



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS III  
CENTRO DE HUMANIDADES  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E  
DEMOCRACIA**

**RODRIGO DIAS MEIRELES**

**O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**GUARABIRA – PB  
2013  
RODRIGO DIAS MEIRELES**

# O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização **em Direitos Fundamentais e Democracia** da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientador: Prof. Me. Antônio Cavalcante da Costa Neto

GUARABIRA – PB  
2013

M233p

Meireles, Rodrigo Dias

O Papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais sociais / Rodrigo Dias Meireles. – Guarabira: UEPB, 2013.

60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direitos Fundamentais e Democracia) Universidade Estadual da Paraíba.

Orientação Prof. Msc.. Antônio Cavalcante da Costa Neto.

1. Constitucionalismo 2. Democracia 3. Direitos Fundamentais Sociais. I. Título.

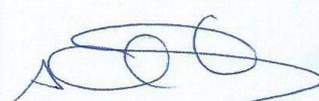
22.ed. CDD 342

RODRIGO DIAS MEIRELES

## O PAPEL DA JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

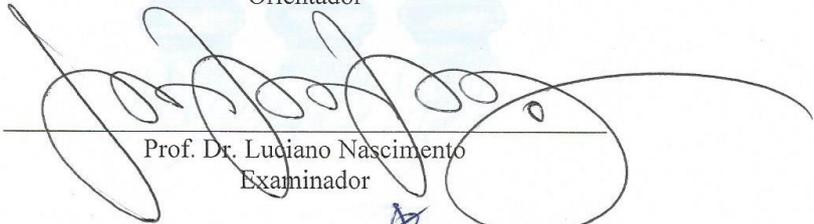
Monografia apresentada ao Curso de Especialização em **Direitos Fundamentais e Democracia** da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovada em 18/05/2013.



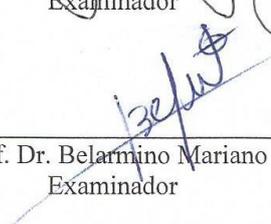
---

Prof. Me. Antônio Cavaleante da Costa Neto / UEPB  
Orientador



---

Prof. Dr. Luciano Nascimento  
Examinador



---

Prof. Dr. Belarmino Mariano  
Examinador

## DEDICATÓRIA

À minha querida filha, Sofia Leite Meireles, grande alegria da  
minha vida, DEDICO.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, princípio e fim de todas as coisas, por ter me dado força, coragem e discernimento para vencer esse desafio.

Ao meu pai Paulo Roberto Agostinho Meireles e à minha mãe Girlande Dias Meireles, por serem sempre um porto seguro onde posso descansar tranquilo.

À minha esposa Maraíza Conceição Leite Meireles, companheira de todas as horas e grande incentivadora dos meus projetos de crescimento pessoal.

À minha filha Sofia Leite Meireles, por tolerar minhas ausências quando necessárias.

Aos meus irmãos Renato Dias Meireles, Daniele Dias Meireles e Dayanne Dias Meireles, pela fraternidade que nos une.

Ao Professor Me. Antônio Cavalcante da Costa Neto, pela paciência, compreensão e grande atenção a mim dispensadas nesta orientação.

Aos professores do Curso de Especialização em Direitos Fundamentais e Democracia da UEPB, em especial, Agassiz Almeida Filho, Belarmino Mariano e Luciano Nascimento, que contribuíram ao longo desta Especialização, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstram que é impossível identificar-se o direito com a lei, pois há princípios que mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se para todos aqueles para os quais o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura como primeiro plano a justiça (PERELMAN, 1998. p. 95).

## RESUMO

O pensamento jurídico ocidental vive um momento de muitas transformações a partir das consequências advindas do segundo pós-guerra. Com a centralidade que passou a ser atribuída às constituições dentro dos ordenamentos jurídicos, ganha ênfase a missão da jurisdição constitucional de resguardar e garantir a máxima efetividade dos dispositivos constitucionais. Com isso, o polo de tensão da sociedade tem se dirigido cada vez mais do Legislativo e Executivo para o Judiciário que tem se deparado, muitas vezes, com a necessidade de intervir em áreas de atuação dos outros poderes com a finalidade de garantir o estrito cumprimento da Constituição. Nesse contexto, ganha força a discussão quanto à legitimidade da atuação da Jurisdição constitucional em cenários antes reservados aos poderes Legislativo e Executivo que têm o respaldo das investiduras eletivas. Dessa forma, discute-se a existência de possível tensão entre constitucionalismo e democracia. Nesse ambiente, um tema que representa muito bem todo esse conflito e essa necessária redefinição por que passa a teoria da separação dos poderes do Estado, é a questão da efetivação judicial de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Tais direitos são normalmente ligados à definição e aplicação de políticas públicas, que são de competência originária dos poderes Executivo e Legislativo. Contudo, diante da inércia dos referidos poderes, o Judiciário tem sido, cada vez mais, chamado a garantir através da tutela jurisdicional a efetiva concretização dos referidos direitos sociais. A legitimidade e a forma dessa atuação constituem o objeto principal do presente trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Democracia. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais Sociais.

## ABSTRACT

The Western legal thought is experiencing a period of many transformations consequences resulting from the second post-war. With the centrality that has to be attributed to the constitutions within the jurisdictions becomes important mission of protecting the constitutional jurisdiction and ensure maximum effectiveness of constitutional provisions. With that, the pole of tension society has more and more directed the Legislative and Executive to the Judiciary which has encountered **many times** with the need to intervene in areas in which the other powers in order to ensure strict compliance the Constitution. In this context, the argument gains strength as to the legitimacy of the action of the Constitutional Jurisdiction in scenarios previously reserved for legislative and executive branches that have the backing of endowments electives. Thus, it discusses the existence of possible tension between constitutionalism and democracy. In this environment, a topic that is very well throughout this conflict and this necessary redefinition by passing the theory of separation of state powers, is the question of judicial execution of social fundamental rights. Such rights are usually connected to the definition and implementation of public policies that are of original jurisdiction of the executive and legislative branches. However, due to the inertia of those powers, the judiciary has been more and more called upon to ensure judicial protection through the effective implementation of these social rights. The legitimacy and the form of this action are the main subject of this work.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Democracy. Separation of Powers. Fundamental Social Rights

## SUMÁRIO

1	<b>O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	13
1.1	Processo Histórico de Consolidação da Jurisdição Constitucional no Mundo Ocidental.....	13
1.2	Constitucionalismo e Democracia.....	19
1.3	Procedimentalismo <i>Versus</i> Substancialismo e uma Nova Configuração da Teoria da Divisão das Funções Típicas de Estado.....	22
1.4	Neoconstitucionalismo.....	28
2	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	35
2.1	Distinções entre Direitos de defesa e Direitos a prestações.....	35
2.2	A eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	38
3	<b>LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	42
3.1	A teoria da reserva do possível.....	42
3.2	A legitimidade para a definição de políticas públicas e para a destinação dos recursos públicos.....	45
3.3	O mínimo existencial.....	49
3.4	A intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais sociais.....	52
4	<b>CONCLUSÃO.....</b>	57
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	59

## INTRODUÇÃO

As sociedades atuais, notadamente as ocidentais, têm assistido, nas últimas décadas, a um conjunto de transformações na organização das esferas de poder político dos Estados.

Percebe-se a cada ano, um deslocamento cada vez maior, do polo de tensão da sociedade em direção ao Judiciário, que, no exercício da jurisdição, tem, em muitos casos, adentrado em searas anteriormente reservadas à deliberação exclusiva do Legislativo e do Executivo, que são caracterizados pelo respaldo das investidas eletivas, considerados, portanto, como verdadeiros representantes do povo.

Ocorre que o constitucionalismo ocidental, exurgente do 2º pós-guerra, que veio a efetivar-se no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, promoveu verdadeira revolução no direito constitucional ocidental, a partir do reconhecimento do poder normativo dos dispositivos constitucionais, que passaram a resguardar o núcleo fundamental da organização político-social estatal, atribuindo-se à jurisdição constitucional a missão suprema de tutelar tal núcleo fundamental, inclusive contra a intervenção dos demais poderes do Estado.

Nesse contexto, ganha força a discussão acerca da legitimidade dessa atuação interventiva da jurisdição constitucional, com poder, inclusive, para anular atos jurídicos advindos dos demais Poderes do Estado. O ponto fundamental do questionamento quanto à legitimidade retro-referida, reside na seguinte questão: Como se admitir a atribuição de competência ao Judiciário, que por essência não é eleito pelo povo, para anular atos aprovados pela maioria democrática, formalmente legitimada, bem como para decidir sobre aplicação de recursos públicos, matérias de competência originária dos outros dois poderes da República?

Esse trabalho pretende promover uma análise e fomentar a discussão sobre a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional. Inicialmente, apresenta no primeiro capítulo, um resgate histórico da formação da jurisdição constitucional no mundo ocidental. Em seguida, trás uma discussão sobre a existência ou não de contrariedade entre o constitucionalismo e a democracia. Promove ainda, uma exposição sobre duas correntes de pensamento que se afiguram antagônicas no que respeita ao papel que deve ser exercido pela jurisdição constitucional, que são as correntes de pensamento procedimentalista e

substancialista. E ainda, apresenta uma visão sobre o neoconstitucionalismo atrelado a uma compreensão substancialista do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional.

No segundo capítulo trata de algumas categorizações relativas aos direitos fundamentais sociais inicialmente estabelecendo diferenças clássicas entre os considerados direitos de defesa e os direitos a prestações e em seguida apresenta alguns aspectos relacionados à eficácia dos direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, adentra especificamente na discussão sobre os limites e possibilidades de intervenção do Poder Judiciário da efetivação de direitos fundamentais sociais. Inicia com a exposição dos contornos que envolvem a teoria da reserva do possível, passa pela discussão sobre a legitimidade na definição de políticas públicas, trata sobre a questão do mínimo existencial e por fim aborda a questão propriamente dita da intervenção judicial na efetivação de direitos fundamentais sociais.

Este trabalho tem uma linha de pesquisa de índole instrumental-dogmática, por se mostrar a mais adequada aos propósitos de desenvolvimento da temática, na medida em que esta, por abordar as possibilidades de intervenção judicial na efetivação de direitos fundamentais sociais, volta-se essencialmente ao ordenamento jurídico interno. Assim, frente à significativa contribuição desse debate para o Direito Constitucional, sobretudo para o os Direitos Fundamentais, a compreensão será auxiliada pela exposição das principais posições doutrinárias que tratam do tema.

Quanto aos métodos de abordagem, optou-se, como comumente adota-se na elaboração dos trabalhos científicos, pelo método dedutivo, ou seja, aquele que parte de premissas gerais – neste caso, a jurisdição constitucional, neoconstitucionalismo, pós-positivismo, direitos fundamentais sociais, para chegar aos temas específicos, tais como os limites à atuação do da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais sociais, dentre outros. A possível utilização de outros métodos, todavia, não está rechaçada, pelo contrário, pois que sua combinação pode prover a pesquisa de maior dinamicidade.

Os métodos de procedimentos selecionados serão essencialmente o interpretativo, eis que a questão deve ser analisada de forma sistemática, dentro de todo o ordenamento jurídico; o método histórico, empregado no estudo da evolução histórica da consolidação da jurisdição constitucional no mundo jurídico ocidental.

Por derradeiro, as técnicas de pesquisa de que se fará uso são a seguir discriminadas: investigação bibliográfica em obras jurídicas, pesquisa jurisprudencial, artigos científicos disponibilizados na internet, publicações periódicas e revistas especializadas; será

também empregada a pesquisa nas codificações e microssistemas legais que versem sobre o tema, em especial a Constituição Federal e o Código Eleitoral.

Trata-se de tema bastante relevante no contexto jurídico ocidental atual. A ciência jurídica vive um momento de muitas transformações que passam necessariamente pela nova visão acerca do papel a ser ocupado pela Constituição no contexto do ordenamento jurídico. Como a jurisdição constitucional é que recebe a missão de dar efetividade a essa Constituição, é imperiosa a análise cuidadosa acerca da legitimidade dessa atuação na atual quadra da história.

## CAPÍTULO I

### 1. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

#### 1.1 Processo Histórico de Consolidação da Jurisdição Constitucional no Mundo Ocidental.

Inicialmente faz-se mister o esclarecimento de que o presente tópico, em razão da temática abordada neste trabalho, destina-se a fazer uma breve digressão histórica, visando destacar os principais aspectos da evolução e difusão da ideia de jurisdição constitucional. É conveniente a explicação de que a jurisdição constitucional, não se confunde com o constitucionalismo, uma vez que surgiram em momentos distintos.

A ideia de Constituição, sob a perspectiva de uma norma fundamental que serve de parâmetro para a totalidade do ordenamento jurídico, remonta a antiguidade, conforme lições Horta:

A ideia de Constituição despontou no mundo antigo, preocupando Aristóteles, penetrou na Idade Média com a Magna Carta e ganhou conteúdo mais nítido e preciso na elaboração doutrinária do conceito de Lex Fundamentalís, nos séculos XII e XIII (HORTA, 1999, PAG. 119).

