanto, à parte o embate travado no campo da teoria do Direito sobre se a ponderação traduz ou não instrumental metodológico singular e distinguido de superação de eventuais e concretas conflituosidades de normas que preceitem

¹⁰³ PEREIRA, Jane Reis Pereira, sustenta que “o ponto crucial para diferenciar as duas categorias normativas diz respeito à possibilidade de : i) qualificar os princípios como normas que comportam aplicação gradual, e, correlatamente, ii) entender a ponderação como metodologia adequada para solucionar os conflitos entre eles”. In *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo ds restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

¹⁰⁴ Idem, pp. 109/127.

diferentes direitos fundamentais de liberdade, sua aplicação, no que concerne à eficácia jurídica das normas que abrigam direitos fundamentais sociais, é inegável.

Assim, a ponderação, enquanto ferramenta metodológica, não é manejada, na seara dos direitos fundamentais sociais (econômicos, sociais e culturais), para o fim de solucionar conflitos propriamente ditos entre tais direitos, uma vez que não se divisa a possibilidade de colisão, no sentido normativo, lógico-excludente, entre o direito à educação e o direito à saúde, ou entre direito ao trabalho e ao de moradia, lazer ou segurança, e assim por diante.

O impasse, portanto, não se dá propriamente entre os âmbitos normativos ou entre os bens da vida tutelados, mas exsurge na medida em que não haja provisão suficiente a fazer face ao atendimento satisfatório e simultâneo de todos esses direitos¹⁰⁵, tanto numa perspectiva individual como coletiva dos utentes desses direitos. Nesse contexto, a técnica da ponderação servirá para aquilatar não somente o bem, mas também qual a sua medida, que, em dadas circunstâncias sociais, deverá ser, ou deveria ter sido, priorizado, mais ou menos atendido, segundo a sua prevalência constitucional, vale dizer, segundo se situe mais rente e se preste mais elementarmente à promoção da dignidade da pessoa humana¹⁰⁶, ensejando assim o controle popular, por meio da função jurisdicional, não somente das eleições de prioridades prestacionais levadas a cabo pelas funções legislativa e governativa do poder político, mas também em relação à medida e extensão da respectiva satisfação que se obteve ou se obterá (diagnose e prognose) por meio da opção empreendida.

Muito se afirma ainda, como anota MELLO, que “*embora sejam direitos positivados na ordem jurídica, os direitos sociais não impoem ao Estado um dever*

¹⁰⁵ QUEIROZ, Cristina. observa que “em matéria de interpretação e aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais pode-se argumentar, com alguma justeza, se tais direitos pressupõem uma ‘ponderação’ em face de outros bens e princípios constitucionais – designadamente, o princípio do ‘equilíbrio financeiro’ e ‘orçamental’, ou mesmo (mas nem por isso imprecisa) a chamada ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*)”. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 174.

¹⁰⁶ Nesse sentido, QUEIROZ em ponderações ambientadas sob a Constituição Portuguesa, mas perfeitamente aplicadas ao caso brasileiro, dada a precedência e proeminência do princípio fundamental do respeito e da promoção da dignidade da pessoa humana, expressamente prescrito em nossa Constituição, sublinha o fato de que “o princípio da dignidade da pessoa humana como ‘conceito-chave de direito constitucional’ poderá ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o papel de motor do ‘desenvolvimento e ‘aperfeiçoamento’ da ordem jurídico-constitucional. Isto tanto por ‘impulso’ do legislador político democrático (entre nós, organicamente, a Assembléia da República e o Governo) como por parte dos órgãos específicos de controle da constitucionalidade, genericamente, os tribunais e o poder judicial”. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 192.

jurídico de adotar as condutas necessárias para a satisfação dos direitos.”¹⁰⁷ Tem-se compreendido que o estágio da positivação de direitos sociais ainda não seja suficiente para o reconhecimento da normatividade desses direitos, entendida como a potencialidade com que se dota certo enunciado normativo de vincular pessoas, permitindo, obrigando ou proibindo condutas¹⁰⁸, uma vez que a distribuição desses bens sempre estaria a depender da capacidade das receitas públicas disponíveis e do jogo notadamente político das prioridades de atendimento de cada uma delas.

Sabe-se que “*só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica*”. A regra jurídica, portanto, antecede a categorização do direito, já ou ainda não subjetivado, a depender da incidência da norma, pois que o antecessor lógico de um direito subjetivo não é propriamente o direito objetivo, a lei, mas o fato jurídico, como produto da ocorrência do fenômeno da incidência. Direito subjetivo “*já é efeito dos fatos jurídicos*”, é “*eficácia do fato jurídico; portanto, posterius*”¹⁰⁹.

Ocorre que as disposições normativas que estabelecem direitos fundamentais sociais nem sempre indicam com precisão quais os meios, os caminhos, quais as prestações e suas medidas, deverão ser adotados ou concedidas para sua satisfação, e essa é uma dificuldade que assalta não somente o legislador e o administrador, mas também o julgador quando instado por algum legislado-administrado-jurisdicionado a apreciar e deliberar sobre algum pedido de natureza *jusfundamental* social.

Decerto, a norma que preveja um direito social não escapa daquela equação lógica, mas os seus elementos integrativos nem sempre estarão delineados claramente num só fragmento normativo, ou encerrado em determinado subsistema ou seara do direito objetivo, como seria desejável e como ainda ocorre majoritariamente no estabelecimento de direito doutra natureza.

Ocorre que o direito regula as relações sociais entre pessoas jurídicas naturais ou fictícias, sejam estas orientadas por normas prestantes ao disciplinamento das

¹⁰⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 119/20.

¹⁰⁸ PARCERO, Juan Antonio Cruz, observa que a positivação dos direitos sociais costuma assumir a fórmula de normas jurídicas de índole principiológica – “*diretrizes o pociés*” – que não ordenariam uma ação específica, mas colimariam uma finalidade ou um “estado de cosas a alcanzar”, nisso consistindo, segundo esse autor, “un problema estructural de los mismos”. In *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales*. In Atria, Fernando, et al. *Derechos sociales. Discusiones*. Año IV – Número 4, p. 90.

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* – Campinas: Bookseller, 2000, pp. 50/51.

relações de natureza privatística ou públicas, e, por óbvio, quanto mais se complexam e se especificam essas relações, quanto mais se sofisticam os bens e direitos, já agora não mais limitados ao espectro individual, mas acentuadamente coletivos e difusos, presentes em face das grandes corporações privadas ou em face do Estado, mais também se exige da noção de ordenamento e de sistema jurídicos, porquanto dificilmente será possível apreender todo o fenômeno num único seguimento normativo.

Quer-se com isso chamar à atenção para a circunstância de que a normatividade dos direitos sociais ainda é também uma questão de previsão do suporte fático sobre o qual a norma invariavelmente incidirá e sobre cuja elaboração muito mais exigirá do intérprete do Direito (não somente o juiz) uma visão sistemática deste a fim de, ante as circunstâncias concretas de cada caso, prover (não no sentido criador senão de aplicador) de normatividade e, portanto, de justiciabilidade, a diversidade e peculiaridade dos diversos direitos sociais, fazendo com que a análise da suficiente configuração ou não do suporte fático daqueles inclua a “limitação de recursos econômicos do Estado”, a oportunidade, a idoneidade, a necessidade, a proporcionalidade *strictu sensu*, e, se, também, não representa, mesmo dentro de uma concepção eminentemente funcionalista, indevida invasão “à competência funcional dos órgãos políticos do Estado” por implicar desrespeito à independência e à harmonia das variantes funcionais do poder político.

Isso, como observa ARANGO, sem significar rejeição

à exigibilidade judicial *prima facie* dos direitos sociais. Ou seja, primeiramente, é possível reconhecer a exigibilidade judicial dos direitos sociais a partir da análise do seu suporte fático hipotético, independentemente da existência de uma norma positiva que prescreva a aplicabilidade direta; no segundo passo, é possível desenvolver as condições formais e materiais dos direitos sociais sem transformar o seu suporte fático hipotético em uma estrutura normativa impermeável às restrições econômicas e às objeções políticas que lhe são razoavelmente opostas.¹¹⁰

O que é indubitável, quando se trata de direitos fundamentais sociais, é que, por ter conteúdo prestacional, por vezes ainda indefinido *prima facie*, seu suporte fático, assim como os efeitos do fato jurídico, “*não resulta formulado ‘a priori’*. *Depende*

¹¹⁰ ARANGO, Rodolfo, **apud** MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 129.