Contudo, a ideia de jurisdição constitucional relacionada à atribuição ao Poder Judiciário<sup>1</sup> de competência e legitimidade para atuar politicamente como forma de garantir o respeito às normas constitucionais, mesmo perante os demais poderes do Estado, é produto da modernidade, com alguns pequenos sinais embrionários no medievo.

Ainda em relação ao surgimento da ideia de constituição vale destacar, segundo Eneida de Brito Taquary que:

O direito ateniense já diferenciava nómos, lei em sentido estrito, de pséfima, que possuía o sentido de decreto. O nómos somente poderia ser alterado em casos

---

<sup>1</sup> Sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível distribuindo-se apenas as funções de se exercício, utilizaremos a expressão, em alguns momentos, por tratar-se de terminologia consagrada na doutrina.

extremos e que, realmente, demonstrassem ser necessários. A assembléia popular (ecclésia) poderia propor a elaboração de leis, mas as ordinárias, que possuíam as características de psefismata, jamais deveriam ser contraditórias ou afrontar os princípios das nómoi. (...) em um conflito estabelecido entre uma lei de caráter constitucional (nómos) e uma lei ordinária (pséfima), deve prevalecer a primeira.

Entre os medievos, não se pode deixar de mencionar a influência direta e preponderante da doutrina jusnaturalista sobre o controle das leis, disseminando a idéia de que o direito natural era norma superior e fonte primária de todas as outras e que impunha ao julgador a sua obediência e até a sua “desaplicação” quando com ela se conflitava ou descumpria um preceito de direito natural. Não obrigava, pois, o julgador (TAQUARY, 2008, pag.217).

Nesse sentido, cabe destacar que, com o declínio da Igreja católica, no fim da Idade média, e com o fim da era mitológica, os homens passaram a exigir uma explicação de ordem racional para a situação concreta de obediência política. É nesse momento que se admite propriamente o surgimento do constitucionalismo, que buscará dirigir para a Constituição a soberania do Estado, que até então estava atrelada a uma ordem jurídica acima dos homens.

A partir da necessária distinção feita acima, cabe agora retomar o foco do presente tópico qual seja, o surgimento e o desenvolvimento da ideia de jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a supremacia de uma Lei em face da outra, ou de uma Categoria do direito em face da outra, com reconhecimento por parte do Poder Judiciário dessa supremacia e conseqüente possibilidade de decretação de invalidade de determinada norma por incompatibilidade com norma superior, encontrou sua origem próxima na Inglaterra do século XVII, quando ganha destaque a doutrina inglesa de *Sir Edward Coke*, sobre a supremacia da *common law* em relação ao *statutory law* (TAVARES, 2005, P.50).

Edward Coke era um juiz inglês da *common law*, no início dos anos de 1600, que estimava tanto esse sistema jurídico quanto a Dinastia dos Stuarts<sup>2</sup> estimava o direito divino e o Parlamento estimava suas próprias prerrogativas. Nesse contexto, aquele juiz, no famoso *Bonham's case*, que os autores datam de 1610, lançou os fundamentos da supremacia judiciária, admitindo expressamente que a *common law*, aplicada pelos juizes, pode declarar insanavelmente nula a lei do parlamento (*statute law*) quando ela for contrária ao *common right and reason* (HORTA, 199, pag.144 e 145).

Naquela época, travava-se, na Inglaterra, uma batalha política pela soberania estatal disputada entre o parlamento, o judiciário e a monarquia decadente. Apesar da postura

---

<sup>2</sup> Monarquia inglesa governante da época.

de Edward Coke, valorizando o judiciário em defesa da *common law*, com a assinatura do *Bill of Rights* em 1689, consagra-se a supremacia parlamentar com a anuência dos juízes ingleses, que viam no Parlamento a solidez necessária para substituir a soberania monárquica, sistema que perdura até os dias atuais naquele país, onde o parlamento é absolutamente soberano, sem que praticamente exista jurisdição constitucional, uma vez que o judiciário não está autorizado a invalidar atos oriundos do Poder Legislativo.

Contudo, tal fato não diminui, em nada, a importância de Sir. Edward Coke, como defensor embrionário da jurisdição constitucional contemporânea, mesmo considerando que, em sua realidade, não existia Constituição escrita, como até hoje não existe na Inglaterra, mas existia a *common law* que, para Edward Coke, representava a ordem fundamental vigente que necessitava ser defendida.

Mais adiante, seguindo o curso da história, merece destaque já na França pré-revolucionária e mesmo depois da revolução francesa, como um grande precursor do constitucionalismo, a figura de *Abbé Sieyès* que, naquele momento histórico, já defendia a existência de duas ordens de poderes: “O poder constituinte e os poderes constituídos. Ao primeiro ficaria o estabelecimento da Lei Fundamental e aos poderes constituídos, o estabelecimento da legislação ordinária” (HORTA, 1999, p.122).

Na convenção de 1793 em que o constituinte francês sentira a necessidade de uma sanção que paralisasse os atos violadores da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, *Abbé Sieyès* propôs a ideia de controle de constitucionalidade, sugerindo a criação de um poder especial dotado de atribuição para anular atos e leis contrárias à Constituição. (HORTA, 1999, p.147).

Segundo Horta (1999, pag.133), a proposta de *Abbé Sieyès* foi recusada, sob a acusação de que tal Poder, sugerido pelo mesmo, figurar-se-ia monstruoso, com possibilidade de atentar contra os demais poderes. Contudo, a Constituição do Ano VIII, no seu Título II, consagrou a ideia de *Sieyès*, embora tenha afastado o modelo por ele proposto pela criação do chamado “*Senat Conservateur*” (Senado Conservador), órgão político formado por membros indicados pela classe política, que passaria a exercer o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Porém, o “Senado Conservador”, desde o seu aparecimento, foi um corpo sem vida. Os dispositivos constitucionais não tiveram aplicabilidade nem mereceram respeito.

Apesar dos precedentes mencionados, que indubitavelmente tiveram grande importância histórica na consolidação da jurisdição constitucional, considera-se como o marco inicial da ideia de controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder

Judiciário, com poderes para invalidar atos legislativos contrários aos dispositivos constitucionais, o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803, que tinha naquela época o juiz *John Marshall* como *Chief Justice*.

Entenda-se, pois, o caso a partir de um breve resumo encontrado em texto de Raul Machado Horta:

Tratava-se de assunto de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juizes de paz nomeados pelos federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juizes de paz. No açodamento das providencias finais que antecederam a transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se ou não teve tempo de preparar o expediente necessário deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que expedissem apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados figuravam Marbury e os três companheiros que recorreram á Suprema Corte, em 1801, (Willian Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e Willian Harper) pleiteando um writ of mandamus contra o secretário Madison, para empossá-los no cargo. (HORTA, 1999, pag.137)

Ocorre que o *Chief justice* Marshall, apesar de reconhecer o direito pleiteado pelos requerentes, declarou incompetente, a Suprema Corte, para julgar tal ato, invocando a inconstitucionalidade do artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789, no qual se basearam os requerentes, para impetrar o *mandamus* diretamente na Suprema Corte em contradição com art. III, Seção II, do texto constitucional, que conferia a Suprema Corte, em princípio, jurisdição de apelação. Com essa decisão, o juiz desvia-se de um conflito direto com o Poder Executivo da época, ao tempo em que faz história ao lançar as bases para as teorias sobre o controle de constitucionalidade das leis pelo poder Judiciário.

Cabe considerar, por oportuno, que essa decisão de Marshall, relaciona-se a um contexto peculiar da sociedade norte americana pré-independente que já concebia uma cultura de hierarquia legislativa, uma vez que prevaleciam, no ordenamento jurídico interno daquele país, as leis da metrópole, de modo que as noções de superioridade e dever de obediência já eram amplamente aceitas.

Segundo Tavares (2005, pag.51) os colonos americanos estavam familiarizados com a prática de serem os atos das assembleias confrontados pelos tribunais, com os estatutos e, possivelmente, vetados pelo Conselho Privado, na Inglaterra. Nesse contexto, com a independência, as treze colônias preservaram essas ideias substituindo as Cartas do Reino por uma carta ou Lei fundamental da federação. Percebe-se, portanto, uma base cultural na sociedade apta a dar respaldo àquela decisão.

A base da argumentação do famoso *Chief Justice*, ante a alegação de que não havia previsão expressa na Constituição e muito menos na legislação, de competência do Judiciário para reconhecer a inconstitucionalidade de leis, decorre do conceito de Constituição escrita, uma vez que o mesmo defendia que os verdadeiros fundamentos das Constituições escritas seriam proscritos se triunfasse a doutrina que sustentava a necessidade de os tribunais cerrarem os olhos à Constituição, para divisar apenas a lei.

Afirmava ainda que, “para repelir semelhante concepção, é suficiente recordar que ela reduziria a nada o que estamos habituados a considerar como o maior dos benefícios em matéria de instituições políticas, que é a existência de uma Constituição escrita” (HORTA, 1999, pag.136).

Marshall, ao longo de sua atividade, reuniu em torno de sua doutrina a magistratura americana numa completa identificação de propósitos e, dessa forma, foi a jurisprudência e não a Constituição que defluiu diretamente o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, conforme lição de Raul Machado Horta:

Posteriormente, a jurisprudência e a doutrina precisaram as linhas, definiram os contornos fundamentais, estipularam as exigências para o exercício, perante os tribunais norte-americanos, desse extraordinário instrumento de defesa, ali chamado ora de *judicial review* ora de *judicial control* (HORTA, 1999, pag140).

E assim consolidou-se o sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, apresentando duas características básicas, quais sejam: a difusão da legitimidade para o exercício do controle por toda a estrutura jurisdicional, cabendo a qualquer juiz exercê-lo, além da necessidade de apreciação da possível inconstitucionalidade, a partir do exame de um caso concreto, não sendo possível o exame abstrato de constitucionalidade das leis.

Esse sistema tem atravessado, durante a história, várias turbulências, contrastadas com períodos de calma, mas, o *judicial review*, constitui um dos aspectos fundamentais e característicos do quadro de instituições norte-americano.

Já o sistema de controle de constitucionalidade europeu, afora a experiência do Senado Conservador francês, que não desenvolveu as funções para as quais foi idealizado, só surgiu institucionalmente, em alguns países, no pós-guerra de 1918. Dentre esses países podemos destacar Alemanha, Áustria, Tchecoslováquia e Espanha, dentre os quais, analisar-se-á, um pouco mais, o caso da Áustria que apresentou maior destaque naquele período, conforme lições de Horta.

A Constituição da Áustria de 1920 instituiu o Tribunal de Justiça Constitucional, coroando a Constituição e afirmando-se como sua máxima garantia. O Tribunal era formado por um Presidente, um Vice-Presidente, e um número convincente de membros, titulares e suplentes, dentre os quais a metade era indicada pelo Conselho Nacional e a outra metade indicada pelo Conselho Federal. Cabe considerar ainda, que ficou convencionado pelos partidos políticos, em face do silêncio constitucional, que as indicações refletiriam a força numérica de cada partido no parlamento. (HORTA, 1999, pag. 141)

Como se percebe, pela descrição acima mencionada, tratava-se de um órgão novo, de caráter político, que passou a exercer o controle de constitucionalidade das leis na Áustria. O sistema austríaco consagrava o recurso de inconstitucionalidade por via direta exigindo, de seu autor, a qualidade de integrante do Governo do *Land* ou do Governo Federal, cabendo a um arguir a inconstitucionalidade das leis editadas no outro, conforme ensinamentos de Raul Machado Horta:

A sentença do Tribunal Constitucional acarretava a anulação da lei inconstitucional, total ou parcialmente, obrigando o Chanceler Federal ou o Presidente do Land, conforme o caso, a publicar, imediatamente, a decisão anulatória, que começava a produzir efeitos a partir do dia de sua publicação, dentro do prazo pré-fixado pelo Tribunal. A sentença valia erga omnes e impedia novo recurso sobre a matéria decidida. (HORTA, 1999, pag. 151)

O Tribunal Constitucional austríaco, instituído com forte inspiração em Hans Kelsen, que exerceu durante algum tempo a função de relator permanente naquele tribunal, exerceu intensa atividade, não apenas no aspecto quantitativo, mas também, no aspecto qualitativo, sendo fiel aos objetivos de sua criação constitucional, cumprindo dessa forma o papel de mantenedor do equilíbrio constitucional ente o governo Federal e o governo provincial, por igual submissão a uma só Constituição.

Contudo, segundo Horta (1999), com a revisão constitucional de 1929, que visava o fortalecimento do Poder Executivo, o Tribunal Constitucional sofreu sério abalo, com fortes modificações em sua competência. A partir de 1930, inicio-se o declínio do Tribunal Constitucional com a dissolução de seus integrantes para dar lugar à convocação de novos membros, com flagrante desrespeito à vitaliciedade dos titulares então em exercício. Tal ato, considerado drástico na época, visava claramente, atacar a independência do Tribunal, cuja conduta provocou descontentamento dos círculos governantes. Em 1934, foi publicada uma resolução, assinada pelos membros do tribunal, que reclamava que a Corte Constitucional, fosse colocado, tão logo possível, em condições de cumprir, em toda a sua

amplitude, com os deveres que a Constituição lhe impunha. A Carta constitucional de 1934 interrompeu a atuação benéfica do Tribunal Constitucional.