*essencialmente do contexto em que esses direitos resultam concretizados, dos meios disponíveis, da riqueza acumulada, enfim, do estado da economia*¹¹¹.

O atual estágio eficaz em que se encontram imersos os direitos fundamentais sociais bem evidencia a necessidade de se perseguir, dogmaticamente, um ‘conteúdo jurídico-constitucional determinado’, do ponto de vista dos pressupostos fáticos e dos efeitos jurídicos, a fim de superar os entraves intelectivos no que concerne à plenitude da sua eficácia jurídica¹¹².

Por isso se diz que

o fato de que nem todos os direitos sociais sejam judicialmente exigíveis diretamente do Estado (o direito ao trabalho, por exemplo), ou que alguns não sejam individualmente exigíveis (o direito à moradia, por exemplo), e que uma argumentação especial deva ser desenvolvida para que o Poder Judiciário possa impor ao Estado a sua satisfação em cada caso concreto, significa apenas que os direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie* e não que não são direitos subjetivos *tout court*.¹¹³

Enfim, os postulados do positivismo jurídico não são incompatíveis com a salvaguarda de direitos fundamentais sociais, tampouco são estranhos ou imiscíveis a sua justificativa jusfilosófica, “*desde que a própria regra de reconhecimento deste sistema tenha incorporado, como critério de validade jurídica, princípios e direitos fundamentais sem renunciar às suas teses fundamentais*”¹¹⁴.

3.7 – MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO.

Na Constituição de 1988, como se sabe, em suas tábuas inaugurais, insculpiu-se elenco de direitos fundamentais, solenizando o Estado brasileiro, em seu mais elevado estatuto juspolítico, o compromisso com a promoção da dignidade humana e do bem estar social. A sede para a proclamação desses direitos não poderia ser outra senão a Lei Suprema, que paira e conforma a atuação e as relações do poder político.

¹¹¹ QUEIROZ, Cristina., *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006, p. 139.

¹¹² QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006, p. 142.

¹¹³ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 130.

¹¹⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 117.

Entretanto, afirma-se que isso foi um erro do Constituinte e esse erro originar-se-ia justamente do pendor analítico que se lhe emprestou a ponto de albergar extenso rol de direitos tidos por vezes de difícil e improvável consumação real. A esse suposto irrealismo material da Constituição atribui-se o baixo nível de eficacização jurídica de boa parte dos seus preceitos fundamentais. Preferia-se, então, vê-los transferidos à manipulação infraconstitucional sem o amparo da própria Constituição. E isso como forma de se resguardar a efetividade constitucional! Os direitos fundamentais sociais certamente continuariam sendo desatendidos, em sua maioria e em importante extensão, mas a crise não teria estatura constitucional, vale dizer, teme-se a repercutibilidade advinda da dignidade do estatuto fundamental, que por si só expõe, notabiliza e potencializa o déficit finalístico estatal, do que muito mais representa a vontade política de se mobilizar em favor da Constituição e dos valores e fins por ela contemplados.

Como se vê, a noção de supremacia da Constituição e o sentimento de respeito e submissão às suas prescrições são, ainda, em boa medida, simbólicos¹¹⁵: propõe-se reduzi-la até onde resolvam mover-se os atores políticos, e, com isso, assegurar muito menos a autoridade constitucional e muito mais a autoridade da pena a partir da qual se vertem muitas plataformas político-governamentais. Antes de se voltar em favor, volta-se contra a Constituição: esse pergaminho que insiste e renite em evidenciar e denunciar o desdém para com a vontade livre e as reais e mais elementares necessidades do Povo. Resta exposto que a crise que nos acomete não é uma crise do Estado, não é uma crise da Constituição, não é uma crise do Direito, é uma crise de estadistas^{116/117}.

¹¹⁵ NEVES, Marcelo, sobre o sentido negativo da constitucionalização simbólica, evidencia que “os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais”. Ou, ainda, que “a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de ‘socavar’ a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de viola-la contínua e casuísticamente”. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 85/86.

¹¹⁶ Retoma-se a citação de KONRAD HESSE, feita na nota ‘23’, quando este autor fala da “vontade constitucional”, conclamando a que esta deva ser “honestamente” preservada e solidariamente praticada, pois “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.”

¹¹⁷ JELLINEK, Georg: “as proposições jurídicas são impotentes para controlar a repartição estatal de poderes e que as forças políticas reais se movem segundo suas próprias leis, que atuam independentemente de todas as formas jurídicas”, *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 368.¹¹⁷

Os direitos estão proclamados e nada têm que os faça absurdamente inatingíveis. Eles já estão disponíveis com incomensuráveis sobras para uma pequena parcela da população, no caso brasileiro, que concentra grande parte do produto das riquezas nacionais. O desafio que se põe modernamente deixou de ser a enunciação de direitos, mas a densificação substancial dos direitos já proclamados¹¹⁸.

A esse desiderato impõe-se ter-se sempre presente, em toda manifestação do Estado, por qualquer das funções do poder público, seja na regulamentação do comportamento social relevante, seja na execução propriamente dita dos fins estatais primários ou, ainda, na aplicação jurisdicional do arcabouço legislativo, que a dignidade da pessoa humana é “uma proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”¹¹⁹ ou, ainda, que “toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”¹²⁰

A República Federativa do Brasil, cujo povo é a fonte única da qual promana todo o poder, compõe-se da união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como *fundamentos* a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

¹¹⁸ Nessa vertente, DWORKIN sustenta que “se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções” (fl. 286). Noutra passagem, exorta a que “talvez seja hora de ignorar as abstrações e nos concentrarmos, em vez disso, na tarefa de oferecer à maioria de nossos cidadãos uma nova compreensão de em que consiste o interesse de seu governo por seu bem-estar e do direito que eles têm de governar” (fl. 313). *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito).

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade* – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade* – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

Afirmar que algo é seu *fundamento* significa dizer que é por esse algo que se legitima, é reconhecer que é sobre esse algo em que se assenta, se sustenta, se inspira, que é a sua razão de ser e existir, que é desse algo que se parte sem jamais dele apartar-se, que é ele causa e (deve ser) consequência primeira, medial e derradeira, é dizer que sem ele não se é mais. Assim, se o povo de certo Estado, ou fração dele, vive no desamparo da indignidade humana, deslegitima-se o Estado, insignificativa-se a República, dessubstancia-se a Democracia e desnobre-se o Direito, ao menos para aquele imenso contingente que padece das vicissitudes mais elementares.

Daí que a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana não é mais uma norma, mais uma norma de índole principiológica. Há de se reconhecer naquele preceito constitucional o mais subido valor e fim a ser protegido e promovido por todo o arcabouço jurídico, pois que “a pessoa humana, que é o bem mais valioso da humanidade, estará sempre acima de qualquer outro valor”¹²¹.

Mesmo do ponto de vista normativo, da juridicidade, tem-se que se aperceber de que o postulado da dignidade da pessoa humana, “para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma definidora de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.”¹²²,

Assim, a sua patente função de viga mestra de sustentação do Estado Democrático de Direito converte-o em “fonte ética para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais.”^{123/124}

Tem-se, então, que o reconhecimento de direitos fundamentais traduz o preenchimento do significado substancial da dignidade da pessoa humana, pois que aqueles assumem o papel de enunciadores da sua integridade, ou que, pragmaticamente, da sua observância decorre a manutenção do estado natural e original da dignidade humana, mesmo porque *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e*

¹²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Direitos humanos e cidadania* – 2. ed. reform. – São Paulo: Moderna, 2004. – (Coleção polêmica), p. 09.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 68/69.

¹²³ Zisman, Célia Rosenthal, *Estudos de Direito Constitucional - O princípio da dignidade da pessoa humana* – São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 23.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo ressalta a altaneira importância do princípio da dignidade da pessoa humana “como direito positivo na compreensão e aplicação de mandamentos constitucionais”. *Teoria constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade* – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232.

direitos, como preconiza o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, desde 1948¹²⁵.

Dessarte, os direitos são tidos por fundamentais por que refletem necessidades essenciais, de modo que a renitente improvisação destas, a um ponto tal que instila o degradamento, implica a redução do ser humano, que involui instintualmente. A fundamentalidade dos direitos decerto consiste, portanto, em que “sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”¹²⁶. A concepção de *Direitos humanos* necessariamente há de levar em conta as condições e as possibilidades que promovem a generalidade das características imanentes ao gênero humano, sem descurar da especial e natural condição de cada pessoa individualmente considerada e, ainda, conjugando os recursos efetivamente disponibilizados a partir da organização social¹²⁷.