Os tribunais constitucionais do primeiro pós-guerra (Alemanha, Espanha, Tchecoslováquia e Áustria) introduziram, sem guardar homogeneidade em suas linhas estruturais ou nos resultados, a técnica do controle de constitucionalidade das leis, na órbita do regime parlamentar. Fatores adversos conspiraram contra essa permanência salutar, decisões autoritárias das segundas e terceiras décadas do século passado, minaram a existência destes sistemas e criaram um estado de anormalidade jurídica e crise institucional, dentro do qual não houve possibilidade de desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais.

Entretanto restou de sua existência, uma contribuição original, do regime parlamentar, para o controle de constitucionalidade das leis, estabelecendo o controle de constitucionalidade por órgão especial, com jurisdição própria, somando essa experiência ao poderoso modelo norte-americano e ao acanhado e defeituoso ensaio de jurisdição política do *Senat Conservateur* francês.

Continuando o curso da história, temos o surgimento de um novo sentimento constitucional, forjado no segundo pós-guerra, a partir dos reflexos advindos do Tribunal de Nuremberg e das consequências negativas advindas da experiência *nazi-facista*.

A partir desse momento, o constitucionalismo ocidental, promove uma repactuação social no contexto do chamado neoconstitucionalismo, conjunto teórico que influencia o constitucionalismo contemporâneo em plena fase de desenvolvimento e que será objeto de estudo mais detalhado adiante.

## **1.2 Constitucionalismo e Democracia.**

No atual momento do constitucionalismo ocidental, em que a jurisdição constitucional assume papel determinante na concretização de direitos fundamentais, a partir de um deslocamento cada vez maior do pólo de tensão da sociedade, do Executivo e Legislativo, em direção ao Judiciário, reforça-se a discussão sobre os limites a serem estabelecidos entre o Constitucionalismo e a Democracia, cogitando-se a existência de verdadeira tensão entre as ideias de constitucionalização da vida em sociedade e de regime democrático.

Não se pode negar o caráter paradoxal que assume o fenômeno constitucional desde a sua gênese, pois como afirma Lenio Streck (2008, pag.17) “A Constituição nasce como um paradoxo porque, ao mesmo tempo em que surge para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um instrumento indispensável de controle do poder das maiorias”

Percebe-se, portanto, o complexo contexto em que se coloca o constitucionalismo, gerando uma tensão natural com a legislação, uma vez que, estabelece-se, como um núcleo fundamental do pacto político social, no qual habitam direitos fundamentais, que deverão ser protegidos, mesmo em face de maiorias eventuais futuras que visem a desrespeitá-los, decorrendo daí, o caráter contra-majoritário, inerente ao próprio constitucionalismo.

Portanto, em respeito à supremacia constitucional, que coloca o texto magno como norma fundamental do ordenamento, no topo do sistema jurídico, com o qual as demais normas devem guardar total compatibilidade, o constitucionalismo tem como uma de suas finalidades, a de barrar posturas inconstitucionais, inclusive quando tais posturas são construídas por uma maioria eventual formalmente legitimada.

Pela própria missão, atribuída ao constitucionalismo, como afirmado acima, alguns autores entendem-no em uma situação de conflito com uma concepção reducionista de democracia atrelada exclusivamente ao princípio majoritário, ou seja, para essa corrente, se democracia é o governo da maioria e o constitucionalismo tem atribuição para barrar atos jurídicos advindos dessa maioria legitimada, o constitucionalismo seria antidemocrático. A linha adotada no presente trabalho não concorda com essa concepção e uma das razões é embasada da doutrina de Dieter Grimm, ao afirmar que:

O que caracteriza a democracia é a soberania popular. Esse é o elemento distintivo em comparação com outras formas de governo em que a monarquia hereditária ou a elite são consideradas soberanas ou a soberania é atribuída a Deus e exercida por seus escolhidos na Terra. (GRIMM, 2006, pag.6)

Razão pela qual se afirma que a defesa da tese de existência de tensão entre constitucionalismo e democracia, reduz essa última, a uma simples garantia da tomada de decisões com o respeito da vontade da maioria, esquecendo-se de seu núcleo fundamental.

Nesse sentido, surgem questionamentos quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional a partir de interrogações como: Por que deveria uma comunidade

soberana, que viva sobre o império da lei, subjugar suas vontades estabelecidas democraticamente, a um pacto fundamental forjado no passado para dificultar mudanças, como se os vivos devessem se submeter ao governo dos mortos?

De início, torna-se imperioso demonstrar que a suposta tensão inexorável entre constitucionalismo e democracia não passa de um perigoso reducionismo do alcance de ambas as ideias, em razão de que a própria formação do Estado constitucional só se tornou possível dentro de um processo político democraticamente estruturado, cabe registrar, nesse sentido, as palavras de Lênio Streck:

O Estado Constitucional, como expressão inequívoca de Estado de Direito, apresenta-se como uma de suas melhores expressões, uma vez que, ao tempo em que garante a prevalência da vontade das maiorias, a partir do respeito ao princípio majoritário estabelecido democraticamente, garante também, o respeito às minorias dentro de uma harmônica convivência social, uma vez que assegura, por exemplo, o direito de oposição e a livre manifestação do pensamento, como garantias fundamentais que revelam a importância das minorias, dentro no processo político do Estado. (STRECK, 2008, pag. 19)

Cabe destacar ainda, que se o Estado Democrático de Direito pressupõe, sobretudo, a submissão do poder ao direito, apresenta-se o constitucionalismo como mecanismo garantidor da submissão do Legislativo à ordem constitucional.

Nesse sentido é que a perspectiva adotada neste trabalho, entende que existe plena harmonia entre a democracia e o constitucionalismo, consistindo o segundo, depois das viragens jus-filosóficas decorrentes do último pós-guerra, como condição fundamental ao exercício da primeira, levando-se em consideração a natureza compromissória e dirigente dos textos constitucionais contemporâneos, que passam a determinar as condições para o agir político estatal, e sua importância na concretização de um ideal democrático que tenha como valor fundante a igualdade de oportunidades entre as pessoas e a possibilidade de condições de vida digna para todos em determinada sociedade.

A Constituição detém o papel de proteger, através de seu caráter contra-majoritário, o próprio regime democrático, em face de regras que, forjadas em contextos majoritários, muitas vezes seriamente questionáveis quanto à legitimidade de atuação, possam solapar as próprias conquistas deste regime.

Ou seja, faz-se mister, no contexto do Estado Democrático de Direito, e essa é a missão do constitucionalismo, a estruturação de mecanismos de controle das decisões políticas, respaldados no pacto social simbolizado na Constituição, a fim de que nenhuma das conquistas históricas da evolução da democracia, presentes no texto constitucional, possam ser ameaçadas por leis, formalmente legitimadas pelas maiorias parlamentares eventuais, que dispusessem contras tais conquistas.

É preciso estar atento a essas questões, uma vez que, parece natural a provocação de suposta tensão entre constitucionalismo e democracia, num contexto em que temos de um lado, uma constituição arquitetada a partir dos reflexos produzidos pelo final do segundo pós-guerra, que demonstrou as fragilidades de uma concepção positivista do direito, e de outro lado, poderes eleitos por maiorias, em alguns casos seriamente questionáveis quanto à legitimidade democrática, e nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.

### **1.3 Procedimentalismo *Versus* Substancialismo e uma Nova Configuração da Teoria da Divisão das Funções Típicas de Estado.**

O nível de atuação, a forma e a importância da jurisdição constitucional em determinada ordem jurídica, dependem da adesão do sistema jurídico a um dos eixos teóricos abaixo delineados.

As teorias procedimentalistas defendem uma atuação meramente formal da jurisdição constitucional, que estaria limitada a controlar o respeito aos procedimentos democraticamente estabelecidos para a tomada das decisões políticas do Estado, resguardando, dessa forma, na sua visão, a legitimidade democrática de tais decisões que deveriam ser tomadas pelos órgãos aos quais incumbe a representação popular e que compõem a esfera predominantemente política do poder. Essas teorias são sustentadas por muitos autores, tais como, Jürgen Habermas (1997), Marcelo Catonni (2004), Menelick de Carvalho (2005) entre outros.

Já as teorias substancialistas trabalham com novas concepções acerca da organização política do Estado, reconhecendo, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, uma nova postura a ser assumida pelo Poder Judiciário, que recebe atribuição

constitucional para intervir nas decisões político-estatais, como forma de garantir o cumprimento das disposições fundamentais da Constituição.

Tal intervenção desenvolve-se com poderes para contrariar maiorias eventuais formadas nos contextos parlamentares, reconfigurando-se, dessa forma, a teoria clássica da tripartição das funções típicas de Estado, num contexto em que não se sustenta mais a ideia de uma postura inerte da jurisdição constitucional em relação às decisões políticas do Estado. Teoria defendida por autores com Lênio Streck (2008), Paulo Bonavides (1993), Ana Paula de Barcelos (2009), Gustavo Binenbojm (2001), ente outros.

As teorias procedimentais quanto ao exercício da jurisdição constitucional nasceram e ganharam força no contexto das discussões acerca da legitimidade da atuação da Suprema Corte Americana, quando em determinados momentos históricos, aquela Corte interveio com um recorte bastante conservador, visando barrar a execução de políticas públicas traçadas pelo governo norte americano.

Segundo Júnior, (2008, pag. 10) merece destaque, a atuação da Suprema Corte Americana, na época em que ocupava a função de *Chief Justice*, o juiz Locher, quando ela declara inconstitucionais, leis que procuravam implementar políticas do *New Deal* do Presidente Roosevelt. Tal medida, de cunho bastante conservador, provocou forte reação social e governamental na época. Outro momento marcante ocorreu na época em que a função de *Chief Justice* daquela corte, foi ocupada por Earl Warren, em que o ativismo se deu de forma intervencionista, manifestando-se a Corte inclusive sobre políticas públicas, merecendo destaque o julgamento do caso *Brown vs Board of Education*, que pavimentou o caminho para a dessegregação racial nas escolas do Sul. Essa atuação da Suprema Corte americana, ensejou a discussão acerca dos limites da atuação da jurisdição constitucional e deu azo ao surgimento das teorias procedimentais quanto ao papel dessa jurisdição.

Conforme Queiroz, (2009, pag.6748), apresenta-se como grande defensor da democracia procedimental o teórico John Hart Ely, o qual, já na Era Warren, surge como um dos grandes críticos da postura intervencionista adotada pela Suprema Corte Americana, conforme relatado acima, ao defender que um juiz não tem legitimidade para perceber princípios morais em determinada sociedade e transformá-los em princípios jurídicos, pois não caberia ao judiciário a percepção deste consenso. Ely sustenta que não cabe à Suprema Corte, funcionar como legítima representante do povo, ao invés do Legislativo, uma vez que tal configuração se demonstraria elitista e antidemocrática.

Contudo, o teórico que se apresenta como arauto defensor das teorias procedimentais, é o jusfilósofo alemão Jürgen Habermas, que com sua teoria do discurso, estendeu a teoria procedimental a uma esfera global, superando o contexto norte americano.

Conforme Streck, (2004, pag. 157), Habermas faz severas críticas àquilo que chama de gigantismo ou politização do Judiciário surgido no pós-guerra, sustenta a impossibilidade da construção de uma prática interpretativa, por parte da jurisdição constitucional, que atue construtivamente e com possibilidade de anulação de atos oriundos dos demais poderes, dotados de legitimidade democrática, sem que a justiça lance mão de competências legislativas. Afirma peremptoriamente, o teórico, que a lógica da divisão das funções típicas do Estado não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não tem meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento ou do governo.

Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do direito. Para ele, o Tribunal Constitucional não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, deve sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a sua forma de solução.

Segundo Streck, (2004, pag. 158) a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente para Habermas, e mesmo onde eles existem, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. O filósofo alemão afirma que “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização dos valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”.

Cabe destacar ainda, na esteira da defesa do procedimentalismo, a visão procedimental da constituição defendida por Cattoni:

A constituição, para articular-se com uma visão discursiva da democracia, deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. (CATONI, 2007, pag. 22)

Portanto, percebe-se claramente, pela leitura dos teóricos procedimentalistas, um sério questionamento quanto à legitimidade da jurisdição constitucional para intervir nas decisões políticas das demais esferas de poder do estado.

Já para os adeptos das teorias substancialistas, um dos grandes equívocos do procedimentalismo, quando questiona a legitimidade para a ação interventiva do Poder Judiciário frente às decisões políticas do Estado, é o fato dele não reconhecer o elemento jurídico que surge como uma das principais inovações dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, que supera os paradigmas do Estado Liberal/Formal burguês e do Estado Social intervencionista.