Fruto do desenvolvimento dessa compreensão é que surge a teoria do mínimo existencial digno, “não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital), mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável”.¹²⁸

À parte a advertência de KRELL¹²⁹, ao discorrer sobre a teoria do “mínimo existencial”, quando anota que a Corte Constitucional Alemã “deixou claro que esse ‘padrão mínimo indispensável’ não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como ‘sistema acabado de solução’, mas através de uma ‘casuística gradual e cautelosa’”, é

¹²⁵ Nesse sentido expressa Sarlet ao dizer que “ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”¹²⁵, ou, mais enfaticamente, “...sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade...” pois que “a noção de dignidade repousa na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto sujeito de direitos...”. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84. do mesmo modo sintetiza Dalmo de Abreu Dallari, para quem “a expressão *direitos humanos* é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana.”. *Direitos humanos e cidadania* – 2. ed. Reform. – São Paulo: Moderna, 2004. – (Coleção polêmica), p. 12.

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania* – 2. ed. Reform. – São Paulo: Moderna, 2004. – (Coleção polêmica), p. 12.

¹²⁷ PARCERO, sobre os direitos humanos, assinala que “tenemos que incorporar la idea de que sean razonablemente asegurados, lo cual significa que sean suficiente asegurados de acuerdo a los medios y circunstancias del sistema social relevante”. In *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales*. In Atria, Fernando, et al. *Derechos sociales. Discusiones*. Año IV – Número 4, p. 88.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

¹²⁹ *Direitos sociais e controle judicial no Brasil de na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”* – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 42/43.

factível visualizar, mesmo aprioristicamente, uma zona claramente delineada, um núcleo intangível pelo qual se identifica com alguma consistência realística e consequencial o espectro do que se convencionou intitular de mínimo essencial à persistência incólume da dignidade humana, em tempos atuais, tendo-se em mira a própria enunciação exposta na Constituição, que se traduz pelo respeito e preservação da vida, pelo reconhecimento como pessoa, sujeito de direitos, por meio da cidadania, da liberdade de fato, da igualdade de direitos e de oportunidades, da obtenção de moradia, de terra, de trabalho em condições justas, de formação educacional emancipadora e de saúde, assim como, exemplificativamente, afirma SARLET que “a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade”¹³⁰.

Por isso ALEXY fala da liberdade fática para o indivíduo, pois que “*para el individuo tienen importância existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existência mínima, el no estar condenado a um permanente no hacer nada y el no quedar excluído de la vida cultural de la época*”¹³¹.

Essa compreensão é compartilhada por SCAFF quando faz afirmação no sentido de que “para assegurar o ‘mínimo existencial’ no âmbito positivo (*status positivus libertatis*), é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as

¹³⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

¹³¹ *Teoría de los derechos fundamentales* – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 488.

demais parcelas da sociedade,”¹³² pois que “um regime genuinamente democrático pressupõe uma certa independência e segurança para cada pessoa.”¹³³

3.8 – INDIVIDUALIZAÇÃO DA VANTAGEM.

Ostentar ou fazer uso de um direito subjetivo consiste no poder jurídico de submeter o sujeito passivo relacional a comportar-se de modo a, desincumbindo-se do seu dever, satisfazer uma pretensão material, sendo esta o conteúdo genérico de todo e qualquer direito, inclusive os fundamentais sociais, para os quais “as obrigações de promoção caracterizar-se-iam pelo dever de promover e desenvolver as condições necessárias para que os titulares do direito possam aceder ao bem”¹³⁴.

Como se viu, em tópico anterior, há a crítica de que os direitos sociais não seriam legitimáveis individualizadamente, justamente porque são direitos de todos cuja fruição de um não se desprende da possibilidade da fruição de todos. Essa característica geral e abstrata, embora condizente *a priori* a toda sorte de direitos sociais, não rechaça que possa haver situações – ou direitos – que podem ser exigidos *de per se* e outros que cobram a reunião de todos os interessados. DIMOULIS admite que “as prestações estatais (dimensão objetiva) que realizam os direitos sociais podem ser prestações materiais que podem consistir no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde etc.) ou no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública)”¹³⁵.

É factível, em Direito, poder haver unissubjetividade ou plurissubjetividade em qualquer dos pólos de uma relação jurídica de direito material, de modo que tanto um dever pode ser encargo de um ou mais sujeitos, assim como um e mesmo tipo de direito

¹³² Scaff, Fernando Facury. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos* – Porto Alegre: Revista Interesse Público – Ano 7, n.º 32, julho/agosto de 2005, p. 219. Parcero, Juan Antonio Cruz, acentua que “los derechos humanos exigen cierto nivel de justicia distributiva tanto a nivel nacional como internacional, al menos para garantizar ciertos mínimos de bienestar que atañen directamene con la protección de la vida, la salud, la integridad y posibilitan el ejercicio de ciertas libertades fundamentales de las personas. In *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existência de los derechos sociales*. In Atria, Fernando, *et al.* Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 87.

¹³³ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

¹³⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 146.

¹³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

pode ser titularizado individualmente ou em conjunto: “são sujeitos de um direito em sentido técnico dois ou mais indivíduos quando o dever idêntico ao direito reflexo tem por conteúdo uma conduta em face de dois ou mais indivíduos, e quando o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever poder ser exercido por um *ou* por outro destes indivíduos – alternativamente, portanto – ou somente através de uma atuação conjunta de todos estes indivíduos – cooperativamente, portanto”.¹³⁶

Apesar de se recusar, por vezes, que seja possível prevê, *a priori*, em favor da efetividade de um direito fundamental de matiz social, mercê da índole principiológica da norma veiculadora, não somente as condutas a serem adotadas à sua consecução, mas também qual a porção, extensão, medida, ou seja, a qualidade e a quantidade necessárias e suficientes para que a sua disponibilidade e a sua fruição sejam compreendidas como constitucionalmente satisfatória, o que consistiria óbice a sua exigibilidade unipessoalmente, tem-se que esta não é necessariamente a hipótese de todos os direitos sociais, sob certas condições, pois que todos os destinatários têm direito ao mesmo gênero e espécie do bem da vida, que há de ser disponibilizado a cada um e a todos quantos deles necessitem, indistintamente, em porções autônomas que guarneçam todas as propriedades de determinada vantagem jurídica, sem que isso constitua rechaço seja à concessão espontânea pelo devedor, seja pela execução forçada, no exercício do poder jurídico em que se traduz o direito subjetivo.

Quanto à possibilidade de individualização do bem, no sentido da legitimidade igualmente individual para sua postulação, pode ser evidenciado em relação à segurança pública, na hipótese de alguém que se encontre em situação de risco iminente, como no caso de ameaça direta a sua integridade, ou daquele que habite local reconhecidamente perigoso pelas autoridades policiais, em que o legitimado é um só: este alguém ou grupo. Ou, ainda, no caso de uma parturiente, de nenhum ou exíguo recurso material, cujos riscos recomendem a sua imediata internação em unidade de terapia intensiva. Outros há cujo exercício, ou melhor, cuja exigibilidade é mais apropriada e ajustada a certo contingente populacional, como no caso do direito à moradia digna, mas, mesmo nesta hipótese, é possível vislumbrar situação individualizadora, como no caso de preenchimento dos requisitos a fim de obtenção de crédito a pessoas de baixa renda, sob

¹³⁶ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 153.

condições favoráveis, onde, a despeito de o crédito ser oferecido à coletividade de parques rendimentos, é possível defender-se uma posição jurídica particular em caso de exclusão, defendendo-se contra o retrocesso ou com base no princípio de defesa da isonomia. Nesse sentido, “costuma-se referir o exemplo de acordo com o qual para o particular, caso excluído arbitrariamente da fruição de uma determinada prestação já existente, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva, com o objetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se-lhe, ademais, o acesso à prestação pretendida”¹³⁷, seja como for, nesta última hipótese, ter-se-ia o direito fundamental da isonomia atuando em favor da obtenção em face do Estado de autêntico bem social.