Essa nova forma de concepção política do Estado chamada de Estado Democrático de Direito, desenvolve-se no contexto da revolução por que passou o direito, a partir do segundo pós-guerra, quando, considerando as barbáries cometidas pelo nazismo com pleno amparo legal, percebeu-se a inconsistência de uma teoria do direito, até então dominante, que resumia o fenômeno jurídico ao que estava disposto na lei.

Nesse novo paradigma do direito, em formação, buscou-se estabelecer um núcleo fundamental a guiar a vida social, expressando-o nos textos constitucionais, e ao mesmo tempo, passou-se a desenvolver os mecanismos de defesa deste núcleo contra maiorias eventuais, missão que passa a ser atribuída à jurisdição constitucional.

O paradigma do Estado Liberal Burguês, propunha uma minimização do papel do Estado na economia, deixando ao mercado a condução da economia e o desenvolvimento da sociedade. Esse modelo foi fundamental no processo inicial de consolidação do capitalismo e de acumulação de capital por parte da burguesia, e nesse contexto, o direito tinha uma função meramente ordenadora, estando na legislação, o ponto de tensão nas relações entre Estado e Sociedade.

No Estado Social, fase de um capitalismo amadurecido que sentia a necessidade de uma maior intervenção do Estado, a partir da constatação de que sua ausência, na fase liberal, provocara muitas distorções sociais, passando-se, portanto, nesse novo momento, a buscar uma postura interventiva do Estado, com a finalidade de tentar promover a igualdade substancial por meio de prestações públicas, o direito, passa a ter uma função promotora, estando o foco da atuação do Estado voltado para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade de realização das políticas do *Welfare State*.

Já o Estado Democrático de Direito, segundo Streck (2004, pag. 164 e 167), que surge como superação do Estado Social, a partir de uma repactuação fundamental, que enfoca o aspecto jurídico dos textos constitucionais, coloca nos textos magnos os mecanismos para o resgate das promessas da modernidade, atribuindo, dessa forma, os instrumentos implementadores de que o Estado Social era carente. Esse novo modelo de organização

política do Estado, surge com um viés transformador da sociedade, em que o polo de tensão desloca-se cada vez mais em direção ao Poder Judiciário ou aos Tribunais Constitucionais.

Para a doutrina substancialista, a partir da queda do nazi-facismo, que desenvolveu barbáries sob o manto de maiorias “legitimamente” estabelecidas, na Alemanha e na Itália, e a partir das redemocratizações de Portugal, Espanha e demais países da América Latina, o constitucionalismo ocidental promoveu uma repactuação social através do deslocamento do polo de tensão da sociedade para os textos constitucionais.

Atribuiu-se, a partir de então, à jurisdição constitucional, a missão de resguardar os valores e princípios fundamentais de uma determinada sociedade, com competência, inclusive, para barrar maiorias eventuais que se posicionassem conflitantes com os dispositivos constitucionais, reconhecendo-se, dessa forma, plena legitimidade para a atuação da jurisdição constitucional, legitimidade essa, que advém da própria Constituição, como ressalta Streck:

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma, porque foi engendrada, no campo do direito constitucional e da ciência política, uma nova legitimidade, no interior da qual, o direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em função da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos fundamentais. Daí se altera a configuração do processo de legitimação que ao contrário das Constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade agora, advém da própria Constituição, que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade. (STRECK, 2004, pag.165)

Nesse contexto, ainda sobre a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional cabe destacar lição de Cattoni:

Afinal, a democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria política? Todavia, mesmo onde uma maioria governa a minoria não tem direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar os direitos das minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, o judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? [...] Mas quem autoriza numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente afetem os direitos das minorias? Resposta: A Constituição. Mas porque a Constituição autoriza o judiciário a controlar as decisões tomadas pelas maiorias, ela não estaria sendo, nesses termos, contrária à democracia? Resposta: Não, **se entendermos que a constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, acima das maiorias e minorias é quem soberanamente estabelece a Constituição do Estado, para que, dentro do Estado, decisões tomadas pelas maiorias não violem os direitos das minorias. A nação é o fundamento de todo poder e de toda autoridade.** (CATONI, 2007, pag 24)

Portanto, nesse contexto, os substancialistas defendem a plena possibilidade, e mais do que isso, o real dever da jurisdição constitucional, de intervir nas decisões políticas

do Estado com vistas a fazer cumprir os dispositivos constitucionais, com atribuições de impor às demais esferas institucionais, tanto condutas negativas, visando sua abstenção em respeito às garantias individuais fundamentais, como condutas positivas, visando à efetiva atuação dos referidos poderes na concretização dos mandamentos constitucionais.

Essa teoria reforça a normatividade dos ditames constitucionais, a partir da compreensão da força vinculante que devem apresentar, em nosso sistema jurídico, os princípios e dispositivos que se extraem do texto constitucional.

Os defensores das teorias substancialistas<sup>3</sup> criticam o procedimentalismo em razão de o mesmo não perceber o caráter material inerente às próprias regras de processo, como, por exemplo, os direitos do devido processo legal que tem em sua base a dignidade pessoal, uma vez que ser ouvido é parte do que significa ser pessoa.

Pode-se citar também a máxima “um homem um voto” como uma norma procedimental que tem conteúdo substantivo, ou seja, as próprias regras procedimentais informam um conteúdo material que as embasa. Nessa mesma linha cabe destacar ensinamento de Tribe (2007, pag. 62) ao afirmar que as teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso, defendendo ainda que, uma concepção do processo como algo em si mesmo valioso resulta na conclusão de que a Constituição é inevitavelmente substantiva.

Pode-se afirmar, portanto, em síntese, com amparo na doutrina de Streck (2008, pag. 33), que o entendimento da corrente substancialista é no sentido de que, mais do que equilibrar e harmonizar as demais funções típicas de Estado, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem ou no Ocidente.

Barcelos (2009, pag. 7) explica que, segundo a corrente substancialista, cabe à Constituição, impor ao cenário jurídico, um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais, estabelecendo um núcleo fundamental, que deve ser observado por qualquer grupo político no poder.

Esta corrente trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições para o agir político-estatal a partir do pressuposto de que ela é a explicitação do contrato social.

---

<sup>3</sup> Lênio Streck, Ana Paula de Barcelos, Paulo Bonavides, Alceu AMurício Júnior, conforme suas obras citadas acima, dente outros.

É o dirigismo constitucional que adentra nos sistemas políticos a partir da revolução do pós-guerra, rompendo com o paradigma vigente, por muitos anos, que concebia a constituição como uma mera carta política de recomendações para a atuação do Estado e da sociedade, para atribuí-la a normatividade típica dos instrumentos jurídicos, consagrando-se nos textos constitucionais, o direcionamento da vida estatal com atributo de imperatividade e, a partir daí, colocando o Judiciário, numa posição de altíssima relevância para a concretização dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto magno.

A Teoria Clássica da Separação de Poderes, conforme Silva (2006, pag. 27) estabelece que a função legislativa consiste na edição de regras, gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas “leis”. A função executiva divide-se em função de governo com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão e função administrativa com suas três missões básicas, intervenção, fomento e serviço público. E a função jurisdicional teria por objeto, aplicar o Direito (produzido pelo Legislativo) aos casos concretos a fim de dirimir os conflitos de interesses, sem atribuição inovadora no contexto jurídico.

Na atual quadra da história, conforme Streck (2004, pag. 180), considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, exige-se uma nova postura do Poder Judiciário que, se consubstancia em uma nova inserção deste Poder, no âmbito das relações entre os poderes do Estado, levando-o a transcender as funções do *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

Portanto nesse novo momento percebe-se uma nítida re-configuração na relação entre os poderes, com um deslocamento cada vez maior, do polo de tensão da sociedade em direção ao Poder Judiciário, mas sempre respeitando os devidos limites impostos constitucionalmente, como forma de respeito à legitimidade constitucional que lhe foi atribuída dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

#### **1.4 Neoconstitucionalismo**

A Compreensão da ciência jurídica vem passando por uma série de transformações a partir da segunda metade do Século XX, impulsionada pelas consequências que advieram do fim da Segunda Guerra Mundial e da atuação do Tribunal de Nuremberg. A partir do mencionado momento, ganha força a ideia de que o entendimento positivista do fenômeno jurídico, que reduz o direito à lei, afastando do mesmo qualquer relação com a moral, com a filosofia ou com a sociologia, é absolutamente incapaz de atender aos fins a que

o direito se pretende, constituindo, se levada às últimas consequências, num grande fator de produção de injustiças sociais. Essas mudanças estão amplamente relacionadas com o fenômeno do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, ainda em processo de consolidação e definição, encontra-se imerso neste contexto de transformações por que vem passando a ciência jurídica e sua compreensão metodológica, atuando como um dos protagonistas desse contexto de mudança paradigmática.

Esse novo momento do constitucionalismo ocidental, segundo Barroso (2007, pag. 204) pode ser entendido, a partir da análise de três marcos fundamentais dentro dos quais se desenvolveu, são eles: o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico, os quais serão analisados, conforme a doutrina de Barroso (2007), mas detidamente, em seguida.

O marco histórico de consolidação do neoconstitucionalismo trata-se, como acima relatado, do constitucionalismo nascente no pós-guerra de 1945, inicialmente com a Constituição de Bonn em 1949 na Alemanha e a subsequente instalação do Tribunal Constitucional em 1951, sendo de grande relevância também nesta mesma direção a Constituição Italiana de 1947 e a implantação de sua Corte Constitucional Italiana, em 1956. Pode-se destacar ainda a redemocratização e a reconstitucionalização ocorridos na década de setenta em Portugal (1977) e Espanha (1978), como partes deste processo de mudança constitucional.

As barbáries vividas com a ascensão do Estado nazi-facista, que pautava suas condutas, reconhecidamente inaceitáveis, em um critério de legalidade, por meio do qual, a ordem jurídica formal daqueles países, amparava plenamente, todas as posturas adotadas nos citados regimes políticos, revelaram as insuficiências de uma compreensão do direito que limitava-o às estritas disposições legais, dando ênfase, dessa forma, à ideia de que uma lei injusta, que atente contra os valores mais fundamentais que ao direito foi dada a missão de defender, não pode ser considerada como pertencente ao mundo jurídico.

Nesse sentido vale mencionar as palavras do filósofo Perelman:

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstram que é impossível identificar-se o direito com a lei, pois há princípios que mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se para todos aqueles para os quais o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura como primeiro plano a justiça. (PERELMAN, 1998, pag. 95).

Nesse contexto surgiu a necessidade de uma nova concepção do sistema jurídico-político em grande parte da Europa Continental, a partir de um deslocamento das Constituições para o centro do sistema jurídico dando ênfase à ideia de que uma lei injusta não pode pertencer ao direito. Atribui-se, dessa forma, mais força à jurisdição constitucional, que terá a prerrogativa de invalidar atos jurídicos que atentem contra os postulados fundamentais previstos nas Cartas Constitucionais, dentre os quais, ressalte-se com maior importância o postulado da dignidade da pessoa humana, como um núcleo fundamental cujo reconhecimento é base para a garantia e implementação dos direitos fundamentais, principalmente depois das barbáries do holocausto.

Assim, a jurisdição constitucional passa a exercer um significativo papel político na condução da vida do Estado e da Nação, e com essa ligação necessária entre constitucionalismo e democracia, a partir da noção de que cabe à jurisdição constitucional, o controle das leis e atos normativos emanados pelos demais poderes, eleitos democraticamente, inaugura-se, uma nova forma de organização política que atende pelo nome de Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito.

No Brasil podemos considerar como marco histórico de consolidação desse novo modelo constitucional a promulgação da Constituição de 1988 e todo o seu processo de formulação. A Constituição Federal de 1988 foi capaz de promover com muita eficiência a transição do Estado Brasileiro de um regime autoritário e repressor para um Estado Democrático de Direito.

Merece destaque, nesse cenário, o papel que desempenhou a Constituição Federal, tendo conseguido consolidar o maior período de estabilidade política que a República Federativa do Brasil já viveu, e, além disso, contribuído para o despertar de um sentimento constitucional nos cidadãos brasileiros, que cada vez mais, têm buscado participar, ativamente, do processo de concretização dos preceitos fundamentais da Constituição da República.

O marco filosófico no qual está imerso o neoconstitucionalismo é o pós-positivismo jurídico, que se encontra em processo de definição e sistematização, mas que pode ser entendido como um conjunto de ideias e teorias que caminham em direção a um distanciamento de uma postura positivista e cientificista, que ao direito foi atrelada durante boa parte dos séculos XIX e XX, sem, contudo, desconhecer a importância da segurança jurídica, indispensável à própria existência do direito como um sistema de pacificação social.

Na verdade, a partir do reconhecimento das insuficiências do positivismo jurídico, a postura pós-positivista assume o desafio de buscar alternativas teórico-

metodológicas capazes de reconhecer ao direito a condição de ciência humana, que necessariamente precisa considerar aspectos axiológicos, sociológicos, filosóficos e éticos, em seu processo decisório.

Outrossim, o pós-positivismo, não comete os equívocos das posturas universalizantes e metafísicas próprias do jusnaturalismo, que defendia a existência de princípios de justiça universalmente válidos e pré-existentes a qualquer instituto jurídico.