Segundo DIMOULIS, “os direitos de *status positivus* ou sociais permitem **ao indivíduo** exigir determinadas prestações por parte do Estado. A essência desses direitos está na obrigação de atuação estatal em prol da melhoria nas condições de vida da população (política social). Exemplo: é dever do Estado garantir a todos o direito à saúde mediante políticas de prevenção e oferecimento de serviços de atendimento e tratamento médico (art. 196)”¹³⁸. Assim, o fato de várias pessoas encontrarem-se numa mesma situação de carência, numa relação com o estado, não é ontologicamente diferente da situação de um grupo de pessoas que se consorciam para adquirir de certo fornecedor uma quantidade de unidades de bem determinado, já que todos, em conjunto ou isoladamente, podem exigir a satisfação do crédito a que fazem jus, não sendo a pluralidade subjetiva impedimento a tanto, nem a circunstância de haverem contribuído diretamente para a aquisição tem o condão de alterar em essência o modo de cumprimento da obrigação ou de sua exigência.

O certo, enfim, é que não é juridicamente correto impedir a postulação da vantagem sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido por haver sido deduzido individualmente. O cumprimento da determinação legal e a satisfação do direito podem, e devem, até porque não impedidos pelo fato da pretensão unissubjetiva, ser subjetivamente abrangente, mas não se pode pretender esquivar-se ao atendimento pondo em oposição meramente teórica todos os interessados, sobrelevando-se um conteúdo negativista e estéril ao postulado constitucional da isonomia.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais* – 7. ed. rev. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2007, p. 320.

¹³⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 278.

3.9 – LIMITAÇÃO À ESFERA DE ATUAÇÃO DE OUTRO PELA IMPOSIÇÃO DE DEVERES POSITIVOS OU NEGATIVOS.

Para KELSEN, “apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um ‘direito’ a esta conduta. Sim, o direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro”¹³⁹.

Essa conduta determinada a que alude o referido autor, no que atende aos direitos sociais, e no caso brasileiro, é evidenciada não somente pela previsão expressa de uma série de direitos, e ainda pela estipulação explícita da eficácia imediata dos direitos fundamentais, mas também pela rigorosa disposição de que a Administração Pública deverá ser eficiente, sob pena de sua conduta refletir desobediência constitucional a ser aplacada, quando pouco, pelo mínimo da sanção invalidante, sem descuidar da necessária e indisponível (mas ainda não exercitada pelos organismos institucionais de defesa da cidadania, ou diretamente pelos próprios cidadãos) responsabilização pessoal do Administrador desidioso, por dolo ou culpa, em razão dos danos suportados pelos administrados mercê da falta oficial, em invocação e aplicação analógica do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal.

Destarte, a sindicabilidade e controle das condutas da Administração Pública, praticadas por intermédio dos seus agentes políticos, seja em qualquer outra instância ou em sede jurisdicional, constituem uma premissa básica do regime constitucional e do estado de direito democrático.

3.10 – RELAÇÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

A relação jurídica “é definida como relação entre sujeitos jurídicos, quer dizer, entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito”¹⁴⁰. Por essa razão, sempre que o ordenamento jurídico atribuir o poder jurídico para que alguém reclame jurisdicionalmente o cumprimento de uma prestação e a satisfação de um

¹³⁹ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 144.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 182.

direito tutelado daquele que agiu em desconformidade às suas prescrições, estar-se-á diante de “uma relação jurídica entre o indivíduo dotado deste poder jurídico e o indivíduo obrigado”¹⁴¹.

Onde a Constituição ou a lei delimita os elementos configuradores de uma relação jurídica, identificando os sujeitos, dispondo sobre o vínculo, as obrigações e prestações etc. tem-se a potencialidade do direito subjetivo. Não é – e não deve ser – diferente no que concerne aos direitos sociais, já que há sim uma obrigação positiva do Estado no sentido de atuar eficientemente. A Constituição então passa a ser de fato o astro central do firmamento político-jurídico, em torno do qual gravita o próprio Estado, em quaisquer das suas manifestações de poder político. Destarte, a Constituição consubstancia-se no vínculo jurídico originário e instituidor, disciplinador e regulamentador da relação obrigacional pública.

Dado que a Constituição tem seu núcleo essencial no estatuto dos direitos fundamentais, tem o Estado a obrigação constitucional de envidar todos os melhores e maiores esforços no sentido de implementar políticas públicas capazes de dar-lhes a máxima satisfação. No sentido dessa vertente positiva da atuação estatal, assevera MENDES que há, “inequivocamente, a identificação de um dever do Estado de tomar todas as providências necessárias para realização ou concretização dos direitos fundamentais”¹⁴².

A necessidade impositiva desse preenchimento eficaz do estatuto fundamental acomoda-se à compreensão que KRELL¹⁴³ admite acerca das intituladas normas programáticas, segundo a qual elas “prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas; no entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”. Nesse mesmo sentido é a aceção conferida por SARMENTO, para quem “as normas programáticas não são aforismos políticos, exortações retóricas, apelos sentimentais, promessas vazias, boas intenções ou expectativas de realização dos programas. Elas prescrevem deveres estatais que se consubstanciam pela intervenção

¹⁴¹ KELSEN, Hans [tradução João Batista Machado]. *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 185/6.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

¹⁴³ KRELL, Andréas J. *A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado/Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

dos órgãos legiferantes ou pela atividade concretizadora da administração pública e da jurisdição”¹⁴⁴.

Nesse mesmo sentido, assevera ALEXY que “en tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son realciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado”¹⁴⁵.

Identificados o vínculo, o obrigado e a obrigação, força é reconhecer que há um direito que lhes é correspondente e um sujeito que o titulariza: o direito, traduzido, imediatamente, no desempenho estatal eficiente e efetivo, e, mediatamente, no específico bem da vida; o credor, o povo, via de regra, carente e desassistido. Desse modo, se o componente executivo do Estado inadimplementa desarrazoavelmente a Constituição, tem o povo prejudicado a faculdade de exigir do componente jurisdicional do Estado o resguardo da Carta Política e, de conseguinte, a tutela do seu direito, constituindo grave ofensa à Constituição eventual postura de indiferença, sob o pretexto de se homenagear o princípio da “separação” dos “poderes”.

3.11 – POSIÇÃO ATIVA: O SUJEITO ATIVO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

Como restou consignado em tópico anterior, não é tarefa dificultosa identificar quem pode ser titular de certo direito fundamental social a partir das disposições constitucionais típicas, isto é, que é o sujeito de direito da relação obrigacional fundamental social. Por vezes a Constituição utiliza-se de termos abrangentes como “todos”, noutros casos refere-se a “desamparados”, ou, “a quem dela necessitar”, “crianças”, “adolescente”, “materno-infantil”, “incolumidade das pessoas”, que se traduzem em nortes seguros a essa individualização.

É certo que, entre uma e outra dessas denominações, a imprecisão do termo é próprio e apropriado à latitude da natureza da prestação e à projeção subjetiva da relação jurídico-obrigacional. Assim, o direito à segurança pública a fim de proteger a

¹⁴⁴ SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais* – Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01 – Maceió: Nossa Livraria Editora, janeiro/dezembro de 2005, p. 35.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 431.

incolumidade psicofísica é titularizado por todas as pessoas, obviamente que independentemente da sua situação social, devendo a Administração Pública laborar para que as pessoas e as áreas mais expostas e afetadas recebam tratamento conforme o postulado da isonomia.

Noutras circunstâncias, ou noutras espécies de direitos sociais, como a assistência social, é intuitivo, quando não vem expressado às claras, que os destinatários da ação governamental serão as pessoas que deles necessitem ou desamparadas, restando apenas a definição de quem seja necessitado para os fins prestacionais sociais.

De um modo geral, mesmo o direito de proteção à maternidade, à infância, à juventude, à educação, à saúde etc. de espectro universalista, do ponto de vista da atuação positiva governamental, em países marcados por concentração de riqueza, será priorizada aquela parcela da população destituída de condições socioeconômicas capazes de provê-las sem a intervenção estatal. Daí porque se dizer que a titularidade dos direitos sociais, via de regra, somente são reconhecíveis *in concreto*, em face da limitação orçamentária, vale dizer, não devem ser compreendidos *in abstracto* prestigiando-se até mesmo quem deles não necessite¹⁴⁶.

3.12 – POSIÇÃO PASSIVA: O SUJEITO PASSIVO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

Segundo Kelsen, é impróprio falar em relação se supra-ordenação e subordinação, na medida em que os indivíduos habilitados pelo ordenamento jurídico a criar ou aplicar normas jurídicas a elas se sujeitam tanto quanto os que não participam dessa função de poder político. Assim, supra-ordenação há entre as normas definidoras de obrigações e direitos, mas jamais entre uns e outros indivíduos¹⁴⁷, isso, por óbvio, num estado de direito democrático.