Na verdade as teorias pós-positivistas buscam trabalhar a partir de uma fusão entre aspectos benéficos do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, concebendo tais idéias de modo a complementarem-se, no desejo de conciliar cada vez mais os dois principais pilares do direito que são a segurança jurídica e a busca pelo ideal de justiça.

Segundo a professora Lacombe Camargo (2003, pag. 137), as teorias pós-positivistas abrem-se basicamente em duas vertentes: uma amparada na aproximação entre o direito e a moral e outra que abraça o pragmatismo jurídico, em suas próprias palavras:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar sua dimensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete [...] Podemos indicar aqui nomes como Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy. (...) Em outra banda encontram-se autores que abraçam o pragmatismo como é o caso de Friedrich Muller, Peter Haberle e Castanheira Neves, cujas teorias fundamentam-se antes da realidade do intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores. (LACOMBE CAMARGO, 2003, pag. 137).

É exatamente nesse contexto que se desenvolve o pós-positivismo jurídico, por um lado, trazendo de volta a moral, a ética e a filosofia para o mundo jurídico com a importância que lhes é devida, e por outro, buscando uma superação da metafísica clássica, representada claramente, pelo apego ao formalismo exacerbado, a partir de uma preocupação com a concretude, com o mundo da vida e com a historicidade em que o direito está imerso e para a qual não pode se esquivar.

Nesse sentido, percebe-se claramente a relação entre esse novo paradigma jus-filosófico e o neoconstitucionalismo, a partir da compreensão de que a aplicação do direito não mais poderá ficar restrita à mera subsunção dos fatos à letra fria da lei, uma vez que a interpretação da norma, a ser extraída do dispositivo legal, dependerá impreterivelmente de sua compatibilidade com os preceitos constitucionais fundamentais, que por sua necessária e

característica abstração, terão sua aplicação condicionada à observância das peculiaridades do caso concreto.

É, portanto, dentro deste contexto filosófico de mudanças paradigmáticas agrupadas sob a denominação de pós-positivismo, que se encontra o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

Por fim, cabe destacar que, conforme Barroso (2007, pag. 208) no plano teórico, três transformações principais impulsionaram o surgimento desse novo sentimento constitucional, quais sejam: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição, b) o alargamento da jurisdição constitucional e c) o surgimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, os quais serão analisados em seguida.

O reconhecimento de força normativa aos dispositivos constitucionais, aparece como uma reação à teoria, que era marcante no constitucionalismo europeu tradicional, de que as normas constitucionais não eram dotadas de imperatividade, tratando-se, apenas, de documentos políticos, a funcionar como diretrizes aconselhadoras a serem seguidas pelo Estado, sem qualquer previsão de coercitividade ou sanção pelo seu descumprimento.

Os textos constitucionais que mesmo nessa época previam direitos e garantias individuais e coletivas, padeciam de um mal, denominado por Barroso (2007, pag. 208), de insinceridade constitucional, pois, tais direitos apareciam como meras figuras decorativas no ordenamento jurídico, sem praticamente qualquer instrumento de concretização dos mesmos.

Hoje, predomina a ideia da força normativa dos dispositivos constitucionais, capazes de serem aplicados diretamente ao caso concreto, com imperatividade e supremacia hierárquica em relação à legislação infraconstitucional. Esse entendimento, foi fruto da evolução do constitucionalismo, que suplantou a ideia, que por muito vigorou na compreensão jurídico-política, principalmente europeia, que atribuía à Constituição o papel de uma mera carta política com disposições de caráter meramente recomendativo, sempre a depender do legislador infraconstitucional. Portanto, o reconhecimento do poder normativo do direito constitucional representou grande avanço na compreensão do fenômeno constitucional contemporâneo.

Outro aspecto teórico destacado nesse processo de transformação do constitucionalismo foi a expansão da jurisdição constitucional, que pode ser entendida a partir da constatação de que, na Europa continental do pós-guerra, operou-se um verdadeiro deslocamento da supremacia estatal antes atrelada aos parlamentos em direção à Constituição. Impulsionou-se, dessa forma, a criação de instituições estatais incumbidas da defesa da Constituição, que operavam de maneira contra-majoritária, com legitimidade para invalidar

atos normativos oriundos de maiorias parlamentares que atentassem contra os fundamentos e princípios constitucionais.

Como foi destacado acima, cortes constitucionais foram sendo criadas em vários países do mundo com legitimidade para atuar politicamente no fluxo dos processos decisórios do Estado.

No Brasil cabe destacar o alargamento da jurisdição constitucional proporcionado pela Constituição de 1988, valendo ressaltar o aumento do número de legitimados a provocar o controle de constitucionalidade concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, bem como o aumento dos instrumentos processuais constitucionais a disposição dos cidadãos, que lhes possibilitam a defesa dos direitos e garantias fundamentais previstos na carta magna, perante o Estado e mesmo perante outros particulares. Nesse sentido, vale destacar a importância dos remédios constitucionais como o mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus, habeas data e ação popular, como aspectos caracterizadores da expansão da jurisdição constitucional.

Por fim, faz-se mister mencionar, como mais um elemento teórico inerente ao neoconstitucionalismo, o que a doutrina tem chamado de nova interpretação constitucional, decorrência natural do reconhecimento da força normativa da constituição, cujos princípios foram sendo construídos, considerando as especificidades das normas constitucionais, pela doutrina e jurisprudência.

É bom lembrar, que os elementos inerentes à interpretação jurídica tradicional como os métodos histórico, literal, lógico-sistemático e teleológico são absolutamente aplicáveis à maioria dos conflitos constitucionais, contudo em alguns casos a concretização dos preceitos fundamentais previstos na Carta Magna, depende da utilização de recursos mais avançados da hermenêutica constitucional.

O elemento fundamental na compreensão dessa nova hermenêutica constitucional consiste na necessária diferenciação que deve ser feita entre as compreensões tradicional e contemporânea, acerca do papel da norma jurídica e do interprete aplicador do direito constitucional.

No conceito tradicional, o papel da norma jurídica é o de oferecer as soluções para os problemas, a partir de seu relato abstrato, e o do intérprete é encontrar a solução para as controvérsias jurídicas no texto legal e aplicá-la ao caso concreto, a partir de uma subsunção do fato à norma, de forma demonstrativa, não cabendo a ele, qualquer inovação no processo de aplicação do direito.

Já a nova interpretação constitucional trabalha com a consciência de que nem todas as soluções para os problemas jurídicos encontram-se no relato abstrato da norma e que, por conseguinte, para aplicar adequadamente os preceitos constitucionais, o intérprete deverá se colocar ativamente no processo de criação do direito, agregando valores e princípios à solução da controvérsia, atribuindo sentido às cláusulas gerais e adotando a decisão constitucionalmente adequada frente às várias soluções possíveis, em respeito ao valor fundamental dos princípios constitucionais.

Dentro desse fenômeno da nova interpretação constitucional, cabe destacar alguns elementos que integram esse novo arsenal interpretativo a disposição do aplicador do direito, nesta atual quadra da história.

Pode-se citar, nesse sentido: a) a argumentação, a qual se refere ao controle da racionalidade das decisões judiciais, servindo de técnica de legitimação das mesmas, notadamente nos casos difíceis, em que não existe uma resposta dedutiva ou subsuntiva; b) as cláusulas gerais, que são dispositivos legais de natureza aberta, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, considerando as peculiaridades do caso concreto, c) o reconhecimento do poder normativo dos princípios, que são normas que consagram determinados valores ou fins públicos a serem efetivados pelos diversos meios, dentre outras técnicas, que aqui não caberia esgotar o rol.

Portanto, em linhas gerais são esses os três marcos fundamentais que possibilitam uma compreensão mais ampla do fenômeno do neoconstitucionalismo, dentro do qual o constitucionalismo brasileiro inevitavelmente encontra-se imerso e que, portanto, serve de base necessária à compreensão de muitas das posturas que têm sido adotadas pela corte suprema brasileira, na solução, principalmente, dos chamados casos difíceis, que demandam um maior aprofundamento hermenêutico-constitucional.

Assim, percebe-se que esse novo momento do constitucionalismo ocidental, chamado neoconstitucionalismo, considerando seus três marcos fundamentais, acima delineados, aproxima-se, com muita força, das teorias substancialistas quanto ao papel da jurisdição constitucional, a partir da compreensão de que, nesta quadra da história, considerando os conflitos transindividuais com os quais o direito se depara, não há como se afastar da função jurisdicional, notadamente da jurisdição constitucional, um papel ativo na formação do direito a ser aplicado e na efetivação dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO II

### 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

#### 2.1 Distinções entre Direitos de defesa e Direitos a prestações.

O processo de surgimento e consolidação dos direitos fundamentais no mundo ocidental esteve intimamente relacionado com a necessidade de limitação do poder absoluto dos Estados soberanos. Dessa forma, a tônica principal dos direitos fundamentais, no primeiro momento, esteve relacionada com a necessidade de proteção do indivíduo em face do poder estatal.

Os direitos de defesa, que representam a característica mais marcante do início do processo de reconhecimento e consolidação dos direitos fundamentais, configuram-se como direitos de proteção da esfera individual em face do poder absoluto do Estado. São prerrogativas que visam limitar o poder do Estado e garantir uma esfera mínima de proteção ao indivíduo dentro da qual o Estado não poderia intervir.

Tratam-se de direitos que exigem, preponderantemente, uma conduta negativa do Estado, ou seja, uma abstenção do agir estatal em respeito às esferas jurídicas de proteção dos indivíduos. Nessa linha são as lições de Duarte, nos seguintes termos:

Vistos sob um prisma liberal-burguês, os direitos fundamentais seriam, em primeiro plano, direitos de defesa, tendo como finalidade maior a imposição de limites ao poder estatal, de modo a assegurar aos indivíduos um espaço livre de ingerências indevidas. (DUARTE, 2011, pag.87)

Cabe considerar, contudo, que com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, bem como, com o desenvolvimento do processo civilizatório, o rol dos próprios direitos fundamentais de defesa passou a incluir direitos que não se conformam com uma posição meramente negativa do Estado, exigindo, pelo contrário, condutas positivas do Estado. Por exemplo, o próprio direito individual de acesso à Justiça, direito fundamental de

defesa, para ser concretizado necessita de uma postura ativa do Estado no sentido de equipar e preparar o Poder Judiciário. Nesse sentido, também vale mencionar as lições de Duarte:

A despeito de sua função preponderantemente negativa, os direitos de defesa, especialmente no que diz respeito à necessária proteção e à conveniente promoção dos direitos fundamentais em geral, implica também, não se pode negar, prestações positivas por parte do Estado. Noutras palavras, a rigor, todos os direitos fundamentais, até mesmo os tradicionalmente chamados de direitos de defesa, conforme lembram Holmes e Sustain, são em alguma medida, direitos positivos.(DUARTE, 2011, pag. 91).

Vale considerar ainda, que os direitos de defesa, segundo alguns autores apresentam outras características, tais como: São dotados de eficácia plena, ou seja, tem densidade normativa suficiente para serem diretamente aplicados ao caso concreto, sem necessidade de intermediação legislativa. São também pacificamente considerados como direitos subjetivos aptos a serem exigidos por seus titulares em caso de qualquer lesão ou ameaça de lesão.

Já os direitos a prestações, são direitos que exigem preponderantemente uma postura ativa do Estado. São direitos que impõem ao Estado a obrigação de fornecer prestações de ordem jurídica ou material às pessoas.

De acordo com Duarte (2011, pag.92), na doutrina de Alexy, os direitos prestacionais em sentido amplo dividem-se em: a) direitos de proteção, b) direitos de organização e procedimento, c) direitos a prestações em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais.

a) Os direitos de proteção são compreendidos como aqueles direitos fundamentais cujo titular tem o poder de exigir do Estado a devida proteção contra ingerências de terceiros. Seu objeto é variado. Vai, por exemplo, desde a proteção frente a ações homicidas, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia atômica.

b) Direitos de organização e procedimento são direitos ligados à possibilidade de exigir do Estado a instituição de certas normas procedimentais e a sua correta interpretação e aplicação concreta.

c) Direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais, são direitos que o indivíduo tem frente ao Estado, mas que poderia conseguir também de particulares, caso dispusesse dos recursos necessários e o mercado contasse com uma oferta suficiente.

Estes últimos serão os direitos trabalhados ao longo do presente estudo. Tais direitos pressupõem uma ação positiva e progressiva do Estado notadamente nos domínios econômico e social. Têm a finalidade fundamental de promover uma igualdade material entre as pessoas, assegurando que o povo tenha acesso à distribuição pública dos bens materiais e imateriais.

Vale registrar, como forma de marcar a dificuldade na classificação e sistematização dos direitos fundamentais, que nem todos os direitos sociais têm um viés prestacional. Entre os direitos sociais existem direitos chamados de liberdades sociais de cunho marcadamente defensivo, como a liberdade sindical e o direito de greve.