O estado é, sob todas as luzes, o principal devedor dos direitos sociais, pois que essa é a sua incumbência mor a par de ser um estado constitucional de direito democrático, que deve obediência máxima ao estatuto jusfundamentalsocial.

¹⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

¹⁴⁷ Kelsen, Hans. [tradução João Batista Machado]; *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 185.

Tem o Estado o dever de “agir no sentido indicado pela Constituição (**E** deve interferir na esfera **I**). De forma simétrica, o indivíduo tem o direito (positivo-subjetivo!) de receber algo, que pode ser material ou imaterial (**E** deve entrar na **I**)”¹⁴⁸. Por essa razão, “a efetivação dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos sociais constitui um dever fundamental do Estado, a ser cumprido por meio de medidas apropriadas”^{149/150}.

3.13 – PODER DE EXIGIR: JUSTICIABILIDADE.

Em precuciente síntese, Bernal¹⁵¹ expõe a evolução da doutrina alemã acerca da vinculabilidade e justicialidade das disposições enunciativas de direitos fundamentais sociais, classificando-as em cinco concepções mais representativas e significativas: (i) concepção programática; (ii) normas fins do Estado; (iii) deveres estatais objetivos; (iv) direitos definitivos e (v) direitos *prima facie*.

A *concepção programática* nega eficácia vinculativa do Estado às normas estatuidoras de direitos sociais, pois que somente serviriam de fonte ou inspiração para que os legitimados representantes democráticos do povo, o legislador ou o administrador (mas não o julgador), dispusessem, segundo seu arbítrio, sobre o conteúdo das leis ou da oportunidade, idoneidade, necessidade e proporcionalidade das políticas públicas, ou, quando muito, a fim de justificar eventual restrição à liberdade, de modo que a partir delas não se poderia extrair qualquer pretensão positiva em favor do indivíduo. O fundamento da *concepção programática* reside em que ditas normas são indeterminadas dado que se limitam a prescrever alguns fins institucionais sem

¹⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

¹⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 279.

¹⁵⁰ TIMM argumenta que “este é um papel essencialmente do Estado, como é típico do modelo *welfarista*, e mais especificamente é tarefa do Poder Executivo, mediante políticas públicas racionais e eficientes que levem a sério o gasto público (que inclusive poderá ser aprioristicamente controlado, via orçamento, pelo Ministério Público, pela organizações sociais etc)”... “o serviço público e a assistência social prestados pelo Estado ou por suas concessionárias ou permissionárias (neste último caso dentro da lógica do mercado) com o subsídio dos impostos é a forma mais eficiente de promoção do texto constitucional e, portanto, dos direitos sociais”. TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*. In org. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.]. **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 62/63.

¹⁵¹ PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “Existen derechos sociales? de Fernando Atria*. Discusiones, Año IV – Número 4, p. 117 e segs..

indicar os meios, apontar a oportunidade ou explicitar qual o nível de satisfatividade pretendido, tendo em vista as necessidades do indivíduo.

Ocorre que a liberdade de conformação legislativa ou administrativa só existe e faz sentido em prol do cumprimento dos fins constitucionais estatuídos no catálogo dos direitos e garantias fundamentais de liberdade e sociais, de modo que essa concepção falha em virtude de sobrepor o Estado à Constituição, conferindo às funções legislativa e executiva, no exercício das competências e atribuições econômicas, sociais e culturais, imunidade em face do princípio da supremacia da Constituição.

A concepção dos direitos sociais como *fonte de normas fins do Estado* parte do pressuposto de que existe sim um autêntico dever a cargo do Estado de alcançar ou contribuir para que se concretizem os objetivos positivados em sede constitucional, e, se isso é inegável, também há o dever de adotar as ações pertinentes a esse efeito, sendo certo que a inatividade total é, em princípio, incompatível com a Constituição.

A fim de superar a indeterminabilidade quanto à identificação dos meios, essa concepção recorre à noção de “conteúdo essencial”, afirmando que seria inconstitucional a opção legislativa ou administrativa que o desatendesse. O problema dessa concepção reside no fato da dificuldade de se identificar não somente os meios proporcionados e razoáveis tampouco logra definir em que efetivamente consiste o “conteúdo essencial” de cada direito fundamental social, a fim de que dito argumento não se revele artificioso e emascare o decisionismo judicial.

A concepção dos direitos sociais como *mandatos objetivos* intenta identificar os meios aos quais se obrigaria o Estado no sentido da consecução do fim social, estabelecendo a) uma proibição de inatividade absoluta; b) uma proibição de se adotar meios francamente inidôneos e c) uma proibição de redução das medidas eventualmente adotadas evitando-se a degradação da proteção já atingida (“proibição do retrocesso social”).

Como a sua própria designação sugere, em face da adjetivação “*objetivos*” posposta ao substantivo “*mandados*”, essa teoria, tendo em vista a indefinitividade normativa quanto aos meios idôneos à consecução do fim, desveste os direitos fundamentais sociais de um titular, resultando num espécime jurídico capenga haja vista que o seu cumprimento não pode ser exigido por meio do Direito, muito embora incorra em flagrante contradição ao categorizar seus critérios distintivos pelo modal proibitivo,

o que evidencia uma autêntica relação triádica: sujeito passivo e objeto, mas também o sujeito ativo.

A teoria dos direitos sociais como *direitos definitivos* ou como *posições jurídicas definitiva*, propõe que tais posições não são suscetíveis de restrição, não cedendo a qualquer outra razão que se lhes oponha, além de incluir um sujeito ativo plenamente dotado de direitos e pretensões.

Para essa concepção, o conteúdo dos direitos sociais consubstancia-se em alguns (i) deveres de abstenção, traduzidos em posição de defesa no sentido de que o legislador deve abster-se de restringir o direito dos cidadãos de se educarem, de trabalharem etc.; (ii) na proibição da inatividade legislativa extremada, (iii) na *igualdade* de participação nos direitos sociais derivados em face do legislador, quais sejam, aqueles não extraídos diretamente da Constituição (originários), mas provenientes das normas infraconstitucionais que desenvolvem as disposições insertas na Constituição, na medida em que a normatividade dos direitos sociais implica a obrigatoriedade de o legislador editar normas dispondo dos meios a fim de satisfazê-los em contrapartida ao direito subjetivo do indivíduo de obter um nível mínimo de produção legislativa, (iv) na satisfação de um mínimo existencial, como decorrência da atividade legislativa e administrativa que hajam estabelecido e provido as condições de satisfação das suas necessidades existenciais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, e, por fim, (v) na proibição do retrocesso social, no sentido da irreversibilidade seja da legislação posta em favor do desenvolvimento das disposições jusfundamentais sociais seja do grau de satisfação efetiva já alcançado pelos direitos sociais, tal como na noção assente de direito adquirido, a que se correlaciona um autêntico direito individual justiciável.

Essa concepção tem o mérito de coadunar à normatividade dos enunciados de direitos sociais a noção de subjetividade do direito, que se exerce em face do legislador e da administração, sem prejuízo do reconhecimento da precedência e liberdade do legislador na conformação daqueles direitos, mas tanto que quede respeitado o mínimo essencial digno.

Contra essa teoria também se erguem as críticas de padecer do problema do essencialismo, mercê da indeterminação do que seja isso (mínimo existencial digno), caso a caso, direito a direito, e de que a proibição da inatividade legislativa colidiria com a competência conferida constitucionalmente ao legislador para resolver sobre a conveniência e a oportunidade da produção legal, de modo que essa proibição deveria

ser compreendida como *prima facie*. Difícil é conceber, num histórico de mais de duas décadas de vigência de Constituição social democrata, como no caso brasileiro, que ainda não tenha surgido um único momento oportuno e conveniente para a implantação de determinado direito social. Àquelas críticas assoma-se a circunstância de que os direitos sociais estão sempre e permanentemente vinculados, dependentes e submetidos à reserva do possível, de modo que a noção de definitividade se incompatibiliza haja vista uma situação econômica deficitária, real e justificada. Por fim, aponta-se como inconveniente desta teoria o ato de que ao estipular o mínimo essencial como vinculante e intransponível, a contrário senso, o que não responder a esse mínimo, ou melhor, o que lhe sobejar, estaria despojado dessa obrigatoriedade e à mercê do arbítrio do legislador e do administrador.

Por fim, tem-se a teoria que concebe os direitos sociais como *direitos prima facie*. Por essa concepção, os enunciados de direitos fundamentais sociais, em princípio, conferem-lhes eficácia plena, mas que cedem a restrições, que são sempre originadas de limitações orçamentárias, desde que sejam ditadas pelo princípio da proporcionalidade¹⁵².

Como vimos de ver, à justiciabilidade dos direitos sociais costumam-se antepor objeções e críticas que por vezes se limitam à questão lógico-estrutural-eficacial do modelo normativo-constitucional que os veiculam, dizendo-o programático e sob cuja eficácia jurídica não se contempla, desde si, por si só e diretamente, a fruição do direito, senão que o põe numa categoria eficaz intermediária, de perspectiva e expectativa, quanto ao bem considerado em si mesmo, donde não se poderia extrair direito subjetivo das suas *quase* prescrições.

Outras objeções há que são, a rigor, pautadas em dados sócio-jurídicos efetivamente realísticos e pertinentes, tais como a circunstância de que a legitimidade democrática e institucional para dispor sobre os gastos públicos pertence primariamente às funções legislativa e executiva do poder político, de modo que a intervenção da função jurisdicional implicaria distorção da concepção competencial originariamente

¹⁵² Segundo PULIDO “el individuo tiene prima facie un derecho no a un mínimo sino a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para el cubrimiento de sus necesidades básicas. Pero esse máximo no es exigible al Estado de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan, y así se demuestre la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente”. In *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “Existen derechos sociales? de Fernando Atria*. Discusiones, Año IV – Número 4, p. 140.

concebida na Constituição e, de conseguinte, desorganização na Administração Pública; além das multireferidas reservas “orçamentária” e de “consistência”.

Desse modo, por sua natureza e predisposição, a função jurisdicional do poder encontrar-se-ia habilitada a prover e a compor a solução de conflitos intersubjetivos originados a partir de relações jurídico-materiais circunscritas ao tráfico particular de bens e direitos cujos efeitos são subjetivamente relativos e, que, por essa razão, o espectro da sua propagação social não tem potência para repercutir nas demais relações jurídico-sociais, seja entre os demais administrados-jurisdicionados, seja entre estes e o Estado, diferentemente do que sucederia quando a função jurisdicional fosse chamada a decidir e a compor conflito que, embora haja sido judicializado individualmente, está irremediavelmente imerso e envolto numa relação material subjetivamente difusa, como sói ocorrer na promoção e disputa pelos bens e direitos anotados em normas estatuidoras de direitos fundamentais sociais.

Inobstante a força argumentativa de tais premissas teóricas e o muito que têm de desejável fator dissuasório de uma distorcida concepção voluntarista e protagonista da função judicante¹⁵³, o fato, valorado normativamente e inescandível, consiste no déficit jurídico-eficaz, insistentemente duradouro, no que concerne à fruição mínima e razoável dos direitos econômicos, sociais e culturais para uma extensa parcela da população.

Assim, não se pode conceber que o direito posto permaneça jungido a uma concepção individualista sobre sua validade e eficácia. Aliás, veja-se que muitos – e de há muito – já são os avanços legislativos experimentados pela prática nacional premidos por fatores evolutivos sociais, como convém ao Direito, que igualmente arejaram a postura jurisprudencial, tais como os subsistemas de *defesa* do consumidor e de *proteção* do meio ambiente, o que pode e certamente virá a acontecer na seara dos direitos fundamentais sociais, a partir da prática jurisprudencial, da criação de juízos, promotorias, defensorias, advocacias e outros organismos afins especializados.

O argumento jus-político-social consequencialista da desorganização da Administração Pública a par de uma suposta e indevida intromissão judiciária

¹⁵³ PARCERO reconhece a possibilidade de a função jurisdicional julgar acerca de pretensões sobre direitos sociais, embora ressalte a conveniência natural e ordinária de que essas decisões sejam exercidas pelo legislador ou pelo executivo, haja vista que ditas intervenções implicam necessariamente um balanço a respeito do conjunto de outras finalidades sociais. *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. In Atria, Fernando, et al. Derechos sociales. Discusiones. Año IV – Número 4, p. 91.*

desigualizante não é mais jurídico-político-socialmente importante do que as funestas conseqüências marginalizadoras, inclusive e marcadamente econômico-financeiras, que necessária e inexoravelmente advém do desigualizador desamparo de condições emancipadoras mínimas e razoáveis de fruição dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Aqui, se está, portanto, no campo das repercutibilidades e conseqüencialismos que podem ser validamente ponderados.

A multiplicidade de decisões jurisdicionais que, num dado caso concreto e individual, deferem pedido popular *razoável* – muitas das vezes, e cada vez mais acentuadamente, postulados pelas Defensorias Públicas, em sua missão institucional de assistir juridicamente aos necessitados – diante da irrazoabilidade da insatisfação de certo direito social, há de ser seriamente considerada como um fator, um dado, um elemento empírico (micro-justiça) importante para a elaboração de políticas públicas apropriadas, ou, melhor, para que se imprima e conjugue os princípios da eficiência e da moralidade administrativas quando da alocação dos recursos (gastos) públicos, como um todo, e não apenas daqueles que já foram destinados à satisfação de específico bem ou direito fundamental social; além de impor, inafastavelmente, à eventual culpa *lato sensu* do agente público responsável a necessária sanção indenizatória reflexa, sem prejuízo das prescrições aflitivas doutras searas do Direito.

Diz-se justificável o predicado de um direito que se possa fazer valer por meio de uma ação judicial. É o ápice da proteção jurídica que tem início com a positivação, reforça-se com o preenchimento de normatividade até este poder de por a função jurisdicional a serviço da satisfação de uma posição juridicamente tutelada, quando se está diante da ameaça ou já propriamente da conduta, comissiva ou omissiva, a ela oposta.

Essa potencialidade judicializante sempre foi tida pela teoria do Direito de matriz positivista como integrativa do conceito de direito subjetivo.¹⁵⁴ Por essa razão, KELSEN afirma que “uma pretensão a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa fazer valer através de uma ação judicial”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 124.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans; [tradução João Batista Machado]; *Teoria pura do direito* – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 144.

Tal como o dever e o direito correlato, tal como a relação jurídica e o direito subjetivo, esse poder somente poderia advir do ordenamento jurídico. Assim, se todos os ingredientes que resultam na eficácia jurídica estiverem suficientemente descritos e positivados, estabelecendo um dever a ser cumprido por quem relacionalmente vinculado e obrigado, esta conduta normativamente prescrita e esperada, mas socialmente frustrada, ou o resultado prático equivalente ou, ainda, em se ultimando a sua impossibilidade, a indenizabilidade¹⁵⁶, pode ser objeto de execução estatal forçada, mediante pedido deduzido por meio de competente ação judicial¹⁵⁷.

Destarte, como a teoria do Direito elaborou a instituição do direito subjetivo a partir das relações jurídicas entre particulares, isso explica, segundo MELLO, que “a recusa do atributo da justiciabilidade tenha sido o acento tônico da doutrina constitucionalista que se seguiu ao processo de positivação dos direitos sociais na segunda metade do século XX. Aos direitos sociais recusava-se exigibilidade judicial porque a sua concretização exigia necessariamente uma lei que instituísse previamente a estrutura normativa básica para a sua satisfação no âmbito administrativo, e o momento e o conteúdo dessa lei dependia de escolhas políticas do legislador que não podiam ser invalidadas ou substituídas por juízes”¹⁵⁸. Com isso, a positivação não era por si só suficiente a conferir eficácia aos direitos sociais. Destarte, a inexigibilidade, antes de ser uma questão de ausência de autorização do ordenamento jurídico ao manejo da ação judicial, respondia a uma deficiência estrutural da norma, impeditiva da exigibilidade por essa via. Essa crítica se fazia sob o “argumento político que sustentava a necessidade de juízos políticos para a concretização de direitos sociais”¹⁵⁹.

Em prol da realização prática dos direitos fundamentais sociais tem o legislador o dever-poder de atuar incessantemente e com precedência, e, na seqüência, o administrador, a partir de prioridades e escolhas albergadas e justificáveis pela

¹⁵⁶ CF/88, art. 37, §6.º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁵⁷ ALEXY menciona que “si un titular de un derecho fundamental (a) tiene un derecho frente al Estado (e) a que éste realice la acción positiva (h), entonces, el Estado tiene frente a (a) el deber de realizar (h). Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.431.