Por fim, cabe considerar as lições do Doutrinador Sarlet acerca das distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações:

... os direitos de defesa se identificam por sua natureza predominantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais, têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição, os direitos sociais de natureza positiva objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. (SARLET, 2008, pag.302)

Essas são, portanto, as linhas gerais relativas às distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, cuja compreensão é fundamental para que se inicie a problematização acerca das possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

## 2.2 A eficácia dos direitos fundamentais sociais

A eficácia é a aptidão do ato para realizar o fim para o qual foi criado. A questão da eficácia das normas em geral, compreende a eficácia jurídica e a eficácia social. A eficácia jurídica é ligada à ideia de aplicabilidade, ou seja, possibilidade de produzir efeitos jurídicos. A eficácia social é ligada à ideia de efetividade, ou seja, efetiva realização do conteúdo na norma no mundo dos fatos.

A questão da eficácia social ou efetividade das normas que consagram direitos fundamentais sociais está intimamente ligada à discussão sobre os obstáculos econômicos à efetivação dos direitos sociais, tema que será abordado nos tópicos seguintes do presente trabalho. Ou seja, uma vez superados os problemas relacionados à eficácia jurídica da norma consagradora de um direito social, sua efetividade dependerá fundamentalmente das possibilidades econômico-financeiras de realização do direito, e da vontade política para o cumprimento dos dispositivos normativos, tema que será abordado em tópicos seguintes. Nos limitaremos, neste tópico, a tecer algumas considerações acerca da eficácia jurídica das normas de direitos sociais.

A questão da eficácia jurídica das normas que consagram direitos fundamentais sociais tem relevância peculiar em razão da própria natureza das referidas normas. Considerando que representam normas de forte cunho programático, de uma forma geral, sua aplicabilidade aos casos concretos fica condicionada a uma conformação legislativa.

Conforme Sarlet, (2008, pag.308), enquanto a maior parte dos direitos de defesa não costuma ter sua plena eficácia e imediata aplicabilidade questionadas, dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação.

Essas características dos direitos sociais prestacionais estão relacionadas à sua relevância econômica e à necessidade de recursos financeiros para a sua efetivação. Nesse sentido, como envolve a alocação de recursos públicos, entende-se que se trata de decisão de

competência dos órgãos políticos que têm legitimidade para tanto. A realização de direitos sociais prestacionais, pressupõe a definição de prioridades na destinação dos recursos existentes. Tais decisões são de natureza eminentemente política razão pela qual necessitam, tais direitos, de uma forma geral, salvo situações peculiares, da conformação legislativa para a sua concretização.

Por outro lado, deve ser considerado ainda, que é muito complicada a definição detalhada dos direitos sociais a nível constitucional. A sociedade é dinâmica, e as relações sociais se transformam a cada dia, dessa forma, o exercício de determinados direitos sociais não tem como ser detalhado num texto constitucional, que tem uma característica natural de estabilidade, pois, é a realidade socioeconômica do momento que terá condições de definir, através da intermediação legislativa, o conteúdo dos direitos sociais, sempre respeitando os balizamentos definidos pela Constituição e os fins por ela almejados, não podendo também ser desconsiderado o papel transformador da realidade inserido nos textos constitucionais do 2º pós-guerra.

Não se está aqui afirmando que as normas definidoras de direitos sociais prestacionais representam meras recomendações políticas ao Estado, sem força vinculante ou normativa. Como veremos abaixo, as normas sociais prestacionais são sim dotadas de eficácia jurídica desde sua origem. Contudo, diante da sua própria estrutura normativa, elas não prescindem, para sua eficácia e aplicabilidade plena, ao menos de forma geral, de uma concreta conformação legislativa.

Essa característica decorre da necessidade de execução de políticas públicas ou da regulamentação de institutos jurídicos para a concretização da maioria desses direitos. E, de uma forma geral, a execução dessas políticas ou a regulamentação desses institutos necessita de um amadurecimento político para ser efetivado, amadurecimento este, que ocorre na esfera legislativa.

O professor Sarlet (2008, pag. 312) apresenta dois exemplos de direitos fundamentais sociais previstos em nossa Constituição que são bem ilustrativos dessa realidade. São os direitos previstos nos artigos 215 e 7º, XI, da Constituição Federal. O art. 215 consagra o direito fundamental à cultura nos seguintes termos: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais”. Já o art. 7º XI prever a participação do trabalhador nos lucros e na gestão da empresa.

Não há dúvida quanto à necessidade da efetiva intervenção legislativa para que as referidas normas constitucionais tenham plena eficácia. Como poderia um juiz ou um tribunal definir, por exemplo, o percentual do lucro ou a forma de participação do trabalhador na gestão da empresa? Quais são os direitos culturais a que todos devem ter acesso e quais os incentivos que devem ser dados pelo Estado? Questões como essas têm que ser resolvidas no plano político no âmbito do poder Legislativo com a representação de todos os envolvidos e interessados no tema.

Portanto, não dá pra negar o cunho programático da maior parte das normas que consagram direitos fundamentais sociais. Contudo, é preciso que se ressalte que essa característica não retira a fundamentalidade dos referidos direitos nem a possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, em determinadas circunstâncias, conforme será defendido no capítulo seguinte.

Nesse sentido, considerando que os direitos fundamentais sociais são sim dotados de eficácia jurídica a nível constitucional, Sarlet (2008, pag. 314) elenca aspectos da eficácia dos direitos fundamentais em geral que se aplicam integralmente aos direitos fundamentais sociais, são eles:

- a) Os direitos fundamentais sociais geram a revogação dos atos normativos anteriores e contrários aos mesmos independentemente de declaração de inconstitucionalidade;
- b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido de que este está obrigado não só a concretizar os programas e tarefas impostos pela Constituição, mas também, está vinculado aos parâmetros e diretrizes fixados na norma constitucional;
- c) Impõe-se a declaração de inconstitucionalidade das normas posteriores à Constituição que contrariem os direitos fundamentais sociais;
- d) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) Exigem do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental;

f) Impõem a proibição do retrocesso social, no sentido de que a medida que seja concretizado determinado direito social prestacional, ele se torna um verdadeiro direito subjetivo que não pode ser retirado ou reduzido no âmbito jurídico e social.

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais são dotados sim de eficácia jurídica a nível constitucional, contudo, sua plena aplicabilidade depende, na maioria dos casos, de concreta conformação legislativa.

Vale ressaltar, por fim, que no cenário brasileiro, a necessidade de conformação legislativa não se configura um grande problema na efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que, a maior parte dos direitos sociais previstos na Constituição já foi objeto de regulamentação legislativa como demonstram a lei nº. 9.394/96 Lei de Diretrizes e Bases da Educação, lei nº. 8.742/93 Lei Orgânica da Assistência Social, lei nº. 8.080 Lei Orgânica da Saúde. Nesse sentido, o que se percebe é que mesmo diante da conformação legislativa as normas que consagram direitos fundamentais sociais continuam sem ser concretamente efetivadas por uma série de razões que abaixo serão trabalhadas.

## CAPÍTULO III

### 3. LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

#### 3.1 A teoria da reserva do possível

Cabe inicialmente uma análise sobre a origem da teoria da reserva do possível:

A teoria da reserva do possível surgiu na jurisprudência alemã, num caso que ficou conhecido como *números clausus* no qual a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada na Alemanha em 1960. A pretensão foi fundada no art. 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo o qual “*todo alemão tem direito a escolher livremente a sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Ao decidir a questão o Tribunal entendeu que o direito a prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. (MANICA, 2007, pag. 169).

Percebe-se, portanto, que a origem da teoria da reserva do possível afasta-se um pouco do núcleo central de sua utilização pela doutrina e jurisprudência pátrias. Na origem, não se tratava de analisar a possibilidade financeira de atendimento da demanda, mas sim, a razoabilidade da pretensão deduzida. A reserva do possível estava ligada à ideia de razoabilidade e proporcionalidade da pretensão deduzida frente ao Estado.

Em solo tropical esta teoria passou a ser entendida praticamente como a reserva do financeiramente possível. Sarlet identifica uma dimensão tríplice na teoria da reserva do possível, nos seguintes termos:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade

jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas entre os entes da federação, c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e à sua razoabilidade. (SARLET, 2008, pag.307)

Nesse sentido, percebe-se que a avaliação sobre a reserva do possível deve levar em consideração a possibilidade financeira de atendimento da demanda pretendida, ou seja, se há dinheiro em caixa para atendimento da demanda, a possibilidade jurídica desse atendimento, ou seja, se há previsão orçamentária e autorização legal para a efetuação da respectiva despesa, e, por fim, a razoabilidade da pretensão deduzida perante o Estado, ou seja, será cabível a avaliação se é razoável que o indivíduo receba da sociedade a pretensão solicitada.

A teoria da reserva do possível tem sido utilizada como argumento de defesa dos órgãos estatais quando cobrados acerca da não realização dos direitos fundamentais sociais estabelecidos na ordem constitucional como obrigações do Estado. É evidente que a efetivação dos direitos a prestações sociais depende de disponibilidade financeira. É sabido também que as necessidades sociais são ilimitadas e que os recursos públicos são escassos. Contudo, é preciso que, no momento de definição da destinação dos recursos públicos existentes, se respeite os comandos normativos fundamentais exarados pelo texto constitucional, a fim de que as prioridades constitucionais fundadas na dignidade da pessoa humana sejam garantidas.

Quando do seu surgimento, a teoria da reserva do possível passou a ocupar um papel antes ocupado pelas correntes doutrinárias que defendiam a ausência de normatividade dos dispositivos constitucionais, funcionando como barreira intransponível à efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais. Atualmente, a jurisprudência tem mudado no sentido de não mais aceitar a mera alegação de insuficiência de recursos, é preciso que a Administração pública demonstre a ausência comprovada de recursos também denominada de exaustão orçamentária. A seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal é ilustrativa dessa realidade:

(...)

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do

Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...).<sup>4</sup>

Dessa forma, já não se admite que o Estado se esconda por trás do argumento da insuficiência de recursos e se omita de sua missão constitucional de máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Vale salientar que os defensores da teoria da reserva do possível sempre ressaltam que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos e por isso não é possível atender a tudo impondo-se o reconhecimento da cláusula da reserva do possível. Essa ideia não é incorreta, mas, deve ser analisada com a devida atenção. Realmente as necessidades são ilimitadas, porém, não devemos pretender atender todas as necessidades, pois, existem necessidades prioritárias e supérfluas, nesse sentido, já se defende que as alegações de reserva do possível devem demonstrar que a ausência de recursos decorre de aplicação em outras necessidades tão prioritárias quanto as que estão deixando de ser atendidas.

Sabemos que esses limites colocados pela teoria da reserva do possível são limites fáticos e reais à efetivação de direitos fundamentais sociais. A questão que se coloca é: É possível que a jurisdição constitucional, com vistas à efetivação e concretização de determinado direito fundamental social, supere esses obstáculos e determine a justa satisfação do direito social mesmo frente à alegação de impossibilidade por parte do Estado? Essa é a questão que nos propomos a trabalhar e para a qual tentaremos oferecer algumas alternativas nos tópicos seguintes.

---

<sup>4</sup> STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

### **3.2 A legitimidade para a definição de políticas públicas e para a destinação dos recursos públicos.**

Diante da evidente escassez de recursos públicos para atendimento de todas as demandas sociais, faz-se necessária uma tomada de decisão no momento de definir as prioridades na destinação de tais recursos. Esta decisão, dada a sua complexidade, uma vez que precisa considerar todos os aspectos socioeconômicos de determinada realidade social, deve ser tomada pelos órgãos politicamente legitimados, uma vez que, deve ser tomada dentro de uma perspectiva geral, e não de maneira isolada, devendo ser consideradas todas as peculiaridades próprias das variações econômicas e sociais. Nesse sentido as lições de Duarte:

Dada a complexidade da vida econômica e social, o que, no mais das vezes, só pode ser satisfatoriamente dirimida no plano do “contraditório político”, a efetivação dos direitos fundamentais sociais encontra-se vinculada à política econômica e social de cada momento. (DUARTE, 2011, pag.149).

Outro aspecto que ressalta a necessidade de que tais decisões sobre a destinação dos recursos públicos sejam tomadas pelos órgãos politicamente mais legitimados é a questão da isonomia. O Poder Legislativo, considerando que representa toda a coletividade, tem mais condições de promover uma divisão da destinação dos recursos públicos com uma visão mais geral, preservando direitos iguais para todos. Se essa missão fosse conferida ao Poder Judiciário, correríamos o risco de ver apenas um único indivíduo ou um grupo de indivíduos sendo beneficiado por determinada prestação social que não seria necessariamente estendida ao resto da coletividade violando o princípio da isonomia.

Em nossa ordem constitucional o instrumento que é utilizado para a definição dessa repartição e destinação dos recursos públicos é o orçamento público. Nele é que o Estado define o seu plano de ação no que tange à realização das prestações em geral que estão ao seu cargo.