¹⁵⁸ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 126.*

¹⁵⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005, p. 127.*

finalidade sócio-includente que anima a Constituição. Mas de modo algum isso pode significar incompatibilidade ao controle, injuntivo até, como *ultima ratio*, até porque a isso corresponde o predicado da harmonia das funções do poder político, sob pena de se correr o risco, no caso brasileiro manifesto e consumado, de que ditos direitos conformem-se à predatória conjectura política do mero apelo ao legislador, sem nenhuma impositividade, quando se sabe que “existe uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos”.¹⁶⁰

Não se trata, de modo algum, de transferir essa competência concretizante dos direitos sociais aos ombros da função jurisdicional, mas é ainda mais contrário ao Direito que a Constituição quede desatendida e sem nenhum socorro institucional legítimo. Desse modo, não é licenciosidade alguma, ao contrário, trata-se de definitivamente reconhecer o indisponível carácter normativo da Constituição, e, assim, inevitavelmente, atribuir a tais direitos “um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade. Ao mesmo tempo, ao órgão de controle exige-se-lhe que respeite as ‘decisões razoáveis’ tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do ‘Estado de Direito’ e o princípio da ‘separação de funções’”¹⁶¹ do poder político.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – Coimbra: Almedina, 2003, p. 478.

¹⁶¹ Queiroz, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 153.

CONCLUSÃO

O risco maior, no que respeita ao desembaraço das funções legislativa e administrativa, reside, pois, na maior indefinição e latitude com que se lhes apresentem os meios por via dos quais hão de perseguir os fins constitucionais, traduzidos, proeminentemente, em estabelecer as condições que propiciem a satisfação do estatuto constitucional fundamental social.

Essa margem de conformação posta à disposição da função governativa também não se lhe franqueia em homenagem aos agentes que lhe emprestam corpo, senão na perspectiva realística de que há situações e demandas absolutamente imprevistas, além de situações que, embora previsíveis, não se lhes é possível antecipar finamente a extensão e a gravidade, assim como, ainda que seja possível estimar-se, aproximada e previamente, o montante das receitas orçamentárias do qual disporá o Estado para os exercícios futuros, essa previsibilidade pode não se confirmar por fatores incontrolláveis, tais como o ambiente social, econômico, comercial e político externo e interno, intempéries etc., ou, ainda, de outro giro, os meios melhores por intermédio dos quais se atenderá à determinada demanda social, ante às especificidades tecnológicas e condicionantes econômicos, geográficos, políticos etc., por vezes, somente podem ser objeto de escolha quando ditas circunstâncias forem de fato oportunas a fim de se atender aos postulados administrativos constitucionais da eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade e igualdade.

Daí que a efetividade de certos empreendimentos jusfundamentais reclama uma apreensão das múltiplas variantes e nuances de macro e micro fenômenos sociais, a partir do contato mais direto com os fatos e os “dados empíricos”¹⁶².

Nesse mister, além dessa aproximação, impõe-se dotar o agente público, legislador e administrador, do cabedal necessário a habilitá-lo a extrair diagnoses, empreender prognoses e estabelecer prescrições que respondam ajustadamente ao múnus público que grava indissociavelmente a sua atuação, traduzido no desafio de dar efetividade satisfatória ao estatuto jusfundamental social.

Assim, não há dúvida do melhor aparelhamento da função governativa, por meio dos seus múltiplos organismos, tais como ministérios, secretarias, autarquias, fundações etc., no desembaraço do seu dever, pois que se parte do pressuposto de que aquela

¹⁶² MORO, Fernando Sérgio. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004, p. 222.

reuniu “os dados necessários, que deverá procurar principalmente em ciências não-jurídicas, valendo-se de peritos e dos estudos científicos que forem necessários para conferir à referida norma o desenvolvimento e a efetivação cabíveis”.¹⁶³

Por tudo isso é que o controle popular dos atos legislativos e administrativos por intermédio da função jurisdicional constitui-se medida excepcional. Mas a excepcionalidade dessa medida não pode ser prévia e abstratamente definida senão que casuisticamente trabalhada, ou seja, a excepcionalidade não é algo que se defina, quantitativa e meritoriamente, aprioristicamente. A excepcionalidade cede passo à medida em que restar documentado o desatendimento de um *dever ser* normativamente estabelecido na Constituição ou nos válidos atos normativos infraconstitucionais.

Excepcionalidade há não porque a função jurisdicional seria absolutamente destituída de legitimidade para decidir sobre demanda cujo objeto se traduza numa pretensão popular de efetividade, em alguma medida, de certo direito fundamental social, mas porque assim informa o princípio da independência dos poderes, tendo em vista que, em circunstâncias normais, será tormentoso, a uma decisão judicial que divirja *prima facie* da opção feita pelo legislador ou governante, atender ao requisito constitucional da substancialidade da fundamentação, pois que o sistema pressupõe e presume que a função governativa, principalmente, arrimou-se em conhecimentos extraídos de ciências não-jurídicas, de cuja intimidade nem sempre desfruta o julgador, isto é, no preenchimento do sentido da norma, ou na colmatação do suporte fático ante a latitude seja do antecedente, seja do conseqüente da norma, a função governativa goza de precedência.

Precedência que não se confunde com exclusivismo ou eliminação absoluta e intransponível, sendo certo que essa presunção só opera *prima facie*, dado que é relativa, e como tal, admite o sistema, como valência reconhecida, que se documente o contrário e, já assim sendo, o controle impõe-se, normativamente, vale dizer, onde for possível demonstrar que o ato ou a política estatal de fato não se arrimou em dados empíricos idôneos ou que a sua eventual motivação divorcia-se dos princípios constitucionais, há, inescandivelmente, ofensa ao direito do cidadão cuja defesa e tutela poderá perseguir por meio da função jurisdicional.

¹⁶³ MORO, Fernando Sérgio. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004, p. 221.

Da mesma forma que o sistema prevê a possibilidade de o povo, por meio da função jurisdicional do poder político, combater o desacerto das prognoses levadas a efeito pela função legislativa, com muito maior razão deve-se admitir esta mesma investigação quanto aos atos administrativos, tendo em vista que estes têm formal e ideologicamente um espectro de conformação e decodificação muito mais restrito que o típico do legislador.

O que não se admite é que uma decisão, meramente intuitiva ou voluntarista, despedada dos fundamentos normativo-constitucionais, ou, de outro giro, razoavelmente afinada com esses balizamentos conteudísticos, tomada pela função legislativa ou pela função governativa, pudesse ser substituída por outra decisão assim também tomada pelo juiz¹⁶⁴, pois que, aí sim, encontraria óbice no postulado da “independência dos poderes”, do qual é corolário a competência primária e originária daquelas funções juspolíticas para dispor sobre tais provisões.

É intuitivo, não há dúvida, que a esse controle imponha-se acentuada criteriosidade e racionalidade da função jurisdicional na análise de pretensões que, direta ou incidentalmente, se ponham a acoirar de inconstitucional as ações comissivas ou omissivas do Estado-Executivo, em sede de controle dos atos administrativos.

A exigência dessa sobrecuidela consta da advertência de MORO que, apesar de se referir ao processo de enunciação legal, também se ajusta ao processo de elaboração de políticas públicas. Confira-se:

O acerto das decisões judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes não pode, porém, prescindir das mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas. Se o legislador não prescinde delas quando do desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais no âmbito de sua função, não pode o julgador ignorá-las, submetido que está à reserva de consistência¹⁶⁵.

Esse controle pode ser feito (1) antes de haver ação governamental, isto é, quando não há específica política pública em execução a fim de atender determinada demanda fundamental, caracterizando a omissão estatal; (2) durante a elaboração do projeto de determinada política pública, quando a adequabilidade poderá ser aferida pelo apuro da prova da proporcionalidade entre meios e fins; e, naturalmente, posteriormente à implementação de uma determinada política pública, quando então os seus resultados já serão visíveis e, portanto, é plenamente possível cotejá-los com o

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 482.

¹⁶⁵ MORO, Fernando Sérgio. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004, p. 223.

quanto prognosticado, permitindo que sejam concretamente confrontados com as exigências constitucionais.

Tudo isso não escapa das forças e da sistemática orçamentárias. Mas, como observa SCAFF:

... não há total e completa liberdade (de conformação) do legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta liberdade do legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é *conformada* pela supremacia da Constituição.

O fato é que as formulações teóricas ambientadas em países centrais podem e devem, se ajustadas aos preceitos constitucionais locais de índole principiológica, subsidiar-nos na compreensão dos fenômenos e institutos jurídicos, na elaboração das regras pertinentes, na implementação de políticas públicas coerentes e na aplicação concreta do Direito Positivo, enfim.