Durante muito tempo o orçamento foi entendido apenas como um documento contábil onde se previa as receitas públicas e se autorizava a realização de despesas a serem efetuadas pelo Estado. Contudo, com o surgimento do Estado social e com a necessidade de intervenção estatal na ordem social, o orçamento passou a ter uma nova importância, funcionando como um instrumento de gestão pública de forma a estruturar o agir estatal através da instituição e aplicação de políticas públicas.

No entendimento de Bucci (2006, apud MANICA, 2007, pag. 169): “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o orçamento se tornou um importante instrumento de governo tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político.

Em razão do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites impostos pelas leis orçamentárias, só podendo realizar despesas com prévia autorização em orçamento sob pena de cometimento de crime de responsabilidade.

Cabe considerar que, ao mesmo tempo que estabeleceu o processo orçamentário e a vinculação da despesa à autorização orçamentária, o texto constitucional também estabeleceu alguns limites e condicionantes para o processo de elaboração do orçamento, tanto no âmbito da despesa quanto no âmbito da receita. Tais limites são classificados em limites formais e limites materiais, conforme as lições de Mânica, nos seguintes termos:

Os limites constitucionais formais no âmbito da despesa pública encontram-se expressos, por exemplo, nos seguintes dispositivos constitucionais: (i) art. 212, que determina o dever da União, Estados, DF e Municípios em aplicar determinada porcentagem na manutenção e desenvolvimento do ensino; (ii) art. 198, § 2º, que determina percentual para aplicação em ações e serviços de saúde pela União, Estados, DF e Municípios; (iii) art. 60, § 1º, 71, 72, 79 e 80 do ADCT, que tratam de fundos destinados ao atendimento de determinados valores constitucionais; (iv) art. 100, que trata do pagamento de precatórios decorrentes de débitos judiciais contra o Estado transitados em julgado..

Já os limites constitucionais materiais são representados pelos valores, objetivos e programas trazidos pelo texto constitucional e condensados, sobretudo, no artigo 3º da Constituição de 1988, onde constam descritos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (MANICA, 2007, pag. 175)

Percebe-se, portanto, que o legislador não tem uma liberdade absoluta na definição e elaboração da peça orçamentária. Existem limites e condicionantes impostos pela própria Constituição que devem nortear essa atividade. Nesse sentido, no que se refere aos limites formais acima referidos, não há muita dúvida quanto à possibilidade de intervenção judicial tanto no momento de elaboração do orçamento quanto no momento de sua execução quando os poderes responsáveis não respeitarem o limite mínimo de destinação de recursos para a saúde, por exemplo. Já no que se refere aos limites materiais, ou seja, nas determinações constitucionais consagradas, por exemplo, no art. 3º da Constituição Federal, que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, é polêmica a possibilidade de intervenção judicial no processo de elaboração e execução orçamentária para fins de garantir o respeito a tais diretrizes.

No que tange à definição das políticas públicas e das prioridades orçamentárias a doutrina majoritária tende a argumentar que não é possível a intervenção material do Judiciário, por tratar-se de atividade discricionária do administrador. Como relatado acima, considerando a gama de interesses envolvidos na repartição dos recursos públicos, só os Poderes Executivo (elaboração da proposta orçamentária), e Legislativo (aprovação do orçamento), por serem democraticamente mais legitimados e estruturalmente mais equipados, é que têm condições de melhor fazer esta definição.

Nesse sentido, a definição das políticas públicas inseridas nos orçamentos, integra o mérito administrativo e, em regra, não pode ser objeto de intervenção judicial.

A jurisprudência é controversa e confusa sobre o tema, mas, os casos que admitem algum tipo de intervenção judicial na elaboração e execução dos orçamentos, têm se inclinado para determinar que a alteração seja promovida e incluída no orçamento do ano seguinte.<sup>5</sup>

A realidade até aqui colocada refere-se às possibilidades gerais de intervenção do Poder Judiciário na definição de políticas públicas. Já no que se refere à máxima efetividade dos direitos fundamentais, seja direitos de defesa ou direitos a prestações, a jurisprudência tem se inclinado, de modo diverso, no sentido de autorizar sim a intervenção judicial no processo orçamentário para fins de concretização de direitos fundamentais.

A seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça retrata bem essa evolução jurisprudencial:

---

<sup>5</sup> STJ, REsp 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.03.04

“(...)

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. **Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.**

(...)

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. **Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.**

(...)

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

(...)<sup>6</sup>

Percebe-se, portanto, que no que tange à efetividade dos direitos fundamentais, a jurisprudência pátria tem caminhado no sentido de mitigar a discricionariedade do administrador e possibilitar ao Judiciário não a definição de políticas públicas, mas sim, a prerrogativa de garantir o respeito e a supremacia constitucionais, mesmo em detrimento da intervenção no processo orçamentário.

Nesse sentido, a doutrina tem defendido que não há que se falar na possibilidade de relativização na aplicação dos direitos fundamentais, pois, tal procedimento poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “*por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais*”. Para Andreas Krell (2002 apud MANICA, 2007, pag.178), ante a limitação de recursos financeiros, no confronto entre tratar milhares de doentes vítimas de moléstias comuns e tratar um grupo restrito de portadores de doenças raras ou de cura

<sup>6</sup> STJ, REsp 577836/ SC, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 28.02.2005, g. n.

improvável, a decisão deve ser a de tratar todos, com utilização de recursos previstos na lei orçamentária para áreas menos essenciais, como os transportes ou o fomento.

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência tem se inclinado no sentido de entender possível a intervenção judicial mesmo superando o mérito administrativo quando se tratar da efetivação de direitos fundamentais, contudo, sabemos que essa intervenção não pode ser a regra e a definição dos parâmetros para nortear esse processo é um dos grandes desafios da ciência jurídica no momento e, para a maioria da doutrina, passa pelo conceito de mínimo existencial.

### **3.3 O mínimo existencial**

A ideia de um direito fundamental que assegure o acesso a condições materiais mínimas que possibilitem uma vida digna teve seus primeiros contornos elaborados pela doutrina alemã pós-segunda guerra. Segundo Almeida, (2009, pag. 70), merece destaque o doutrinador Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas de um mínimo de segurança social, pois, sem recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Nesse sentido, a doutrina alemã passou a reconhecer o direito a prestações sociais mínimas, com base no princípio da dignidade humana, no próprio direito a vida e à integridade física. Isso representou um esforço de superar a praticamente total inexistência de direitos sociais previstos na Constituição alemã do período.

Dessa forma, por influência desse contexto alemão, existe uma parte da doutrina que fundamenta o direito ao mínimo existencial na dignidade da pessoa humana e em direitos de defesa como o direito à vida e à integridade física, sob o argumento de que a dignidade da pessoa humana pressupõe não apenas a garantia de preservação da vida do indivíduo, mas também, a necessidade de proporcionar-lhe uma existência digna.

Segundo Duarte (2011, pag 166), há outra corrente de pensamento que enxerga alguns problemas em fundamentar o mínimo existencial na dignidade da pessoa humana e em direitos de defesa como o direito à vida e à integridade física. Esses pensadores

entendem que se o mínimo existencial tiver como fundamento os direitos de defesa, reforça-se a tese de falta de fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais.

Seria como se os direitos sociais carecessem de fundamentalidade, uma vez que, o fundamento do mínimo existencial seria direitos ditos de defesa. Com essa preocupação, há quem defenda que o fundamento do mínimo existencial seria o contexto do Estado Social e a fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais.

Independente da controvérsia acerca do fundamento do mínimo existencial, revela-se importantíssima a investigação sobre o conteúdo desse mínimo, ou seja, quais os direitos e prestações que estão incluídos no conceito de mínimo existencial?

De uma forma geral, entende-se que o mínimo existencial apresenta duas dimensões uma negativa e outra positiva. A negativa impõe ao Estado a obrigação de não retirar do indivíduo bens ou condições materiais que comprometam sua existência digna e a positiva impõe ao Estado o dever de promover prestações positivas no sentido de garantir ao indivíduo uma existência digna.

Em relação ao conteúdo do mínimo existencial, trata-se de questão bastante polêmica e controversa na doutrina, mas, alguns autores se arriscam em definir, na sua visão, quais direitos integram esse mínimo existencial. Alexy (2002, apud DUARTE, 2011, pag.168), por exemplo, afirma que os direitos sociais mínimos são: a) uma morada modesta, b) educação escolar, c) formação profissional, d) um padrão mínimo de assistência médica.

De uma forma geral, a doutrina tem se encaminhado para entender que existe uma certa relatividade em relação ao conteúdo do mínimo existencial, uma vez que, esse conteúdo depende das condições socioeconômicas vigentes. Nesse sentido as lições de Almeida;

A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese a sua viabilidade, - além de condicionada espacial e temporalmente - depende do *standard* socioeconômico vigente, pois, não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência, evidentemente, estará sujeito às flutuações, não apenas da esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes. É precisamente nesse sentido que Alexy introduz a noção de mínimo existencial relativo, passível de se adequar, mesmo como pretensão posta em juízo, a condições vigentes em determinada comunidade. (ALMEIDA, 2009, pag. 73).

Dessa forma, o processo exegético de definição do conteúdo do mínimo existencial tende a ser transferido para a análise do caso concreto. Contudo, considerando a ideia de mínimo existencial relativo, acima colocada, conclui-se que a definição do conteúdo mínimo de determinado direito social deve ser sempre orientada pelos mandamentos constitucionais relativos à matéria, mas não prescinde de um adequado sopesamento entre o direito fundamental em questão com o princípio da igualdade fática, que exige uma orientação que toma por base o nível de vida efetivamente existente no respectivo contexto social.

Não faz sentido se trabalhar com uma ideia de mínimo existencial que extrapole em muito o padrão médio de vida de um determinado contexto, sob pena de se criar distorções e agressões ao princípio da isonomia e conseqüentemente ao objetivo maior de realização da justiça. Tudo isso deve ser considerado sem se perder de vista o papel transformador da realidade assumido pelas Constituições do pós-guerra, que não se conformam com a manutenção do *status quo* social.

Por todo o exposto, percebe-se que há pouca discussão quanto à existência de um mínimo existencial que deve ser garantido pelo Estado e que proporcione ao menos as condições mínimas para uma vida digna ao indivíduo e sua família. O conteúdo desse mínimo, como vimos, deve ser avaliado em cada caso concreto, de acordo com os balizamentos constitucionais e com a realidade socioeconômica vigente.

O que aos poucos vêm se pacificando na doutrina e na jurisprudência é a afirmação de que, considerando o nível de fundamentalidade do mínimo existencial, os direitos que integram essa esfera jurídica, constituem-se em obrigações estatais quase que absolutas, cabendo ao Estado, por imperiosa determinação constitucional, promover a sua efetivação, sem alegação de reserva do possível, razão pela qual se permite a intervenção judicial como forma de garantir tais determinações constitucionais.

A ideia é que, por expressa determinação constitucional, os recursos estatais devem ser destinados prioritariamente à garantia dos direitos que integram o mínimo existencial e as sobras é que podem ser destinadas à decisão política quanto à sua destinação, razão pela qual se autoriza a intervenção judicial para fazer cumprir essa determinação constitucional.

### **3.4 A intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais sociais.**

A questão da possibilidade de intervenção judicial com vistas à efetivação de direitos fundamentais sociais passa pela discussão sobre o reconhecimento da qualidade de direitos subjetivos aos direitos sociais prestacionais.

Cabe considerar inicialmente que existem os direitos sociais prestacionais originários e derivados. Os originários são os previstos em nível constitucional que ainda não passaram pela devida conformação legislativa. Os derivados são os direitos fundamentais sociais que já foram objeto de regulamentação legislativa. Em relação aos últimos, existe pouca controvérsia quanto à possibilidade de invocação dos referidos direitos sociais enquanto direitos subjetivos dos indivíduos. A discussão maior, que é o objeto do presente tópico, reside na possibilidade de reconhecimento da qualidade de direitos subjetivos aos direitos fundamentais sociais originários, independente de conformação legislativa.

Faz-se mister ressaltar que em nossa realidade jurídica, são poucos os direitos sociais que ainda não foram objeto de intermediação legislativa, mesmo que as vezes de forma insuficiente. Contudo, mesmo assim, ainda se verifica muita deficiência na efetivação destes direitos, além da existência de muitos mandamentos constitucionais não concretizados em flagrante desrespeito ao texto magno.

Na esteira do que expõe Sarlet (2008, pag.326), apresentaremos inicialmente, de forma geral, os principais argumentos contrários ao reconhecimento da qualidade de direitos subjetivos aos direitos fundamentais sociais.

Argumentos contrários:

a) A efetivação dos direitos fundamentais sociais depende da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, além da possibilidade jurídica de disposição destes recursos representada pela autorização orçamentária.

b) Afirma-se que constitui tarefa cometida precipuamente ao Legislador ordinário a missão de decidir sobre a aplicação e destinação dos recursos públicos. Tratando-se de um problema de natureza eminentemente competencial.

c) Alega-se que se for permitido ao Judiciário a concretização dos direitos sociais mesmo à revelia do legislador, estará sendo ferido de morte o princípio da separação dos Poderes.

d) Afirma-se que o juiz não tem condições de promover a efetivação de direitos fundamentais sociais, pois, está fora do processo político e tais decisões muitas vezes estão na dependência de questões macroeconômicas que o Judiciário não domina.

e) Argumenta-se, por fim, que os direitos sociais a prestações, por estarem em constante tensão dialética com os direitos de defesa, acabam por entrar em colisão com outras normas constitucionais, constituído-se, muitas vezes, em casos de restrições de outros direitos fundamentais o que deve ser operado dentro do contraditório político.