O problema surge, em todos os casos de aplicação de proposições alienígenas, e em especial na seara dos direitos fundamentais, muito mais no que respeita ao substrato fático sobre o qual se inspiraram tais teorias, em cotejo com as circunstâncias nativas, do que com a receptividade teórico-dogmático-constitucional ou legal, cuja aferição de compatibilidade é muito menos tormentosa.

Quer-se com isso dizer que, num país central, onde os elevados índices de desenvolvimento humano evidenciam uma tradição de respeito e efetividade dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, certamente uma teoria sobre a possibilidade de controle popular-jurisdicional em torno de políticas públicas há de estipular uma série de requisitos restricionistas, pois que, a julgar pela satisfatividade, satisfatoriedade e consolidação dos resultados sociais, há uma sensação de respeito aos postulados constitucionais e, de conseguinte, um sentimento de confiabilidade institucional na instância governativa.

Aqui, esses rigorismos também hão de pautar dito controle. Ocorre que o substrato fático-social demonstra, às escâncaras, não somente que há um incrível déficit no que diz respeito à efetividade jusfundamental, mas também que existe uma das piores distribuições de renda, um índice alarmante de corrupção, diante de uma das maiores economias mundiais.

É preciso reconhecer que no Brasil, muitas das vezes, o problema do enfrentamento e solvibilidade da demanda fundamental é muito mais de absoluta ausência, ou de carência e timidez, do que propriamente meritório.

Assim, é justamente a notoriedade desse déficit que autoriza o controle popular por meio da função jurisdicional do poder político, uma vez que, além de denotar a inefetividade constitucional – que pode ou não se revelar constitucionalmente justificado – generaliza a sensação de desconfiança na função executiva do poder político.

Nesse contexto, ressalta ALEXY, “en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”.¹⁶⁶

Em síntese: os estreitos requisitos restricionistas de lá até podem ser repetidos cá, e nada mudará na percepção e na constatação *prima facie* de que tais condicionantes estão postos e satisfeitos, autorizando e reclamando que se empreste vazão ao controle popular-jurisdicional.

A par disso, a quem interessar juridicamente ingressar com ações e pedidos dessa natureza¹⁶⁷ não deve contentar apenas a evidenciação do desatendimento do direito, que por vezes, frise-se, é notório, mas, *se possível*, é recomendável que se cerque de elementos, inclusive orçamentários, idôneos a demonstrar a equivocada eleição de prioridades e a inadequação e distorção da destinação das receitas públicas, além da efetiva existência destas, presente ou futura.

Além do mais, é desejável que também exerça a crítica às diagnoses, prognoses e prescrições levadas a efeito pela instância governativa, confrontando-lhes e propondo-

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 496/497.

¹⁶⁷ TIMM adverte que é “a ação coletiva que enseja a consideração dos efeitos da decisão para a sociedade. Vários interesses em jogo poderiam ser ponderados com a participação de vários entes políticos e sociais como se daria por meio do instituto do *amicus curiae* (ou seja, terceiros interessados na lide poderiam participar do feito, trazendo dados, cálculos, argumentos)”. TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*. In org. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.]. **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 67.

lhes outras substitutivas, explicitando-lhes e esclarecendo-lhes as vantagens e o apreço constitucional.

Em reforço de tudo isso, deve sempre ser invocada a supremacia vinculativa do estatuto jusfundamental, ao qual se assujeita o Estado, de modo a permitir o privilégio processual da inversão do ônus probatório, em proveito do interesse público, traduzido na satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, o Estado ficará invariavelmente obrigado a demonstrar cabalmente que a sua postura é a que de fato melhor atende ao princípio constitucional da eficiência. Mas disso não irá desvencilhar-se com alegações simbólicas de que padece de insuficiência de meios, ou de que o controle é ilegítimo e ofensivo ao princípio da independência dos “poderes” ou da “reserva de consistência”.

Terá de iniludivelmente enfrentar o mérito propriamente dito da questão, abrir os orçamentos, promover encontro de contas, evidenciar as receitas que estão sendo destinadas a satisfazer interesses subalternos, dos quais é exemplo a assombrosa soma de recursos públicos gastos não em campanhas oficiais informativas, mas em propagandas oficiosamente auto promocionais ou na contratação de um número assombroso de cargos comissionados etc., sob pena de procedência da ação, sem prejuízo da responsabilização administrativa, civil e penal do gestor público desidioso (art. 37, §§ 4.º e 6.º, CF/88).

Por fim, há de se permitir plena liberdade probatória do julgador, sendo-lhe lícito recorrer, inclusive, às percucientes contribuições científicas e às experiências dos expertos, de organismos não governamentais idôneos e de reputação ilibada, que lidem diretamente com a demanda social objeto da disputa etc., a fim de se cercar do cabedal heterônomo que o habilite a fundamentar e prescrever medidas assuntivas e pontuais da elaboração e execução de políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, VÍTOR, CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles* – Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALEXY, ROBERT. *Teoria de los derechos fudnamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *O direito: introdução e teoria geral*, 2.ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, HUMBERTO BERGMAN. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZAMBUJA, DARCY. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Globo, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Discricionariiedade e controle jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

BARBIERI, MARCOS ANTÔNIO LIMA. *Os princípios na teoria do direito*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERGEL, JEAN-LOUIS. *Teoria geral do direito*; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – 2.ed. – São Paulo – Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoria da norma jurídica* – trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Sudatti – aprest. Alôr Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

BONAVIDES, PAULO. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição* – Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoria geral do direito*, (tradução Antônio Carlos

CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência* – 3.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO E COSTA, FLÁVIO DINO DE. *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*, Administrativo, Constitucional e Previdenciário – IP 28.

CLÉVE, CLÉMERSON MÉRLIN. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais / O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Sampaio, José Adércio Leite – Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, DIMITRI. *Manual de introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, DIMITRI; MARTINS, LEONARDO. *Teoria geral dos direitos fundamentais* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DINIZ, MARIA HELENA. *Conceito de norma jurídica como problema de essência* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, KONRAD. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IVO, GABRIEL. *Norma jurídica: produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito* [tradução João Baptista Machado] – 5.^a ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, ANDRÉAS J. *A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado/Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, ANDRÉAS JOACHIN. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KRELL, ANDRÉAS J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo* – Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2004.

LOPES, JOSÉ REINALDO DE LIMA. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

LOPES, JOSE REINALDO DE LIMA. *Direitos sociais: teoria e prática* – São Paulo: Método, 2006.

MELLO, CLÁUDIO ARI. *Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* – Os desafios dos direitos sociais – Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 56 – set./dez., 2005.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 12.^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, J. J. PONTES DE. *Tratado de direito privado*, v. 1, Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, J. J. PONTES DE. *Comentários à Constituição de 1967 – t. 1 – 2.^a ed. rev.* São Paulo: RT, 1970.

MORO, SÉRGIO FERNANDO. *Jurisdição constitucional como democracia.* São Paulo: RT, 2004.

NEVES, MARCELO. *Teoria da inconstitucionalidade das leis.* São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, MARCELO. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIÇARRA, NUNO, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução,* Coimbra: Coimbra editora, 1989.

QUEIROZ, CRISTINA. Artigo: *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade.* In *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

QUEIROZ, CRISTINA. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RONALD, DWORKIN. *Levando os direitos a sério.* Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito).

ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. *Princípios constitucionais – 1.^a ed. seg. tir. (com acréscimos) –* Porto Alegre: Safe, 2003.

SALDANHA, NELSON. *Formação da teoria constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais – 7. ed. rev. Atual. E ampl. –* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, INGO WOLFGANG, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988/.* 4. ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, INGO WOLFGANG; TIMM, LUCIANDO BENETTI, BARCELLOS, ANA PAULA DE... [et al.]. *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

SARMENO, GEORGE. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais –* Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01 – Maceió: Nossa Livraria Editora, janeiro/dezembro de 2005.

SCAFF, FERNANDO FACURY, *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos* – Porto Alegre: Revista Interesse Público – Ano 7, n.º 32, julho/agosto de 2005, p. 219.

SGARBI, ADRIAN. *Teoria do direito (primeiras lições)*; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SICHES, LUIS RECASÉNS. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1997.

STRECK, LENIO LUIZ, La Jurisdicción Constitucional y Las Posibilidades de Concretización de Los Derechos Fundamentales-Sociales, *Teoría y realidad constitucional*, N° 16, 2005, páginas 241-272, ISSN 1139-5583.

TELLES JÚNIOR, GOFFREDO. *Iniciação na ciência do direito* – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

VASCONCELOS, ARNALDO. *Teoria da norma jurídica* – 6ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, LOURIVAL. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, Prefácio.