Apesar de se reconhecer a relevância e a oportunidade dos referidos argumentos, também deve ser considerado que a Constituição, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ocupar um papel de centralidade na ordem jurídica devendo toda a atuação estatal ser orientada pelos seus comandos.

Por outro lado, é imprescindível perceber que a nossa ordem constitucional é fundada no primado do respeito à dignidade da pessoa humana, fato que impõe ao Estado a obrigação constitucional de garantir condições mínimas de vida digna aos indivíduos sob pena de ser a Constituição enxergada como uma mera carta de promessas inconsequentes e irrealizáveis.

Diante dessa realidade, a questão que se coloca é: diante de toda essa missão que foi constitucionalmente imposta ao Estado e à sociedade, quando nos deparamos com um contexto de total desrespeito a tais postulados, qual o papel que deve ser assumido pelo Poder Judiciário, diante de sua missão de garantir a máxima efetividade dos dispositivos constitucionais?

É evidente que essa questão não é simples e, por consequência, não poderá ser respondida em termos absolutos. Não podemos fechar os olhos para a realidade de escassez dos recursos públicos frente às ilimitadas atribuições do Estado. Não podemos também deixar de considerar que, em regra, os Poderes que estão originalmente equipados e legitimados a definir a destinação dos recursos públicos e a concretização das políticas públicas são os Poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que, em regra, não deve o Judiciário intervir nesse processo de aplicação dos recursos

públicos. Contudo, diante da inércia desses poderes, e diante da violação de direitos que integram o mínimo existencial, não pode o Judiciário se furtar, por expressa determinação constitucional, de sua missão de buscar a máxima efetivação possível dos preceitos constitucionais, notadamente os que consagram direitos fundamentais.

Contudo, diante da complexidade dessa intervenção judicial na definição e execução de políticas públicas, é preciso que se encontrem parâmetros que norteiem essa atuação.

Diante da fluidez do tema, que inicia com a própria dificuldade de definição do conteúdo do mínimo existencial, o qual, como acima foi relatado, só poderá ser definido à luz do caso concreto e da realidade circundante, dificilmente se conseguirá definir parâmetros absolutos e abstratamente definidos que tenham possibilidade de determinar os condicionantes dessa intervenção judicial.

Nesse contexto, valiosa é a contribuição de Alexy (1994, apud SARLET, 2008, pag.366), que, empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia de ponderação entre princípios, nos seguintes termos: De um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro encontram-se os princípios da competência decisória do Legislativo, da separação de poderes e princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos. É preciso que se faça uma justa ponderação entre os princípios envolvidos, para que se cumpra adequadamente a Constituição.

Nesse sentido, válida é a explicação de Sarlet sobre a doutrina de Alexy, nos seguintes termos:

A concepção de Alexy permite o reconhecimento de direitos originários à prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, essas condições se acham satisfeitas, na esfera dos direitos sociais, quando a intervenção judicial estiver no âmbito da efetivação do mínimo existencial. (SARLET, 2008, pag.367)

Percebe-se, portanto, que a proposta de Alexy coloca os diversos princípios em jogo todos em caráter relativo. Até porque não há direitos fundamentais

absolutos. Nesse caso, o princípio da competência orçamentária do Legislativo não assume feições absolutas, pois, direitos fundamentais, inclusive sociais, podem vir a preponderar nessa ponderação, principalmente se forem direitos que integrem a ideia de mínimo existencial.

Por outro lado, a efetivação de direitos sociais não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes. De forma que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.

Nesse sentido, considerando que a existência dos direitos fundamentais sociais é exigência do Estado Social de Direito consagrado pela nossa Constituição, não há como negar que é missão do Estado a garantia de um padrão mínimo de dignidade aos indivíduos, uma vez que ao Estado não é apenas vedada a possibilidade de tirar a vida, mas a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado.

Diante dessa missão constitucional, surge com maior relevância a necessidade de garantia do mínimo existencial, cujo conteúdo depende de uma análise do caso concreto, mas que pode ser bem delimitado se tomado como parâmetro a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, considerando o grau de fundamentalidade desse mínimo existencial, pode-se concluir que na esteira de sua garantia impõe-se um sério limite à liberdade de conformação do legislador, cabendo, inclusive ao Poder judiciário, se necessário, intervir para garantir um cumprimento da Constituição.

Por outro lado, diante da complexidade que envolve o tema, quando se tratar da efetividade de direitos sociais que pela análise do caso concreto se concluir que não integram o conceito de mínimo existencial, considerando a necessidade de justa ponderação colocada por Alexy, não há como se reconhecer a priori ao referido direito social a qualidade de direito subjetivo definitivo a prestações. É preciso que se promova a justa ponderação com os direitos colidentes, para que se chegue à conclusão sobre qual direito vai preponderar. O que muda em relação aos direitos sociais que integram o mínimo existencial, é que no caso de direitos sociais que não integram esse mínimo os demais direitos que estiverem colidindo com eles na ponderação (competência orçamentária do legislativo, separação de poderes), entram no sopesamento com mais peso. Dessa forma, segundo Alexy (1994, apud SARLET, 2008,

pag. 387) “os direitos sociais prestacionais que não integrem o mínimo existencial podem ser considerado como direitos subjetivos *prima facie*”.

Conclui-se, portanto, que a partir desse novo paradigma assumido pelo constitucionalismo ocidental, em que as Constituições passaram a ocupar uma posição de centralidade nas diversas ordens jurídicas, e que os princípios constitucionais passaram a ser considerados normas diretamente aplicadas aos casos concretos com força normativa cogente, e que os textos constitucionais passaram a exercer uma função dirigente no sentido de conduzir o agir estatal na direção de transformação da sociedade rumo às diretrizes do Estado Social e tendo sempre como norte a dignidade da pessoa humana, atribuiu-se à jurisdição constitucional a missão suprema de garantir o cumprimento e o respeito aos mandamentos constitucionais, reconfigurando-se, dessa maneira, as bases da teoria da separação dos poderes, e de alguns princípios democráticos, no sentido da consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, uma das consequências mais explícitas desse processo de transformação do papel da jurisdição constitucional no contexto jurídico, foi o reforço de sua missão de salvaguardar os direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos sociais prestacionais, cujo núcleo fundamental é formado pelos direitos que integram o mínimo existencial, cuja proteção e garantia são deveres do Estado que devem ser tutelados pela jurisdição constitucional, não definindo políticas públicas, mas, garantindo o cumprimento da Constituição.

## 4. CONCLUSÃO

A ciência jurídica vem passando por um forte processo de transformação a partir dos reflexos advindos do segundo pós-guerra. E a grande marca desse processo, tem sido o novo papel que o julgador vem assumindo no cenário jurídico, sendo considerado agente ativo no processo de criação do direito, através da utilização de um arsenal hermenêutico no processo de aplicação do direito, que transcende a pura aplicação da letra fria da lei e coloca os princípios constitucionais num patamar normativo diretamente aplicável aos casos concretos, trazendo de volta para o direito elementos morais, sociológicos e etc, que haviam sido retirados do mundo jurídico pela visão positivista.

Dentro desse contexto, os textos constitucionais ganharam uma posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos, justamente por refletirem esse pacto fundamental da sociedade que consagra os valores mais caros a um determinado contexto social. Portanto, com esse novo papel assumido pelo julgador e pelas Constituições, ganha notoriedade a atividade da jurisdição constitucional que assume essa missão de preservar e garantir o respeito aos preceitos constitucionais.

Nesse processo de resguardo do texto constitucional assumido pela jurisdição constitucional, ganha notoriedade particular a questão da efetivação dos direitos fundamentais sociais. A tais direitos, apesar de integrarem o rol dos direitos fundamentais, sempre foi negada a qualidade de direitos subjetivos do indivíduo passíveis de postulação judicial, sob o argumento de que se tratavam de previsões normativas de baixa densidade, que necessitariam de prévia conformação legislativa para gozar de eficácia e aplicabilidade, constituindo-se apenas em programas normativos estabelecidos pela Constituição ao Estado, que não estaria imediatamente vinculado ao seu cumprimento.

Em que pese o reconhecimento de que a estrutura normativa da maioria dos direitos ditos sociais prestacionais realmente carece de uma regulamentação legislativa para uma plena aplicabilidade, e que, considerando a necessidade de destinação dos recursos públicos para concretização da maioria dos direitos sociais prestacionais, realmente existem limitações de ordem financeira para a sua concretização, e que os poderes originalmente competentes para a definição da destinação dos recursos públicos são o Legislativo e o Executivo, o avanço das teorias relacionadas aos direitos fundamentais tem caminhado no sentido de que a garantia pelo menos de um mínimo existencial que garanta uma vida digna aos indivíduos é dever do Estado, do qual não pode se desonerar sob qualquer fundamento.

Nesse sentido, é preciso que o agir estatal esteja em consonância com o que determina o texto constitucional, sendo imprescindível a garantia de um mínimo existencial a todos os cidadãos. Dessa forma, é imprescindível que a destinação dos recursos públicos priorize inicialmente a garantia desse mínimo existencial para que, garantido esse mínimo, se possa destinar recursos para outras áreas.

Dessa forma, compete à jurisdição constitucional garantir a máxima efetividade dos preceitos constitucionais notadamente os que consagram direitos fundamentais (dentre eles os direitos fundamentais sociais), mesmo que para isso tenha que adentrar em searas antes reservadas apenas aos poderes Legislativo e Executivo.

Contudo, como não existem direitos fundamentais absolutos, todo processo de aplicação dos direitos fundamentais pressupõe uma justa ponderação entre os preceitos constitucionais colidentes (fundamentais ou não). Dessa forma, só será justo o reconhecimento de determinado direito subjetivo a prestação social, se, do processo de ponderação entre os princípios envolvidos, preponderar o direito social, gerando uma pequena mitigação dos demais preceitos normativos colidentes.

Essa ponderação, de uma forma geral, será geralmente favorável à efetivação do direito social quando se tratar de direito que integre o conceito de mínimo existencial, uma vez que se trata de obrigação fundamentalmente imposta ao Estado, da qual não pode se desvencilhar. Quando se tratar de direitos sociais que não integrem o conceito de mínimo existencial, os preceitos colidentes na ponderação ganharão mais peso, só podendo chegar-se a uma justa conclusão a partir da análise de todas as peculiaridades que envolvem o caso concreto.

Dessa forma, na atual quadra da história, não há como se negar à jurisdição constitucional o poder de determinar a concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais. Trata-se de atividade que integra a missão constitucionalmente atribuída à jurisdição de máxima efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, nesse novo momento hermenêutico vivido pelo direito ocidental, toda aplicação do direito, principalmente quando envolve direitos fundamentais, necessita de uma justa ponderação entre os princípios colidentes para que chegue a uma justa decisão.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul. Programa de Pós-graduação em Direito, 2009. Disponível em [http://tede.ucs.br/tde\\_arquivos](http://tede.ucs.br/tde_arquivos), em 25 de janeiro de 2013.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br). Acesso em: 27 fev. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In SOUZA Neto, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs). **A constitucionalização do direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o processo performativo do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: **Revista de direito do Estado**. Rio de Janeiro. n. 6 abr/jun 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DUARTE. Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 4, out/dez. 2006.

HORTA, Raul Machado, **Direito constitucional**, 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

JUNIOR, Alceu Maurício. Judicialização da política e a crise do direito constitucional: A constituição entre ordem marco e ordem fundamental. In: **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro. n. 10 abr/jun, 2008.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: Uma abordagem sobre constituição, democracia e jurisdição constitucional. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. n. 58, jan/mar, 2007.

LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MANICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível:** direitos fundamentais a prestações e a intervenção do judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p. 169 – 186, jul./set. 2007. disponível em [www.advcom.com.br](http://www.advcom.com.br) em 25 de janeiro de 2013.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002;

PERALMAN, Chaim. **Lógica jurídica: Nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes 1998.

QUEIROZ, Estefânia Maria Barbosa de. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional.** Disponível em [www.conpedi.org](http://www.conpedi.org). Acesso em 28 fev 2009.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. Interpretação evolutiva e raciocínio tópico no direito constitucional contemporâneo. In: **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro. n. 6 abr/jun, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os Poderes e governabilidade. In: **Revista de Direito do Estado** Rio de Janeiro n. 1 jan/mar. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forence. 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito, Instrumento de defesa da constituição: A jurisdição constitucional, **Revista Universitas Jus**, Brasília. n. 16, jan./jul. 2008. Acesso em 28 de fevereiro de 2009.

TAVARES, André Ramos, **Teoria da justiça constitucional**, São Pulo: Saraiva, 2005.

TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.